Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CXXV

2020

Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Número 5

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.

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

Colaboradores:

Marco Antonio Tello Sarmiento
Karen Nina Chica Mejía
Jorge Fernando Aguilera Quezada
María Gabriela Jaramillo Flores
Rosa Alegría Torres Cadena
Santiago Cristobal Ribadeneira Villacrés
María José Jaramillo Viteri

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

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

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

Fecha de publicación
Abril del 2022

Gaceta Judicial

año 2020

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO

RESOLUCIONES 2019 - 2020

R: 01-2019	Refórmase el inciso cuarto del Art. 2 de la Resolución No. 11-2018, el que dirá: "Sin perjuicio de lo mencionado, todos los procesos que se hayan sustanciado desde la vigencia de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.	2443
R: 02-2019	Deja sin efecto el precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la resolución no. 12-2015.	2444
R: 03-2019	Procedimiento judicial para la autorización de la adopción de niños y adolescentes.	2448
R: 04-2019	Distribución de juicios en la Corte Nacional de Justicia.	2457
R: 05-2019	Admisibilidad del recurso de casación con las reformas al COGEP	2459
R: 06-2019	Reemplazo de los presidentes de sala. Distribución de los juicios en conocimiento de los conjueces.	2469
R: 07-2019	Integración de las salas de la Corte Nacional de Justicia	2471
R: 01-2020	Competencia para conocer y resolver los procesos de inventario y partición.	2474
R: 02-2020	Competencia para conocer y resolver las acciones de impugnación que se propongan en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario.	2476
R: 03-2020	Notificación de los actos urgentes.	2479
R: 04-2020	Por el estado de emergencia sanitaria por covid-19, se suspenden los plazos o términos previstos en la ley para los procesos judiciales, excepto en infracciones flagrantes.	2481
R: 05-2020	Se deja sin efecto la suspensión de plazos y términos en la corte nacional de justicia y cortes provinciales de justicia por emergencia sanitaria de covid-19.	2482
R:06-2020	El lugar en donde el juez o tribunal establezca su conexión no altera su competencia territorial.	2484
R: 07-2020	Se habilitan los plazos o términos previstos en la ley para los procesos judiciales.	2486
R: 08-2020	Integración de la Sala Tributaria.	2488
R: 09-2020	Integración de la Sala Tributaria.	2489
R: 10-2020	Aclara la competencia y procedimiento en los delitos de femicidio.	2491

R: 11-2020	Creación de la comisión de la Corte Nacional de Justicia para la compilación, análisis y unificación de las calificaciones jurisdiccionales de infracciones de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable.	2494
R: 12-2020	Expide el procedimiento para la declaratoria jurisdiccional previa de las infracciones de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable.	2497
R: 13-2020	Aclaración respecto del procedimiento que deben seguir los órganos jurisdiccionales ante las solicitudes de declaración jurisdiccional previa remitidas en expedientes disciplinarios iniciados de oficio por el Consejo de la Judicatura.	2502
R: 14-2020	El auto de nulidad al que se refiere el artículo 653.2 del COIP, dictado por un tribunal de apelación o de casación, no es susceptible de recurso de apelación.	2505

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. J: 09802-2017-01054 R: 168-2020	Excepciones a la coactiva en sede contencioso administrativa. Inexistencia de la obligación, o falta de ley que establezca el tributo o exención legal.	2511
II. J: 18803-2017-00297 R: 410-2020	Responsabilidad objetiva en contra del Estado Ecuatoriano.	2515
III. J: 09802-2018-00512 R: 659-2020	Caducidad para interponer una demanda en la jurisdicción contencioso administrativa.	2531
IV. J: 17811-2017-01188 R: 697-2020	Ilegalidad del acto administrativo.	2543

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

I. J: 09501-2019-00138 R: 174-2020	Base imponible y tarifa del impuesto de patentes de una empresa que posee sucursales en diferentes cantones.	2553
II. J: 17505-2005-23685 R: 186-2020	Facultad para proponer recurso de revisión tributario en sede administrativa y necesidad de declaratoria previa de lesividad para su procedencia, en relación con la doctrina de los actos propios.	2560
III. J: 17510-2017-00471 R: 243-2020	Facultad para verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo.	2570

IV.
J: 17508-2014-0097
R: 290-2020
Conversión de la acción contencioso tributaria. 2575

V.
J: 17510-2018-00317
R: 312-2020
Contabilización del término para ejercer la acción contencioso tributaria de impugnación o directa. 2581

VI.
J: 17751-2020-00001
R: 253-2020
Procedencia del recurso de casación contra sentencias que resuelven la impugnación de actos normativos de carácter general en materia tributaria. 2587

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

I.
J: 09281-2018-01666
R: 95-2020
Aplicación del principio non reformatio in pejus. 2593

II.
J: 11282-2017-01416
R: 104-2020
Nexo causal entre la prueba, la infracción y la persona procesada en el delito de lesiones. 2599

III.
J: 13283-2017-01777
R: 219-2020
Homicidio culposo por mala práctica profesional. 2618

IV.
J: 06201-2018-00009
R: 295-2020
Aplicación de la garantía jurisdiccional de Hábeas Corpus en razón de que la privación de libertad se ha tornado en ilegal. 2635

V.
J: 08282-2015-00702
R: 569-2020
La orden legítima y expresa de autoridad competente como causa de exclusión de la antijuridicidad. 2642

VI.
J: 17282-2017-00517
R: 568-2020
Aplicación del estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable en la determinación de la responsabilidad de una persona. 2660

VII.
J: 09286-2015-04785
R: 971-2020
Análisis del dolo civil y del dolo penal en un delito de estafa. 2683

VIII.
J: 10309-2017-00078
R: 1523-2020
Deber objetivo de cuidado en los delitos culposos de tránsito. 2704

IX.
J: 02281-2016-00098
R: 1751-2020
Alcance del verbo rector del delito de usura. 2718

X. J: 17291-2017-00326 R: 1783-2020	Circunstancia agravante genérica de ensañamiento en delito de femicidio artículo 47 numeral 7 COIP.	2728
XI. J: 01283-2016-02033 R: 1783-2020	Testimonio de la víctima como prueba fehaciente para determinar la existencia de un delito contra la integridad sexual y reproductiva.	2744
XII. J: 17721-2011-0103 R: 1413-2020	Figura del encubridor en el Código Penal y su equivalencia en el Código Orgánico Integral Penal.	2760
XIII. J:17243-2014-0007 R: 1768-2020	El dolo como elemento subjetivo del delito de peculado.	2769
XIV. J:17282-2016-05930 R: 282-2020	Relación entre el tipo penal de asociación ilícita y delincuencia organizada, en aplicación del principio de favorabilidad.	2779

SALA DE LO LABORAL

I. J: 09333-2018-00661 R: 021-2020	Estabilidad laboral durante la constitución de una organización sindical.	2807
II. J: 17731-2016-1863 R: 62-2020	Empeoramiento de la situación del único recurrente al resolver el recurso de apelación.	2813
III. J: 17731-2013-1225 R: 0123-2020	Valor probatorio de la resolución de visto bueno.	2820
IV. J: 05371-2018-00066 R: 0171-2020	Derechos adquiridos en contrato colectivo de trabajo.	2830
V. J: 09359-2014-0749 R: 0229-2020	Imprescriptibilidad del derecho a la jubilación patronal proporcional.	2839
VI. J: 09100-2018-0028 R: 360-2020	Despido ineficaz, dirigentes sindicales principales y suplentes.	2848
VII. J: 01371-2018-00471 R: 0280-2020	Valoración de la prueba en casación.	2862
VIII. J: 09359-2018-02682 R: 286B-2020	Aplicación del Mandato Constituyente No. 4 a trabajadores de empresas cuyo capital mayoritario es estatal.	2868

IX. 2872
J: 09359-2019-00222 Despido intempestivo. Reversión de la carga de la prueba.
R: 0300-2020

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

I. 2881
J: 01658-2017-00242 Concurrencia de requisitos formales establecidos en el Código Civil para la carga probatoria del demandante y demandado, dentro de los procesos de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y acción de reivindicación.
R: 12-2020-J

II. 2894
J: 17230-2018-00310 Prescripción de títulos ejecutivos en procedimiento ordinario.
R: 126-2020-C

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

I. 2907
J: 17204-2017-01855 Presupuestos para la impugnación del reconocimiento voluntario que busca el cese de la relación filial.
R: 170-202

II. 2916
J: 07205-2019-00091 Aplicación de métodos alternativos de valoración probatoria para la declaración de interdicción civil en los casos de deterioro del estado cognitivo, mental y trastorno como discapacidad intelectual.
R: 005-2021

III. 2927
J: 09113-2020-00055 Acción de Habeas Corpus como garantía jurisdiccional en detenciones por estado de gravidez.
R: 76-2020

IV. 2935
J: 01613-2019-00320 Revocabilidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad por medio del error que vicia el conocimiento y causa su invalidez.
R: 080-2022

Gaceta Judicial

año 2020

RESOLUCIONES
2019 - 2020

REFORMA DE LA RESOLUCIÓN No. 11-2018

RESOLUCIÓN No. 01-2019

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, es función del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, 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 Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 11-2018, de 3 de octubre de 2018, aclaró las dudas sobre la competencia para conocer las infracciones de femicidio (art. 141 COIP) de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar (arts. 155 al 159 del COIP) y delitos contra la integridad sexual y reproductiva (arts. 164 al 175 del COIP), surgidas a partir de la expedición de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres;

Que si bien en la Resolución indicada, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia dispuso que entrará en vigencia a partir de su aprobación, no se ha socializado su contenido habiendo sido publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 414, de 25 de enero de 2019, fecha desde la cual es conocida a cabalidad por todos los operadores de justicia y los profesionales del derecho.

Que al no haber conocido el contenido de la Resolución 11-2018 desde su aprobación en octubre del 2018, varias juezas y jueces de garantías penales, y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, han tenido dudas en cuanto a la competencia que a cada uno le corresponde respecto de los delitos contemplados en los artículos 141 (femicidio), 155 al 159 (de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar), 164 a 175 (delitos contra la integridad sexual y reproductiva) del Código Orgánico Integral Penal.

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

RESUELVE:

Art. 1.- Refórmase el inciso cuarto del Art. 2 de la Resolución No. 11-2018, el que dirá: "Sin perjuicio de lo mencionado, todos los procesos que se hayan sustanciado desde la vigencia de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, hasta la fecha de publicación de esta Resolución en el Registro Oficial, gozarán de validez respecto de la competencia de las juezas y jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, o de garantías penales, y no podrá alegarse nulidad alguna al respecto".

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

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA,) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar (VOTO EN CONTRA), Dr. José Luis Terán Suárez (VOTO EN CONTRA), Dra. Ana María Crespo Santos (VOTO EN CONTRA), Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado (VOTO EN CONTRA), Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Iván Saquicela Rodas, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dra. Magaly Soledispa Toro, Dra. María Teresa Delgado Viteri, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Alejandro Arteaga García (VOTO EN CONTRA), Ab. Luis Cando Arévalo, CONJUEZAS Y CONJUECES NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

DEJA SIN EFECTO EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO CONTENIDO EN LA RESOLUCIÓN NO. 12-2015 Y EN SU LUGAR APRUEBA EL SIGUIENTE:

"EN LOS CASOS RELACIONADOS CON SUSTANCIAS CATALOGADAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN, Y CUYA CONDUCTA DELICTIVA SE REALICE POR MEDIO DE UNO O VARIOS VERBOS RECTORES CONSTANTES EN EL ARTÍCULO 220 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, ATRIBUIBLES A UNA MISMA PERSONA EN UNIDAD DE TIEMPO Y ACCIÓN, SE DEBE APLICAR EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS, POR EL QUE SE PUNIRÁ ÚNICAMENTE LA CONDUCTA MÁS SEVERAMENTE SANCIONADA EN EL TIPO PENAL, CONFORME EL PRINCIPIO DE ABSORCIÓN QUE RIGE ESTE MODELO CONCURSAL"

RESOLUCIÓN No. 02-2019

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

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 de 2008, establecen como una función de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que éste 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 de la República, se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las Salas que, en principio, tiene efectos inter-partes, se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio con efecto erga omnes:

- Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la Sala para resolver los casos, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;
- Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas del Pleno de la Corte Nacional para su estudio;
- Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
- Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la Resolución de ratificación o rechazo del precedente.

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

Que la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución Nro. 1A-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 767, de 2 de junio de 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 DE DERECHO REITERADO:

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 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) Juicio No. 17721-2016-1110, recurso de casación, sentencia de fecha 2 de agosto de 2018. Juez Nacional Ponente, doctor Edgar Flores Mier; Juez y Conjuez Nacionales doctor Marco Rodríguez Ruiz y doctor Richard Villagómez Cabezas.

b) Juicio No. 17282-2016-00494, recurso de casación, sentencia de fecha 17 de octubre de 2018. Conjuez Nacional Ponente, doctor Richard Villagómez Cabezas; Jueces Nacionales doctores Edgar Flores Mier e Iván Saquicela Rodas.

c) Juicio No. 17282-2016-05465, recurso de casación, sentencia de fecha 9 de enero de 2019. Juez Nacional Ponente, doctor Marco Rodríguez Ruiz; Jueces Nacionales doctores Luis Enríquez Villacrés e Iván Saquicela Rodas.

DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVEN LAS SENTENCIAS:

En los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, cuando el delito se realice por medio de uno o varios verbos constantes en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción: ¿cuál es el criterio que debe aplicar la o el juzgador para punir esta conducta delictiva?

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN:

En las sentencias mencionadas, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico planteado:

Concurso de infracciones.- Teniendo como antecedente el principio de proporcionalidad reconocido en el artículo 76.6 de la Constitución de la República, cuando a un sujeto le son imputables "varios delitos" que han de juzgarse en un mismo proceso, se suscitan una serie de cuestiones que la doctrina los ha reunido bajo el nombre de "concurso de delitos"; ahora bien, el interés práctico y/o medular del tema en cuestión, estriba sobre todo en la medida de la pena a imponer al sujeto activo del delito, para lo cual se presentan o son posibles varias hipótesis a saber: i) Que cada una de las infracciones realizadas se penen por separado, acumulándose las sanciones que resulten (principio de acumulación) -lo cual se venía realizando con la aplicación de la Resolución No. 12-2015; ii) Que se imponga la pena correspondiente al delito más grave, haciéndola objeto de una agravación (principio de asperación[1]); iii) Que se condene a la pena que corresponde al delito más grave, sin tomar en consideración las correspondientes a los otros delitos realizados (principio de absorción); y, iv) Que se imponga una pena determinada, distinta a la que está conminada para cada uno de los delitos realizados, independientemente del número de éstos y de la forma en que concurren (principio de la pena unitaria).

Nuestra legislación penal hace el abordaje de cada uno de los concursos y determina:

a) En cuanto al **"Concurso Real"** el artículo 20 del COIP señala: "Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años".

En el "concurso real", conocido también como "concurso material", para su identificación son necesarios dos presupuestos: i) Que un mismo autor haya realizado dos o más acciones que constituyan varios delitos autónomos e independientes; y, ii) Que esa pluralidad de delitos haya de juzgarse en el mismo proceso.

En el tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, cabe considerar que si bien en el artículo 220 del COIP tiene una estructura polinuclear que concentra catorce verbos rectores, tales acciones no son varios delitos ni tampoco autónomos e independientes. Al determinarse las acciones o verbos rectores de las conductas sancionadas por la ley penal, establece diversas modalidades: ofertar, almacenar, intermediar, distribuir, comprar, vender, enviar, transportar, comercializar, importar, exportar, tener, poseer o en general, efectuar tráfico ilícito; se precisa "en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente…", norma a cual, a su vez es la, "Tabla de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala", la cual establece los pisos y techos de las sustancias.

b) En cuanto al ***"Concurso Ideal",*** el artículo 21 COIP señala: *"Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave";* este tipo de concurso también denominado "concurso formal", se da cuando el sujeto activo del delito mediante la misma acción, viola varias leyes penales o varias veces la misma ley penal. Para la determinación de

[1] Acorde a este principio, se impone la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior sin que ésta pueda superar la suma de las penas que correspondería aplicar a cada delito por separado.

este tipo de concurso son necesarios dos requisitos: i) Que exista una sola acción; y, ii) Que dicha acción suponga la realización de varios tipos penales. El concurso ideal de delitos se da cuando en una sola acción u omisión se configuran uno o más delitos; es decir, cuando una misma acción u omisión infringe varios tipos legales o infringe el mismo tipo varias veces. Cabe indicar que desde el marco del tratamiento penal, el problema que se presenta luego de comprobar la presencia de un concurso ideal de delitos, es el de saber qué pena se debe imponer al sujeto activo; si las disposiciones en concurso fijan la misma escala, el juez no tendrá dificultades, pero si son diferentes se deberá determinar conforme a la más severa; para saber cuál es la ley que prevé la pena más grave ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la pena y los límites *mínimum y máximum.* Hay que reiterar que la unidad de intención delictiva es la que caracteriza al concurso ideal y la que lo diferencia o distingue del real o material.

Que como resultado del desarrollo de esa línea argumental, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia expuso la siguiente:

LÍNEA JURISPRUDENCIAL

En los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y cuya conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos rectores constantes en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción, se debe aplicar el concurso ideal de delitos, por el que se punirá únicamente la conducta más severamente dosificada en el tipo penal, conforme el principio de absorción que rige este modelo concursal.

Que al existir esta nueva línea jurisprudencial, se ha cambiado el criterio contenido en la Resolución No. 12-2015, expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 16 de septiembre de 2015 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 592, de 22 de septiembre de 2015.

Que el artículo 185 de la Constitución de la República, en su parte final dispone que para cambiar un criterio jurisprudencial obligatorio, la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala.

Que el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe además que el fallo que cambie un criterio jurisprudencial deberá *"ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente"*.

Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 09-2012, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 792 de 19 de septiembre de 2012, estableció que *"el cambio de criterio jurisprudencial contenido en un precedente obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, lo puede realizar únicamente un Tribunal de una de las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia. Dicho fallo o sentencia, a más de cumplir estrictamente con la sustentación en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, deberá ser expedido en forma unánime por el Tribunal"*.

Que la Presidenta de la Sala de lo Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, con Oficio No. 180-2018-CNJ-SP-SSI, de 18 de octubre de 2018, comunica que existe el criterio unánime de la Sala sobre el cambio del precedente jurisprudencial contenido en la Resolución No. 12-2015, el que es ratificado con Oficio No. 0013-SPPPPMT-CNJ-2019, de 30 de enero de 2019, suscrito por el actual Presidente de dicha Sala, en el que comunica que se han emitido varias sentencias en las que se adopta la nueva línea jurisprudencial.

En uso de la atribución prevista en los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial;

RESUELVE:

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

"En los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y cuya conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos rectores constantes en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción, se debe aplicar el concurso ideal de delitos, por el que se punirá únicamente la conducta más severamente sancionada en el tipo penal, conforme el principio de absorción que rige este modelo concursal"

Artículo 2.- Como consecuencia de lo anterior, se deja sin efecto el precedente jurisprudencial obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución 12-2015, expedida el 17 de septiembre de 2015 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 593 de 22 de septiembre de 2015, que establecía: "Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal"

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 febrero del dos mil diecinueve.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dra. María Alejandra Cueva Guzmán, CONJUEZA NACIONAL. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL PARA LA AUTORIZACIÓN DE LA ADOPCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES ES EL PREVISTO EN EL CAPÍTULO IV, SECCIÓN TERCERA, DEL TÍTULO X DEL LIBRO III, ARTS. 284 Y 285 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

RESOLUCIÓN No. 03-2019

1. NORMATIVA APLICABLE

Conforme a los dispuesto en el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial: "*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.*"

Esta facultad del Pleno de la Corte Nacional de Justicia constituye una de las labores fundamentales de este órgano de justicia, íntimamente vinculada con las garantías jurisdiccionales del debido proceso, la tutela efectiva de los derechos y la seguridad jurídica (Arts. 75, 76 y 82 de la Constitución de la República), y con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos, contemplados en el artículo 11, numerales 5 y 8 de la Constitución de la República que establece: "*Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.*"

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 norma jurídica en la solución en casos controvertidos o cuando existan vacíos u oscuridad en la ley.

2.- ANTECEDENTES JURÍDICOS:

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 44 establece que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, asegurarán el pleno ejercicio de sus derechos y atenderán el principio de su interés superior. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como el 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, que permita la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales.

El artículo 45 de la Constitución de la República establece que 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 a la recreación; a la seguridad social; a tener un familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria.

Ante los hechos de orfandad, abandono o situaciones o de grave riesgo a las que están expuestos las niñas, niños y adolescentes, el Código de la Niñez y Adolescencia prevé la institución de la adopción como una medida para garantizar su derecho a pertenecer a una familia y disfrutar de su convivencia para un desarrollo integral en los aspectos físico y emocional.

El artículo 21 de la Convención sobre los derechos del Niño establece que: "Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario."

El Código de la Niñez y Adolescencia, por su parte, establece:

*"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 y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a 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.

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 y adolescentes.*

Las normas del ordenamiento jurídico, las 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."

Finalmente, la adopción como institución jurídica establece entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento-filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptado se asimila en todo al hijo consanguíneo manteniendo los mismos derechos establecidos en la Constitución y la ley.

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

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, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".*

En nuestro sistema legal la adopción tiene dos fases: una administrativa y otra judicial, para garantizar que el proceso se haya ejecutado bajo la supervisión de instituciones independientes que actúen en forma técnica, haciendo efectivo el interés superior de la niñez y adolescencia en su inserción en un medio familiar idóneo.

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

En lo que respecta al trámite judicial, han surgido dudas en las y los juzgadores de primer nivel en cuanto al procedimiento aplicado por los administradores de justicia, puesto que en algunos casos se aplica lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia y en otros lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos, pero en diferentes procedimientos, pues unos consideran que se trata de un proceso sumario y otros, que es un proceso voluntario.

La normatividad legal relativa a la adopción y al trámite judicial para su aprobación es la siguiente:

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA:

*"Art. 175.- **Juicio de Adopción**.- El juicio de adopción se iniciará una vez concluida la fase administrativa, y se ajustará al procedimiento señalado en el Capítulo IV, del Título X del Libro III de este Código."*

*"Art. 284.- **Contenido de la demanda y calificación**.- La demanda de adopción deberá presentarse por los candidatos adoptantes ante el Juez de la Niñez y Adolescencia del domicilio del niño, niña o adolescente a quien se pretende adoptar.*

A la demanda se adjuntará el expediente con las actuaciones previas de la Unidad Técnica de Adopciones respectiva, en la que deberá incluir una copia del juicio de declaratoria de adoptabilidad, del Convenio Internacional de Acreditación de las Entidades Autorizadas, si fuere pertinente.

Dentro de las setenta y dos horas de presentada la demanda, el Juez examinará si la misma cumple con los requisitos de ley y si se ha adjuntado el expediente con las actuaciones previas de la Unidad Técnica de Adopciones respectiva con los demás documentos. Si del examen de los documentos adjuntados a la demanda encontrare que se ha cumplido con los presupuestos de la adoptabilidad del niño, niña o adolescente, los requisitos para la calificación de los candidatos a adoptantes y la fase de asignación cumple con todos los requisitos previstos en la ley, el Juez calificará la demanda y dispondrá el reconocimiento de firma y rúbrica de los demandantes.

En caso de existir alguna violación al trámite administrativo, si se hubiera omitido alguna de sus fases o los documentos estuviesen incompletos, el Juez concederá tres días para completar la demanda.

Es obligación del Juez notificar este auto a la Unidad Técnica de Adopciones respectiva."

*"Art. 285.- **Audiencia**.- Realizado el reconocimiento de firma y rúbrica, el Juez de oficio convocará a los candidatos a adoptantes a una audiencia que se realizará dentro de los siguientes cinco días hábiles contados desde la notificación de la providencia que la convoca; a la audiencia deberán concurrir personalmente los candidatos a adoptantes, el niño o niña que esté en condiciones de expresar su opinión o el adolescente.*

La audiencia se iniciará con la manifestación de voluntad de los candidatos a adoptantes de adoptar. A continuación el Juez los interrogará para verificar su conocimiento sobre las consecuencias jurídicas y sociales de la adopción. Luego de ello oirá en privado al niño o niña a quien se pretende adoptar que esté en condiciones de edad y desarrollo para expresar su opinión. Si se trata de un adolescente, se requerirá su consentimiento, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 164 de este Código.

Concluida la audiencia, pronunciará sentencia en la forma prescrita en el artículo 277 de este Código contra la cual procederá el recurso de apelación para ante la Corte Superior del distrito."

El Código Orgánico General de Procesos, en su Disposición Derogatoria Sexta establece:

*"**SEXTA.-** Deróguese la sección segunda del Capítulo IV Procedimientos Judiciales y los artículos 292 y 293 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003*

Deróguense, así mismo, los artículos 22, 23, 27, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 45 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, en materia de alimentos, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 643 de 29 de julio de 2009, incorporada como Título V del Libro II del mismo código."

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS:

PROCEDIMIENTO SUMARIO:

"***Art. 332.- Procedencia***. *Se tramitarán por el procedimiento sumario:*

3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura."

"**Art. 333.- Procedimiento**. El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas:

1. No procede la reforma de la demanda.
2. Solo se admitirá la reconvención conexa.
3. Para contestar la demanda y la reconvención se tendrá un término de quince días a excepción de la materia de niñez y adolescencia que será de diez días.
4. Se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda."

PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS:

*"**Art. 334.- Procedencia**. Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:*

….También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción."

*"**Art. 335.- Procedimiento**. Se iniciarán por solicitud que contendrá los mismos requisitos de la demanda.*

La o el juzgador calificará la solicitud. Si se admite la solicitud, la o el juzgador dispondrá la citación de todas las personas interesadas o de quienes puedan tener interés en el asunto. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá requerir la información a la o el interesado, con respecto al domicilio o residencia y otros datos necesarios de quienes deban ser citados.

La o el juzgador convocará a audiencia en un término no menor a diez días ni mayor a veinte días siguientes a la citación. En dicha audiencia, escuchará a los concurrentes y se practicarán las pruebas que sean pertinentes. A continuación, aprobará o negará lo solicitado."

*"**Art. 336.- Oposición**. Las personas citadas o cualquier otra que acredite interés jurídico en el asunto, podrán oponerse por escrito hasta antes de que se convoque a la audiencia.*

La oposición deberá cumplir los mismos requisitos de la contestación a la demanda.

La o el juzgador inadmitirá la oposición cuando sea propuesta sin fundamento o con el propósito de retardar el procedimiento. En los demás casos, se entenderá que ha surgido una controversia que deberá sustanciarse por la vía sumaria, teniéndose la solicitud inicial como demanda y la oposición como contestación a la demanda. En tal caso, la o el juzgador concederá a las partes el término de quince días para que anuncien las pruebas, hecho lo cual se convocará a la audiencia."

*"**Art. 337.- Recursos**. Será apelable la providencia que inadmita la solicitud inicial y la resolución que la niegue.*

Las demás providencias que se pronuncien solo serán susceptibles de aclaración, ampliación, reforma y revocatoria."

4. ANÁLISIS:

En materia de niñez y adolescencia rigen ciertos principios fundamentales como son el interés superior de niñas, niños y adolescentes, la prevalencia de sus derechos sobre los de las demás personas; y, la obligación del Estado y la sociedad de garantizar su desarrollo integral, de acuerdo a la Constitución, los tratados internacionales y las leyes de la materia.

En consecuencia, el proceso judicial de adopción debe enmarcarse siempre en estos principios, procurando un proceso expedito que asegure la incorporación de la niña, niño o adolescente a un hogar adecuado y que la reinserción familiar no se dilate en formulismos procesales innecesarios.

De las tres opciones procesales que actualmente se vienen aplicando, se debe analizar cuál de aquellas es la apropiada para el procedimiento judicial de adopción.

1.- Proceso sumario: Se estima que el proceso pertinente para el trámite de adopción es el sumario establecido en el Capítulo III del Libro IV del COGEP, ésto porque se considera lo previsto en el artículo 332.3 de ese Código, que en su parte pertinente dispone: *"La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos **y los asuntos previstos en la ley de la materia** y sus incidentes…"*

Al respecto cabe considerar que si bien esta norma se refiere en forma genérica a todos los asuntos previstos en la ley de la materia, que para el caso es el Código de la Niñez y Adolescencia, esta interpretación es simplista ya que no analiza que existen ciertos procedimientos en ese Código que no se adaptan ni son compatibles con el proceso sumario como en el caso de las medidas de protección urgente, la recuperación de niñas, niños y adolescentes, la reinserción, etc., que tienen procedimientos específicos.

En el caso de la adopción, este es un asunto especial mediante el cual se garantiza a la niña, niño o adolescente su derecho a pertenecer a una familia y a la convivencia familiar, para favorecer su desarrollo integral; la jueza o juez especializado tiene la obligación de analizar el expediente administrativo de adoptabilidad para determinar si cumple con los requisitos legales, y, además, en una audiencia entrevistar a los adoptante y, de ser el caso, al adoptado, para determinar efectivamente la conveniencia del proceso de adopción.

Así el artículo 151 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone: "*Art. 151.- **Finalidad de la adopción.-** La adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados."*

Por su parte, el proceso sumario al que se refiere el COGEP es aplicable para los casos en que existe una controversia, un conflicto de intereses entre la pretensión del actor expuesta en la demanda y la contraposición del demandado determinada en sus excepciones. Por ello, en esta clase de procesos se debe cumplir con ciertas solemnidades sustanciales como son la citación al demandado, la contestación a la

demanda, el saneamiento del proceso y la resolución de excepciones previas, el anuncio, calificación y práctica de pruebas, la decisión en auto interlocutorio o sentencia, los recursos verticales y horizontales.

En consecuencia, el proceso sumario es totalmente incompatible con el procedimiento de adopción, por cuanto el mismo, como queda analizado, no es controversial, no existe un legítimo contradictor, no son aplicables otras fases procesales propias del juicio sumario y se debe resolver en una sola audiencia respecto de la conveniencia de la adopción.

2.- Proceso voluntario: Otra opción que se ha utilizado es el proceso voluntario en aplicación del artículo 334 inciso final del COGEP que dispone: "*También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción.*"

Si bien el proceso voluntario es más asimilable a la adopción porque se resuelve sin contradicción, existe un inconveniente al adoptar esta clase de procedimientos, pues de acuerdo con el artículo 335 del COGEP, admitida la resolución la jueza o juez dispondrá la citación de todas las personas interesadas o que puedan tener interés en el asunto y el artículo 336 de ese Código incluso prevé la posibilidad de oposición de las personas citadas o cualquier otra que acredite interés jurídico en el asunto; lo que no procede en la adopción en la que el único interés es el bienestar de la niñas, niños o adolescentes.

En consecuencia, el proceso voluntario establecido en el COGEP tampoco es el idóneo para la adopción.

3.- Proceso de adopción del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.- La adopción tiene un proceso específico y especial establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia, en el Capítulo IV, del Título X del Libro III.

En los artículos 284 y 285 del Código de la Niñez y Adolescencia, se establece un proceso expedito, que garantiza el interés superior de la niña, niño y adolescente.

Una vez concluido el proceso administrativo, los candidatos deben presentar su demanda ante la Jueza o Juez de la Niñez y Adolescencia del domicilio del niño, niña o adolescente, a la que se adjuntará el expediente de la Unidad Técnica de Adopciones.

La Juez o Juez dentro de las 72 horas siguientes examinará si se cumplen los requisitos para determinar si los documentos (expediente de la Unidad Técnica de Adopciones) cumplen los presupuestos de adoptabilidad y de calificación de los candidatos adoptantes. De ser procedente calificará la demanda y dispondrá que los demandantes reconozcan su firma y rúbrica.

Calificada la demanda convocará a una audiencia que se realizará dentro de los cinco días hábiles siguientes, a la que concurrirán personalmente los candidatos y la niña o niño que esté en condiciones de expresar su opinión. Se interrogará a los candidatos para verificar su conocimiento sobre las consecuencias jurídicas y sociales de la adopción, así como escuchará en privado a la niña, niño o adolescente que esté en condiciones de edad y desarrollo para expresar su opinión.

Concluida la audiencia pronunciará su sentencia, la cual será apelable ante la Corte Provincial del Distrito.

Es importante señalar que estas disposiciones están vigentes pues no han sido derogadas por el COGEP, ya que la Disposición Derogatoria Sexta de ese Código expresamente se refiere a la "**sección segunda**" del Capítulo IV de Procedimientos Judiciales del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en tanto que el proceso de adopción está contemplado en la Sección Tercera del Capítulo IV de ese Código.

CONCLUSIÓN:

De las normas constitucionales y legales analizadas se desprende que no es aplicable el proceso sumario establecido en el COGEP por cuanto la adopción no es un proceso controvertido, así como tampoco es aplicable el proceso voluntario previsto en el mismo Código por no existir en la adopción la posibilidad de oposición; por lo que el trámite legalmente apropiado y que corresponde a la autorización judicial para la adopción, es el previsto en el Capítulo IV, del Título X del Libro III, artículos. 284 y 285 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

RESOLUCIÓN No. 03-2019

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 169 de la Constitución de la República establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y se regirá por los principios de simplificación, uniformidad, inmediación, eficacia, celeridad y economía procesal, para hacer efectivas las garantías del debido proceso;

Que el artículo 75 de la Constitución de la República garantiza a las personas el derecho a un 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; y prevé que en ningún caso quedarán en la indefensión. En tanto que el artículo 76, numeral 7, letra g) de la Constitución 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 la garantía básica del derecho a la defensa, y por tanto a ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por una defensora o defensor público;

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

Que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 44 establece que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, asegurarán el pleno ejercicio de sus derechos y se atenderá el principio de su interés superior; y, que, 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, que permita la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales.

Que el artículo 45 de la Constitución de la República establece que las niñas, niños y adolescentes tendrán 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 a la recreación, a la seguridad social, a tener un familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria.

Que en nuestro sistema legal la adopción tiene dos fases: una administrativa y otra judicial, para garantizar que el proceso se haya ejecutado bajo la supervisión de instituciones independientes que actúen en forma técnica, haciendo efectivo el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en su inserción en un medio familiar idóneo.

Que, en lo que respecta al trámite judicial, han surgido dudas en las y los juzgadores de primer nivel en cuanto al procedimiento utilizado por los administradores de justicia, ya que en algunos casos se aplica lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia; y, en otros el Código Orgánico General de Procesos, pero en diferentes procedimientos, pues algunos juzgadores consideran que se trata de un proceso sumario y otros de un proceso voluntario.

Que para el proceso judicial de autorización de la adopción no es aplicable el proceso sumario establecido en el Código Orgánico General de Procesos, por cuanto la adopción no se trata de un proceso controvertido; así como tampoco es aplicable el voluntario previsto en el mismo Código, por no existir en la adopción la figura de terceros interesados y la posibilidad de oposición.

Que revisada la Disposición Derogatoria Sexta del Código Orgánico General de Procesos, entre las normas derogadas no constan las del Capítulo IV, Sección Tercera, del Título X del Libro III, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por lo que se mantiene su vigencia. Las normas vigentes no se oponen al procedimiento oral previsto en el Código Orgánico General de Procesos.

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

RESUELVE:

Artículo 1.- El procedimiento judicial para la autorización de la adopción de niñas, niños y adolescentes es el previsto en el Capítulo IV, Sección Tercera, del Título X del Libro III, Arts. 284 y 285 del Código de la Niñez y Adolescencia, normas procesales cuya vigencia se mantiene.

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

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 agosto del año dos mil diecinueve.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. José Luis Terán Suárez, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Edgar Flores Mier, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dra. Magaly Soledispa Toro, Dr. Patricio Secaira Durango, Dra. María Alejandra Cueva Guzmán, Dr. Iván Larco Ortuño CONJUEZAS Y CONJUECES NACIONALES. f) Dra. Sylvana León León, SECRETARIA GENERAL (E)

DISTRIBUCIÓN DE JUICIOS EN LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 04-2019

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con 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, la Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas;

Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Corte Nacional de Justicia estará integrada por las siguientes Salas Especializadas: 1. De lo Contencioso Administrativo; 2. De lo Contencioso Tributario; 3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; 4. De lo Civil y Mercantil; 5. De lo Laboral; y, 6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, correspondiendo al Pleno determinar las Juezas y Jueces que integrarán las diferentes Salas en el número que la necesidad del servicio lo requiera, tomando en cuenta su especialidad, pudiendo una jueza o juez integrar más de una Sala, resolución que podrá ser modificada en cualquier tiempo;

Que con Resolución No. 01-2018, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia procedió a integrar las diferentes Salas especializadas con las Juezas y Jueces Nacionales titulares;

Que ante la ausencia definitiva de varias de las juezas y jueces nacionales, la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, en uso de la atribución prevista en el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, procedió a llamar a las Conjuezas y Conjueces que deben reemplazarlos temporalmente hasta que el Consejo de la Judicatura designe los titulares;

Que una vez que se han procedido a conformar las diferentes Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, tanto con las juezas y jueces titulares como con las conjuezas y conjueces que han sido llamados a reemplazar temporalmente a las juezas y jueces cuya ausencia definitiva se ha producido en el más alto tribunal de justicia del país, es necesario aclarar las dudas que han surgido respecto de la determinación de la competencia de las causas que se encuentran pendientes de resolución;

Que el artículo 163 del Código Orgánico de la Función Judicial, al establecer las reglas generales para determinar la competencia, prescribe que fijada la competencia con arreglo a la ley ante la jueza, juez o tribunal competente, no se alterará por causas supervinientes;

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

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

RESUELVE:

Art. 1.- Las juezas y jueces nacionales titulares que continúan en el ejercicio de sus cargos, seguirán conociendo las causas que les haya correspondido por sorteo, como ponentes, jueces de garantías penales o como miembros del tribunal, según corresponda.

Art. 2.- Las causas que se encontraban en conocimiento de las juezas y jueces cuya ausencia definitiva se ha producido, serán conocidas por las conjuezas y conjueces llamados a reemplazarlos, quienes asumirán la competencia en la misma calidad que aquellos, ya sea como ponentes, miembros de un tribunal o jueces de garantías penales.

Art. 3.- Los conjueces que han sido llamados a conocer una causa en virtud de la excusa o recusación de una jueza o juez nacional, permanecerán en conocimiento de la misma, salvo que pasen a integrar como jueces encargados una Sala de una materia diferente a la del proceso de su conocimiento.

Los conjueces que hayan sido llamados a actuar en un proceso por ausencia temporal de una jueza o juez de la Corte Nacional de Justicia, continuarán en su conocimiento si hubiese actuado en una audiencia oral.

Art. 4 de la Resolución 04-2019.- Las causas en las que se hubiere presentado excusa por parte de una de las juezas o jueces nacionales que han dejado de pertenecer a la Corte Nacional de Justicia, en las que aún no se ha designado al subrogante, serán conocidas por la conjueza o conjuez al que se encargue el despacho del juez saliente.

Art. 5.- Derógase la Resolución 09-2017 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA: Por cuanto la Resolución 09-2017 establecía que a la ex Jueza Nacional doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo le correspondía conocer únicamente los juicios que lleguen a la Sala de lo Laboral con recursos interpuestos al amparo de la Ley de Casación y asuntos constitucionales, se dispone el resorteo de los procesos que se encuentran pendientes en ese despacho, entre todos los jueces de la Sala Laboral, a fin de que el conjuez que reemplace a dicha ex Magistrada, conozca a partir de esta fecha tanto los procesos sustanciados con el trámite anterior como aquellos que se realizan de conformidad con el COGEP.

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 veinticinco días del mes de noviembre de dos mil diecinueve.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, JUECES Y JUEZAS NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN CON LAS REFORMAS AL COGEP

RESOLUCIÓN No. 05-2019

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

1.- MARCO NORMATIVO:

De acuerdo con lo previsto en los Arts. 178, 182 y 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Nacional de Justicia es el máximo organismo jurisdiccional de la Función Judicial, encargada de conocer y resolver los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley.

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 vinculada con las garantías jurisdiccionales de los ciudadanos al debido proceso, a la tutela efectiva de sus derechos y a la seguridad jurídica (Arts. 75, 76 y 82 de la Constitución de la República), se encuentra relacionada con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos, contemplados en el artículo 11, numerales 5 y 8 de la Constitución de la República que establece: "Art. 11. *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos y judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.*"

Además, a través de estas resoluciones generales y obligatorias, la Corte Nacional de Justicia 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 caso de conflictos, dudas u oscuridad de la ley.

2.- ANTECEDENTES JURÍDICOS:

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

Además el Art. 168 numeral 6 ibídem establece que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará el sistema oral de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

En el Suplemento del Registro Oficial No. 517 de 26 de junio de 2019, se promulgó la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos, que entre las modificaciones más importantes introducidas a ese Código está la de los requisitos, condiciones y procedimiento para la admisibilidad y sustanciación del recurso de casación en materias no penales.

El Art. 43 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos, dispone: "Sustitúyase el artículo 270 por el siguiente texto:

"*Art. 270.- Admisibilidad del recurso.- Recibido el proceso en virtud del recurso de casación, se designará por sorteo a una o un Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, quien en el término de quince días examinará exclusivamente que el recurso se lo haya interpuesto en el término legal y que la forma del escrito de fundamentación tenga la estructura señalada en el artículo 267. Cumplidas estas formalidades lo admitirá.*

Si los cumple, se admitirá el recurso, se notificará a las partes y se remitirá el expediente a la Sala Especializada correspondiente de la Corte Nacional de Justicia. Si no los cumple, la o el Conjuez dispondrá que la parte recurrente lo complete o aclare en el término de cinco días, determinando explícitamente el o los defectos, si no lo hace, se inadmitirá el recurso, pudiendo deducirse el recurso de revocatoria del auto de inadmisión.

En el auto de admisión se correrá traslado con el recurso deducido a la contraparte, concediéndole el término de treinta días para que sea contestado de manera fundada; con o sin contestación en el término señalado, se remitirá el expediente a la sala respectiva de la Corte Nacional de Justicia para que falle sobre el recurso.

No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba.

Si el proceso se eleva en virtud del recurso de hecho, dentro del término de quince días, examinará si el recurso de casación fue debidamente interpuesto en cuyo caso concederá".

La Disposición Transitoria Segunda de esa Ley reformatoria establece: "*SEGUNDA.- En el caso de los recursos de casación que se encuentran interpuestos sin que hasta la presente fecha se haya resuelto su admisión o inadmisión, se aplicará lo dispuesto en la presente ley y no se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación".*

Respecto de la reforma a los requisitos y procedimiento para la calificación de la admisión del recurso de casación, así como la forma de interposición de este recurso cuando aquellos han sido presentados en procesos tramitados antes de que entrara en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, han surgido dudas por parte de las conjuezas y conjueces de la Corte Nacional de Justicia, las juezas y jueces de las Cortes Provinciales y los defensores técnicos de las partes procesales.

3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

3.1.-Naturaleza jurídica 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 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).

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).

En nuestro sistema procesal el recurso de casación, luego de su calificación en la Corte Provincial o en el Tribunal Distrital, para su resolución debe pasar por dos fases: una primera fase de admisibilidad en la que se debe analizar la procedencia del recurso en aspectos formales y de estructura, cuya calificación está a cargo de las conjuezas y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, una segunda fase, que consiste en determinar si el fallo judicial ha incurrido en alguna de las causales determinadas en la ley y expresamente alegadas por el recurrente.

3.2.- Competencia para calificar la admisibilidad del recurso de casación:

Según dispone el artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial la competencia para resolver acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación corresponde a las conjuezas y conjueces de la Corte Nacional de Justicia: "Art. 201.- FUNCIONES.- A las conjuezas y a los conjueces les corresponde: 2. Calificar, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala a la cual se le asigne e integrar por sorteo el tribunal de tres miembros para conocer y resolver las causas cuando sea recusada la sala por falta de despacho".

3.3.- Requisitos para la admisibilidad del recurso de casación:

Para su admisibilidad el recurso de casación debe reunir ciertos requisitos o condiciones indispensables que determinan su viabilidad; tales exigencias no son simples formalismos sino que se refieren a la esencia misma de este recurso extraordinario en cuanto a su finalidad que es el velar por la correcta aplicación de la ley, y que no se convierta en una vía común de revisión de los fallos como si se tratarse de una tercera instancia.

Estos requisitos son:

Procedencia:

No todas las sentencias o autos definitivos son susceptibles del recurso de casación. La necesidad de limitarlos se vio ya reflejada con la anterior Ley de Casación, que en sus inicios permitió el acceso a este recurso a cualquier tipo de procesos, incluso a resoluciones dictadas dentro de los incidentes procesales.

Por ello se realizó la reforma a la Ley de Casación establecida mediante la Ley 93, publicada en el suplemento del Registro Oficial 764 de 22 de agosto de 1995, en la que se estimó que esta vía de

impugnación extraordinaria procedía respecto de los juicios de conocimiento modificando el texto del Art. 2 de la Ley de Casación, conforme a la cual, este recurso extraordinario y supremo "*Procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes provinciales, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo".*

El artículo 266, inciso primero del Código Orgánico General de Procesos, en cuanto a la procedencia del recurso de casación determina: "*Art. 266.- Procedencia.- El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo*."

La Doctrina identifica a los procesos de conocimiento como aquellos que tienen la finalidad de declarar un derecho. Hernando Devis Echandía, dentro de la clasificación de los procesos por su función diferencia al "proceso declarativo, genérico o de conocimiento y proceso de ejecución"; respecto de los primeros, de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva, señala como su finalidad la declaración de derechos o de responsabilidad, o de la constitución de una relación jurídica y en los que se incluyen a los declarativos y a los dispositivos. "En todos ellos el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quién tiene el derecho, es decir, el juez es quien ius dicit. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos". (Teoría General del Proceso, Tercera edición revisada y corregida, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2002, p. 165). Dentro de esta clasificación, por las funciones del proceso, el citado autor se refiere al proceso cautelar, el mismo que cumple función distinta de los dos anteriores, en cuanto "… previene los daños que el litigio pueda acarrear o que puedan derivarse de una situación anormal… Se divide en conservativo e innovativo, según que tenga por objeto impedir que se modifique la situación existente, o, por el contrario, producir un cambio de ella, en forma provisional". (Id., p. 166). Refiriéndose al proceso de conocimiento, de declaración, o de cognición, Lino Enrique Palacio, dice que es "Aquél que tiene por objeto una pretensión tendiente a que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes". (Manual de Derecho Procesal Civil, I. Sexta edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 393). El contenido invariable y fundamental de los pronunciamientos que se profieren en este tipo de procesos consiste en una declaración de certeza respecto de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor, "… declaración que requiere, por parte del órgano decisor, una actividad cognoscitiva tendiente a valorar los elementos de juicio que las partes incorporan al proceso mediante sus alegaciones y pruebas … en la base del proceso de conocimiento existe una incertidumbre jurídica inicial que es menester disipar a través del contradictorio". (Op. cit., p. 394). Para Lino Enrique Palacio, el proceso tipo, dentro de los denominados de conocimiento, es el proceso ordinario. Asimismo, dentro de los procesos por su finalidad, este autor ubica a más del declarativo o de conocimiento, a los de ejecución y cautelares; respecto de los segundos, dice que su objeto es hacer efectiva la sanción impuesta por una anterior sentencia de condena que, como tal, impone al vencido la realización u omisión de un acto, cuando este no es voluntariamente realizado u omitido por aquel, "Este tipo de proceso, sin embargo, puede agotar en forma autónoma el cometido de la función judicial, es el caso de los títulos ejecutivos extrajudiciales, a los cuales la ley les asigna efectos equivalentes a los de una sentencia de condena, regulando, para hacerlos efectivos, un proceso sustancialmente similar al de ejecución de sentencias". (Op. cit., p. 93). En cuanto al proceso cautelar, caracterizado por carecer de autonomía, desde que su finalidad se reduce a asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso, el autor en comentario dice que "Tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de un proceso (de conocimiento o de ejecución), pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia que le pone fin (desaparición de los bienes del presunto deudor, o modificación de la situación de hecho existente al tiempo de deducirse la pretensión)", (Idem, p. 93). Eduardo J. Couture, refiriéndose a las acciones (procesos) de conocimiento, expresa que por ellos "se procura tan sólo la declaración o determinación del derecho"; y que las acciones (procesos) de ejecución, "procuran la efectividad de un derecho ya reconocido en una sentencia o en un título ejecutivo, con las medidas de coacción consiguientes"; y, respecto de las acciones (procesos) cautelares, expresa que en ellos "se procura,

en vía meramente preventiva y mediante un conocimiento preliminar, el aseguramiento de los bienes o de las situaciones de hecho que serán motivo de un proceso ulterior". (Fundamentos Del Derecho Procesal Civil. Editorial I B de f. 4ta. Edición. Montevideo-Buenos Aires. 2002. p. 67). Como se observa, la doctrina actual diferencia por su finalidad a los procesos de conocimiento, de ejecución y cautelares.

El Código Orgánico General de Procesos recoge en parte este concepto y en el Art. 354 inciso final dispone en forma expresa que: "*No será admisible el recurso de casación para este tipo de procesos*", refiriéndose a los procesos ejecutivos. Lo mismo ocurre con el caso de los procesos monitorios, pues el Art. 359 de este Código señala que contra la sentencia que se dicte en estas causas solamente procederá el recurso de apelación.

El segundo elemento para la procedibilidad del recurso de casación es que la resolución tenga el carácter de final y definitiva. Las resoluciones judiciales son finales y definitivas cuando el juzgador emite un pronunciamiento acerca del asunto o asuntos de fondo sometidos a su juzgamiento, mediante sentencia, que no permita volver a discutir el asunto en un nuevo juicio (cosa juzgada formal y material); o también cuando dicta un auto que, aun cuando no contiene un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes, si pone fin al proceso porque no permite la continuación de la causa, como ocurre con los autos que de nulidad procesal de toda la causa, desde la misma demanda o los autos en que se declara el abandono de la causa. La ex Corte Suprema de Justicia ha expresado: " *En los supuestos del Art. 2 de la Ley de la materia, es preciso que la providencia impugnada sea final y definitiva porque resuelve sobre lo principal causando excepción de cosa juzgada sobre el motivo central de la controversia, de manera que no pueda renovarse la contienda ni ante el mismo Tribunal ni ante otro diferente; a este respecto, uno de los autores del proyecto que se convirtió en ley, el Dr. JORGE ZAVALA EGAS, emite los siguientes criterios que ayudan a la debida comprensión de la norma de conformidad con lo que establece el artículo 18 regla primera, inciso segundo del Código Civil "bien puede ser una sentencia final, pero no definitiva. Este sería el caso del auto por el cual el juez cede la competencia que es final en cuanto al punto en discusión, esto es, la competencia, pero no es definitiva, pues no resuelve el problema de fondo de la litis. Las sentencias que declaran la nulidad de lo actuado son finales cuando se expiden en única y última instancia, pero no son definitivas por la misma razón que en el ejemplo anterior. Lo mismo ocurre con las providencias preventivas expedidas para instituir medidas cautelares, son finales, pero jamás definitivas. Estos son algunos ejemplos de aplicación de las características de sentencias o autos finales y definitivos, que es lo que entendemos que la Ley exige para que sean de aquellos que pongan fin a los procesos*" (Resolución No. 135 de 9 de mayo de 1996, Vargas vs Vásconez). Respecto de la cosa juzgada, como medida de eficacia, coincide con la cita doctrinaria, Eduardo J. Couture, en cuanto aquella se concreta en esas tres posibilidades de inimpugnabilidad, de inmutabilidad y de coercibilidad. Es inimpugnable "… en cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia: non bis in eadem. Si ese proceso se promoviera, puede ser detenido en su comienzo con la invocación de la propia cosa juzgada esgrimida como excepción … La inmodificabilidad de la sentencia consiste en que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.. La coercibilidad consiste en la eventualidad de ejecución forzada, la coerción es una consecuencia de las sentencias de condena, pasadas en cosa juzgada". (Fundamentos Del Derecho Procesal Civil. Editorial I B de f. 4ta. Edición. Montevideo-Buenos Aires. 2002 pp. 327 y 328).

Finalmente, en cuanto a la procedencia es necesario señalar que solo las sentencias o autos dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo son recurribles en casación, esto para evitar el recurso "per satum", es decir, que se formule recurso de casación de las resoluciones de los juzgadores de primera instancia.

Legitimación:

Otro aspecto de fondo que se debe calificar al revisar la procedencia del recurso de casación es la legitimación de quien lo propone. El Art. 277 del Código Orgánico General de Procesos dispone que el

recurso solo podrá interponerlo la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto, es decir que la decisión judicial le haya sido adversa parcial o totalmente.

Pero además esta norma establece que no podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia o no se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución de la o el superior haya sido totalmente confirmatoria de aquella. Esto significa que si la decisión judicial de primer nivel le fue adversa a alguna de las partes, pero está se conformó con aquella y no la impugnó en apelación, si la decisión de segundo nivel confirma el fallo subido en grado, entonces tampoco está legitimado para interponer el recurso de casación.

Temporalidad:

De acuerdo con el Art. 42 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos, el término para interponer el recurso de casación es de treinta días posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

El inciso segundo del Art. 269 del Código Orgánico General de Procesos dispone que la Corte Provincial de la que provenga el auto o sentencia recurrido, calificará si el recurso de casación ha sido presentado dentro del término correspondiente. De la resolución que inadmita el recurso de casación se podrá interponer recurso de hecho conforme el Art. 278 de ese Código.

No obstante esa norma, y según la disposición del Art. 270 del Código Orgánico General de Procesos reformado por el Art. 43 de la Ley Orgánica Reformatoria de ese Código, la conjueza o conjuez de la Corte Nacional de Justicia, analizará que el recurso haya sido presentado dentro del término legal para su admisibilidad.

Requisitos formales:

Los requisitos formales del recurso de casación están determinados en el Art. 267 del Código Orgánico General de Procesos y son:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

Las conjuezas y conjueces de la Corte Nacional de Justicia deberán revisar si el recurso de casación cumple con estos requisitos, si no lo hace, dispondrán que lo aclare o complete en el término de cinco días, determinando explícitamente el o los defectos, y si el recurrente no lo hace e incumple con lo dispuesto en la providencia respectiva, entonces se inadmitirá el recurso.

En el tema de admisibilidad también debe considerarse la disposición del inciso cuarto del Art. 270 reformado del Código Orgánico General de Procesos que establece: “No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba”.

Esta disposición debe aplicarse en conjunto con lo previsto en el Art. 44 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos que establece: "*Cuando se case la sentencia por el caso previsto en el número 4 del artículo 268 de este Código, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, corregirá el error valorando correctamente la prueba que obre de autos*". Es decir que si el recurrente al invocar los casos contemplados en los números 1, 2, 3 y 5 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, lo hace argumentado que existe un error en la valoración de la prueba y pretende una nueva valoración de aquella, el recurso es inadmisible; pero si lo hace en fundamento del caso cuarto de ese artículo y además cumple con los otros requisitos, el recurso será admisible.

En conclusión, la admisibilidad del recurso de casación no se limita exclusivamente a los requisitos formales y la temporalidad en la presentación de este recurso, sino que también corresponde a los requisitos de procedencia y legitimación, por ser elementos intrínsecos a la naturaleza jurídica del recurso de casación.

La duda surge respecto de la competencia para calificar los requisitos de procedencia y legitimidad, pues al ser parte de la admisibilidad del recurso, correspondería analizarlos a las conjuezas y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; sin embargo el Art. 270 reformado del COGEP, limitaría la competencia de aquellos solamente a "*examinará exclusivamente que el recurso se lo haya interpuesto en el término legal y que la forma del escrito de fundamentación tenga la estructura señalada en el artículo 267…",* por lo que la revisión de la procedencia y legitimidad correspondería al Tribunal de la Sala Especializada de Casación competente.

3.4.- Normatividad aplicable para el trámite de admisibilidad del recurso de casación:

Existen dudas respecto del contenido y alcance de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos que establece: *"SEGUNDA.- En el caso de los recursos de casación que se encuentran interpuestos sin que hasta la presente fecha se haya resuelto su admisión o inadmisión, se aplicará lo dispuesto en la presente ley y no se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación".; en concordancia con el inciso primero del Art. 270 reformado de ese Código, en la parte que dispone: "(…) Recibido el proceso en virtud del recurso de casación, se designará por sorteo a una o un Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, quien en el término de quince días examinará exclusivamente que el recurso se lo haya presentado en el término legal y que la forma del escrito de fundamentación tenga la estructura señalada en el artículo 267.*".

La duda es con respecto a si los recursos de casación interpuestos de acuerdo a la Ley de Casación por corresponder a procesos iniciados antes de que entre en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, deben interponerse en el término de cinco días (LC) o en el término de treinta días (COGEP), y si su estructura y fundamentación debe estar adecuada a la norma del Art. 267 del COGEP y ya no a la anterior Ley de Casación.

Sobre este tema tenemos que el Código Orgánico General de Procesos en su Disposición Transitoria Primera establece: "*Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación*."

De acuerdo con esta Disposición todas las causas que se hubieren iniciado con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia el COGEP deben tramitarse y resolverse de acuerdo a las normas procesales que estuvieron vigentes con anterioridad; y en materia de casación, obviamente, a la Ley de Casación.

Esta Disposición Transitoria Primera no ha sido derogada por la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, por lo tanto, los recursos de casación interpuestos al amparo de la Ley

de Casación en cuanto al término de interposición, requisitos y trámite de procedencia, están regulados por los Arts. 2, 3, 4, 5 y 6 de esa Ley; sin embargo en lo que respecta al trámite de calificación deben someterse a lo previsto en el Art. 270 del COGEP.

Una vez admitido el recurso de casación formulado bajo la normas de la Ley de Casación, para su resolución ante el Tribunal de Casación de la Corte Nacional de Justicia, deberá seguir el procedimiento previsto en la Ley de Casación.

En cambio, la Ley Reformatoria promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 517 de 26 de junio de 2019, regula exclusivamente lo concerniente a los recursos de casación interpuestos al amparo del Código Orgánico General de Procesos.

4.- CONCLUSIONES:

4.1.- La admisibilidad del recurso de casación no se limita exclusivamente a los requisitos formales y la temporalidad en la presentación de este recurso, sino que también corresponde a los requisitos de procedencia y legitimación, por ser elementos intrínsecos a la naturaleza jurídica del recurso de casación, los cuales deben ser analizados por las conjuezas y conjueces de la Corte Nacional de Justicia, por ser inherentes a la admisibilidad. Por tanto deberán necesariamente examinar en su conjunto las siguientes normas: artículo 266 del COGEP que establece los parámetros para la procedencia del recurso; artículo 267 que determina los requisitos que debe cumplir la fundamentación del recurso; artículo 268 que enumera taxativamente las causales para su interposición; artículo 270 que establece el procedimiento para la admisibilidad; y, artículo 277 que regula la legitimación para la interposición del recursos.

4.2.- En aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, los recursos de casación interpuestos en los procesos iniciados con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia ese Código, deberán formularse al amparo de la Ley de Casación; pero en cuanto al trámite se admisibilidad se aplicará el Art. 270 reformado del COGEP.

RESOLUCIÓN No. 05-2019

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 169 de la Constitución de la República establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y a través del mismo se harán efectivas las garantías del debido proceso;

Que la casación es un recurso extraordinario, de admisibilidad restringida, que exige el cumplimiento de las formalidades determinadas en la ley para ser admitido. Dichas formalidades no son solemnidades innecesarias, sino que responden a la necesidad de otorgar al recurso su carácter de medio de impugnación verdaderamente extraordinario, que supone el previo cumplimiento de obligaciones inexcusables para evitar que en la práctica se concluya por desvirtuarlo;

Que al ser la casación un recurso extraordinario, es obligación del recurrente suministrar a la Sala Especializada de casación todos los elementos que permitan efectuar el análisis de la causal alegada y de los vicios acusados, aspectos éstos que solamente pueden ser evidenciados en la fase de admisibilidad, puesto que las causales y los vicios previstos en Ley constituyen normas formularias a la que es indispensable ajustar el escrito en el que se interpone el recurso, lo cual responde a la necesidad de que se señale de modo preciso los términos dentro de los que se ha de examinar la sentencia recurrida;

Que el inciso segundo del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que: "*La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia*"; y, para que el carácter extraordinario del recurso de casación sea respetado, el numeral 2 del artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial asigna a las conjuezas y a los conjueces de la Corte Nacional de Justicia la función de: "*Calificar, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala a la cual se le asigne* …". A fin de que las Conjuezas y los Conjueces de la Corte Nacional de Justicia pueda cumplir con su función de calificar la admisibilidad de los recursos de casación cuyo conocimiento les haya sido asignado por sorteo, el artículo 266 del COGEP establece los parámetros para la procedencia del recurso, el artículo 267 determina los requisitos que debe cumplir la fundamentación del recurso, el artículo 268 enumera taxativamente las causales para su interposición, el artículo 270 establece el procedimiento para la admisibilidad y el artículo 277 regula la legitimación para la interposición del recurso, aspectos éstos que necesaria y obligatoriamente deben ser analizados por una Conjueza o Conjuez de la Corte Nacional de Justicia para poder pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso;

Que el Código Orgánico General de Procesos en su Disposición Transitoria Primera establece: "*Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme la normatividad vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación*"; disposición que no ha sido derogada ni sustituida, por lo que los recursos de casación interpuestos en los procesos iniciados antes de que entre en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, se someterán a las normas de la Ley de Casación, pero en cuanto al trámite para su admisibilidad, se aplicará lo previsto en el Art. 270 del COGEP, pudiendo la o el Conjueces mandarlo a aclarar o ampliar, por cuanto no cabe discriminar a esta clase de recursos;

Que en el suplemento del Registro Oficial No. 517 de 26 de junio de 2019 se publicó la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), la cual, entre otros aspectos, sustituyó el artículo 270 del COGEP, cuyo inciso primero dispone lo siguiente: "*Recibido el proceso en virtud del recurso de casación, se designará por sorteo a una o a un Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, quien en el término de quince días examinará exclusivamente que el recurso se lo haya presentado en el término legal y que la forma del escrito de fundamentación tenga la estructura señalada en el artículo 267. Cumplidas estas formalidades, lo admitirá*". Esta reforma al procedimiento para la admisibilidad de recurso de casación ha ocasionado dudas respecto a su alcance, en cuanto a si la resolución de admisibilidad debe considerar exclusivamente la temporalidad de presentación del recurso y la estructura señalada en el artículo 267 del COGEP; o, si por el contrario, también debe considerar los demás requisitos previstos en el COGEP;

Que es necesario tener presente que se encuentran en plena vigencia y no han sido sustituidas ni reformadas las siguientes normas: artículo 266 del COGEP que establece los parámetros para la procedencia del recurso, artículo 267 que determina los requisitos que debe cumplir la fundamentación del recurso, artículo 268 que enumera taxativamente las causales para su interposición, artículo 270 que establece el procedimiento para la admisibilidad, y artículo 277 que regula le legitimación para la interposición del recurso. Todos estos aspectos necesaria y obligatoriamente deben ser analizados por Conjuezas y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia para resolver sobre la admisibilidad del recurso, pues son aquellos que permiten establecer la viabilidad del recurso para que superada esta fase, un tribunal de la Sala Especializada correspondiente analice los aspectos de fondo;

Que el artículo 267 del COGEP dispone que el escrito de interposición del recurso debe necesariamente contener "*La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalando de manera clara y precisa la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada*"; lo que obliga a las Conjuezas y a los Conjueces de la Corte Nacional de Justicia a verificar que el escrito de interposición del recurso de casación determine fundamentada y obligatoriamente los aspectos que taxativamente se enumeran en esa norma;

Que el reformado artículo 270 del COGEP establece que el Conjuez examinará "*exclusivamente*" que el recurso se lo haya interpuesto oportunamente y "*que la forma del escrito de fundamentación tenga la estructura señalada en el artículo 267*", lo que se debe interpretar en el sentido que más se ajuste a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, a partir del contexto general del texto normativo para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía, quedando claro entonces que los artículos 267 y 270 son complementarios y se articulan de manera adecuada, ya que mientras el artículo 270 determina la forma de calificar la admisibilidad del recurso, el artículo 267 establece los requisitos que debe cumplir la fundamentación aspectos éstos que deben ser analizados en su conjunto; y,

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

RESUELVE:

Art. 1.- En aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, en los recursos de casación interpuestos en los procesos iniciados con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia el COGEP, las Conjuezas y los Conjueces deberán verificar que el recurso se haya formulado de acuerdo a la Ley de Casación.

Conforme la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos, en el trámite de admisibilidad del recurso, la o el Conjuez aplicará lo previsto en la reforma del Art. 270 del COGEP.

Los recursos de casación que han sido admitidos a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos que se encuentren en las respectivas Salas Especializadas, deberán ser resueltos con sujeción a la Ley que estuvo vigente a la fecha de presentación del recurso.

Art. 2.- En los procesos iniciados a partir de la fecha en que entró en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, las conjuezas y los conjueces de la Corte Nacional de Justicia, al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, deberán examinar el cumplimiento de los artículos 266, 267, 268, 270 y 277 de dicho cuerpo legal.

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

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

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (Voto en contra), Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, JUECES Y JUEZAS NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

- REEMPLAZO DE LOS PRESIDENTES DE SALA

- DISTRIBUCIÓN DE LOS JUICIOS EN CONOCIMIENTO DE LOS CONJUECES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 06-2019

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

Que el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 201 determina que a las conjuezas y a los conjueces les corresponde: *"1. Reemplazar, por sorteo, a las juezas y jueces en caso de impedimento o ausencia; 2. Calificar, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala a la cual se le asigne e integrar por sorteo el tribunal de tres miembros para conocer y resolver las causas cuando sea recusada la sala por falta de despacho; 3. Organizar los fallos de la sala, seleccionar los precedentes para proporcionarlos a los ponentes de la sala a fin de que los utilicen en sus ponencias, y establecer los casos de triple reiteración a fin de ponerlos a conocimiento del Presidente de la sala para que los eleve hasta el Pleno de la Corte; y, 4. Ejercer las demás atribuciones que establezca la ley"*.

Que una vez que se han procedido a conformar las diferentes Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, tanto con las juezas y jueces titulares como con las conjuezas y conjueces que han sido llamados a reemplazar temporalmente a los juzgadores cuya ausencia definitiva se ha producido en el más alto tribunal de justicia del país, es necesario aclarar las dudas que han surgido respecto de la determinación de la competencia de las causas que se encuentran pendientes de resolución en los despachos de los conjueces salientes;

Que el artículo 202 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que *"En la segunda quincena de cada año, las juezas y jueces integrantes de cada sala especializada elegirán su Presidenta o Presidente, a quien le corresponderá: 1. Presidir la Sala; 2. Remitir al Pleno de la Corte Nacional de Justicia las sentencias que en su Sala se hayan dictado y reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho; 3. Llevar a cabo un sorteo para designar jueza o juez ponente para cada sentencia; 4. Supervisar que en su Sala no se produzcan fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho; y, 5. Ejercer las demás atribuciones que establezca la ley"*.

Que existen Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia en la que se ha producido la ausencia definitiva de todas las Juezas y Jueces titulares, lo que ha producido dudas respecto de a quién corresponde actuar en reemplazo de la Presidenta o Presidente de Sala saliente y si en la segunda quincena de enero próximo debe procederse a una nueva elección;

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

RESUELVE:

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

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

Tanto la elección como la subrogación de Presidenta o Presidente de Sala se realizarán entre las Juezas y Jueces titulares y aquellos Conjueces que por ausencia definitiva de un titular estuvieren actuando como Jueces encargados hasta que se designe al titular. Sin embargo, en caso de ser elegido uno de estos últimos, el momento en que termine el encargo concluirá también su designación como Presidente de Sala.

Art. 2.- PROCESOS PENDIENTES DE CALIFICAR ADMISIBILIDAD: Los procesos no penales que se encuentran para calificar la admisibilidad de un recurso de casación o de hecho, que estaban en conocimiento de un conjuez o conjueza saliente o que ha pasado a desempeñar funciones de Juez Nacional, serán sorteados entre todos los conjueces que ingresen a la respectiva Sala.

Art. 3.- PROCESOS EN CONJUECES POR EXCUSA O RECUSACIÓN: Respecto de las causas en las que se ha llamado a actuar a un conjuez en virtud de haberse aceptado la excusa o recusación de un juez nacional, se aplicarán las siguientes reglas:

1.- Si tanto el juez nacional como el conjuez que fue llamado a reemplazar al Juez hubieren dejado de integrar la Corte Nacional, el proceso pasará a conocimiento del juez que reemplaza al juez saliente, en la misma calidad que éste tenía.

2.- Si el conjuez llamado a reemplazar a un Juez Nacional, permanece en la Corte Nacional, continuará en conocimiento de la causa, salvo que pase a integrar como juez una Sala de una materia diferente a la del proceso en su conocimiento; en cuyo caso la causa se sorteará entre los Conjueces de la materia respetiva.

3.- Si el Juez Nacional cuya excusa o recusación se ha declarado procedente continúa integrando la Corte Nacional, pero el Conjuez llamado en su reemplazo ha dejado de pertenecer a la misma, se sorteará la causa a uno de los conjueces de dicha Sala, que actuará en la misma calidad que el juez cuya excusa o recusación se aceptó.

Art. 4.- Derógase la Resolución No. 03-2012 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

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 once días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Iván León Rodríguez, Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar (VOTO EN CONTRA), Dra. Gilda Morales Ordóñez, Dr. Carlos Pazos Medina, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Milton Ávila Campoverde, Dr. Fernando Ortega Cárdenas, Dr. José Layedra Bustamante, Dr. Diego Gordillo Cevallos, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dra. Gabriela Mier Ortiz (VOTO EN CONTRA), CONJUECES Y CONJUEZAS NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

INTEGRACIÓN DE LAS SALAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 07-2019

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

Que el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que *"La Corte Nacional de Justicia estará integrada por las siguientes Salas Especializadas: 1. De lo Contencioso Administrativo; 2. De lo Contencioso Tributario; 3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; 4. De lo Civil y Mercantil; 5. De lo Laboral; y, 6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia designará a las Juezas y los Jueces Nacionales que integrarán cada Sala, en el número que la necesidad del servicio de justicia lo requiera, tomando en cuenta su especialidad. Esta resolución podrá modificarse en cualquier tiempo, sin que en ningún caso, el número de jueces por Sala sea inferior a tres…"*

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

Que con Resolución No. 01-2018, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia procedió a integrar las diferentes Salas especializadas con las Juezas y Jueces Nacionales titulares;

Que ante la ausencia definitiva de varias de las juezas y jueces nacionales, la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, en uso de la atribución prevista en el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, procedió a llamar a las Conjuezas y Conjueces que deben reemplazarlos temporalmente hasta que el Consejo de la Judicatura designe los titulares;

Que una vez que se han procedido a conformar las diferentes Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, tanto con las juezas y jueces titulares como con las conjuezas y conjueces que han sido

llamados a reemplazar temporalmente a las juezas y jueces cuya ausencia definitiva se ha producido en el más alto tribunal de justicia del país, es necesario que el Pleno emita una Resolución actualizando la integración de las diferentes Salas especializadas;

En uso de las atribuciones legales mencionadas,

RESUELVE:

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

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo
2. Dr. Patricio Secaira Durango (e)
3. Dr. Iván Larco Ortuño (e)

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

1. Fernando Antonio Cohn Zurita (e)
2. Mónica Alexandra Heredia Proaño (e)
3. Gilda Rosana Morales Ordóñez (e)

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

1. Dra. Daniella Camacho Herold
2. Dr. Marco Rodríguez Ruiz
3. Dr. Iván Saquicela Rodas
4. David Isaías Jacho Chicaiza (e)
5. Wilman Terán Carrillo (e)
6. Iván León Rodríguez (e)
7. Dilza Muñoz Moreno (e)

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

1. María de los Angeles Montalvo Escobar (e)
2. Carlos Vinicio Pazos Medina (e)
3. Pablo Fernando Valverde Orellana (e)

SALA DE LO LABORAL

1. Dra. María Paulina Aguirre Suárez
2. Dra. Katerine Muñoz Subía
3. Dra. María Consuelo Heredia Yerovi
4. Dr. Alejandro Arteaga García (e)
5. Dr. Roberto Guzmán Castañeda (e)

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

1. Dr. Roberto Guzmán Castañeda (e)
2. María de los Angeles Montalvo Escobar (e)
3. Carlos Vinicio Pazos Medina (e)
4. Pablo Fernando Valverde Orellana (e)

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 once días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Iván León Rodríguez, Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, Dra. Gilda Morales Ordóñez, Dr. Carlos Pazos Medina, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Milton Ávila Campoverde, Dr. Fernando Ortega Cárdenas, Dr. José Layedra Bustamante, Dr. Diego Gordillo Cevallos, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dra. Gabriela Mier Ortiz, CONJUEZAS Y CONJUECES NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

COMPETENCIA PARA CONOCER Y RESOLVER LOS PROCESOS DE INVENTARIO Y PARTICIÓN

RESOLUCIÓN No. 01-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que 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*".

Que el artículo 169 de la Constitución de la República dispone que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, se regirá por los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal, y hará efectivas las garantías del debido proceso.

Que el artículo 75 de la Constitución de la República garantiza a las personas el derecho a un 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; y que en ningún caso quedarán en la indefensión. En tanto que el artículo 76 numerales 3 y 7 letra k) de la Constitución establecen: *"3… Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento"*; y, *"7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: …k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente…"*

Que el inciso primero del artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: *"La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones"*. El artículo 11 del mismo cuerpo legal establece: *"La potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia…"*; y , de acuerdo con los artículos 156 y 157 de dicho Código, la competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia y de los grados; la competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley.

Que el artículo 234.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, dispone: *"Las juezas y jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia conocerán y resolverán en primera instancia, las siguientes causas: 1. Sobre las materias del Código Civil comprendidas desde el título del matrimonio hasta la correspondiente a la Remoción de Tutores y Curadores, inclusive; así como las materias comprendidas en el libro tercero de dicho Código, sin perjuicio de las atribuciones que en estas materias posean también las notarias y notarios"*; en tanto que el artículo 240.2 ibídem dispone: *"Son atribuciones y deberes de las juezas y jueces de lo civil: …2. Conocer y resolver, en primera instancia, todos los asuntos de materia patrimonial y mercantil establecidos en las leyes, salvo las que corresponda conocer privativamente a otras juezas y jueces"*.

Que tanto en la Corte Nacional de Justicia como en los juzgadores de instancia y en la práctica profesional de los defensores técnicos, se han emitido opiniones diversas respecto de la competencia para conocer los procesos de partición cuando se trata de comunidad de bienes originados en contratos civiles o cuasicontratos de comunidad, confiriendo una primera interpretación esa atribución a las juezas y jueces civiles por cuestión de especialización; en tanto que otro criterio señala que el inventario y la partición son de competencia única y exclusiva de las y los juzgadores de familia, mujer, niñez y adolescencia, por mandato del artículo 234 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, sin importar el origen de la comunidad de bienes.

Que al resolver el Pleno las dudas sobre la competencia para conocer los procesos de inventario o partición de bienes, no se deben afectar los derechos de los justiciables, ni imponerles las consecuencias negativas que implicaría la declaratoria de nulidad de los procesos por falta de competencia (Art. 129.9 COFJ), pues con ello se atentaría a los derechos a una tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica contemplados en los artículos 75 y 82 de la Constitución de la República; tanto más cuando la sustanciación en diversas sedes judiciales se ha producido por las dudas existentes respecto del juez competente y que en cualquier sede donde se ejerza el derecho de acción el procedimiento es el mismo, y los derechos de los justiciables deben ser tutelados en el marco del debido proceso, toda vez lo que ocurre es un cambio de la o el juzgador a quien corresponde su conocimiento, pero sin alterar las actuaciones procesales;

Que es necesario unificar el criterio respecto de la competencia para conocer y resolver los procesos de inventario y partición, en el caso de que la indivisión de bienes originados en contratos civiles o cuasicontrato de comunidad de bienes y otros, a fin de evitar dilatorias en la sustanciación de los procesos por inhibiciones o conflictos de competencia, así como posibles declaraciones de nulidades procesales por esta causa, en perjuicio de los justiciables;

Que el proceso de inventario en su inicio es voluntario pero al existir oposición se transforma en contencioso (sumario u ordinario), en tanto que la "*partición no voluntaria*" debe tramitarse en la vía sumaria, por lo que en estos casos se requiere juzgadores con un conocimiento especializado en la materia; y,

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

RESUELVE:

Art. 1.- La competencia para conocer y resolver los procesos de inventario y partición corresponde a las juezas y jueces de las unidades judiciales especializadas de familia, mujer, niñez y adolescencia cuando se trate de sucesiones por causa de muerte, sociedad conyugal o unión de hecho o cuando la ley exija la formación de inventario en los casos previstos en el Libro I del Código Civil.

En el caso de cualquier forma de propiedad indivisa o en todo tipo de indivisión de cosa singular o universal que no corresponda a los casos expresamente previstos en los Libros I y III del Código Civil, la competencia para conocer y resolver los juicios de inventario y partición, corresponderá a las juezas o jueces con competencia en materia civil y mercantil.

Art. 2.- Las y los juzgadores de las unidades judiciales de primera instancia, de Cortes Provinciales de Justicia y de Corte Nacional de Justicia especializadas en familia, mujer, niñez y adolescencia ante quienes se encuentren en trámite asuntos de inventario o partición de bienes en los casos señalados en el inciso segundo del artículo anterior, se inhibirán de conocer dichas causas; y, sin declarar la nulidad, deberán remitir los procesos a las y los jueces de unidades judiciales, salas especializadas de las Cortes Provinciales o Corte Nacional de Justicia con competencia en materia civil y mercantil, quienes continuarán con el trámite en el estado en que se encuentre el proceso.

Art. 3.- La presente resolución tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la Ley no disponga lo contrario y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita (VOTO EN CONTRA), Dr. Mónica Heredia Proaño (VOTO EN CONTRA), Dr. Iván León Rodríguez, Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, Dra. Rosana Morales Ordóñez (VOTO EN CONTRA), Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Carlos Pazos Medina, Dr. Pablo Valverde Orellana (VOTO EN CONTRA), JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Víctor Fernandez Alvarez CONJUEZ NACIONAL. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

COMPETENCIA PARA CONOCER LAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN QUE SE PROPONGAN CONTRA NORMAS DE CARÁCTER GENERAL DE RANGO INFERIOR A LA LEY, DE CARÁCTER TRIBUTARIO, CUANDO SE ALEGUE QUE RIÑEN CON PRECEPTOS LEGALES Y SE PERSIGA, CON EFECTOS GENERALES, SU ANULACIÓN TOTAL O PARCIAL

RESOLUCIÓN No. 02-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

Que el artículo 169 de la Constitución de la República establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y se regirá por los principios *de* simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso.

Que el inciso primero del artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: *"La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrá ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus competencias"*; el artículo 11 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: *"La potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la*

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

El artículo 220 numerales 1 y 2 del Código Tributario dispone: *"Art. 220.- Acciones de impugnación.- El Tribunal Distrital de lo Fiscal es competente para conocer y resolver de las siguientes acciones de impugnación, propuestas por los contribuyentes o interesados directos: 1a. De las que formulen contra reglamentos, ordenanzas, resoluciones o circulares de carácter general, dictadas en materia tributaria, cuando se alegue que tales disposiciones han lesionado derechos subjetivos de los reclamantes; 2a. De las que se propongan contra los mismos actos indicados en el ordinal anterior, sea por quien tenga interés directo, sea por la entidad representativa de actividades económicas, los colegios y asociaciones de profesionales, o por instituciones del Estado, cuando se persiga la anulación total o parcial, con efecto general, de dichos actos…"*

Que el artículo 185.2, parte segunda, del Código Orgánico de la Función Judicial, dispone: *"Por su parte, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario conocerá: …2. Las acciones de impugnación que se propongan en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario, cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos legales y se persiga, con efectos generales, su anulación total o parcial. Dichas acciones de impugnación podrán proponerse por quien tenga interés directo, o por entidades públicas y privadas. La resolución se publicará en el Registro Oficial".*

Que existe duda entre las y los jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario del país, en la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia y en los abogados que ejercen la defensa técnica jurídica de los usuarios, respecto de la competencia para conocer y resolver las acciones de impugnación de actos normativos (reglamentos, ordenanzas, resoluciones, etc.) en materia tributaria, cuando se considera que aquellas contravienen la ley, acciones que pretenden la anulación total o parcial de la norma con el carácter de general y obligatoria.

Que es necesario establecer con certeza la competencia para conocer y resolver los procesos impugnación de normas de carácter secundario en materia, a fin de evitar la dilatación de los procesos por inhibiciones o conflictos de competencia, así como posibles nulidades.

Que las normas jurídicas pueden derogarse en forma expresa o tácita; en el presente caso si bien no se ha derogado expresamente el artículo 220 numeral 2 del Código Tributario (cuya última codificación se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 14 de Junio 2005) tal derogatoria sería tácita en virtud de la Disposición Derogatoria del Código Orgánico de la Función Judicial (promulgado en el Registro Oficial Suplemento 544 de 09-de marzo de 2009) que dispone: *"1. Deróguense todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a la presente ley…"*

Adicionalmente, el artículo 425 de la Constitución de la República establece el orden jerárquico de aplicación de las normas, que es 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. El mismo artículo dispone que *"En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior…"*. De acuerdo a ese orden jerárquico, prevalece el Código Orgánico de la Función Judicial por ser ley orgánica, en tanto que el Código Tributario una ley ordinaria.

Que de acuerdo al principio de legalidad, a las reglas de solución de antinomias y el análisis sobre la jerarquía de las normas legales en conflicto, la competencia para conocer los procesos en contra de los reglamentos, ordenanzas, resoluciones y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario, cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos legales y se persiga, con efectos generales su anulación total o parcial, corresponde exclusivamente a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, y en este sentido se aclaran las dudas existentes.

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

RESUELVE:

Art. 1.- La competencia para conocer y resolver las acciones de impugnación que se propongan en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario, cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos legales y se persiga, con efectos generales, su anulación total o parcial, corresponde exclusivamente a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en aplicación del artículo 185.2 segunda parte, del Código Orgánico de la Función Judicial.

Art. 2.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario que estén conociendo las acciones a las que se refiere el artículo anterior, se inhibirán de seguirlas tramitando y remitirán las causas, en el estado en que se encuentren, a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

Art. 3.- La presente resolución tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la Ley no disponga lo contrario y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita (VOTO EN CONTRA), Dr. Mónica Heredia Proaño (VOTO EN CONTRA), Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, Dra. Rosana Morales Ordóñez (VOTO EN CONTRA), Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dra. Gabriela Mier Ortiz, Dra. Rita Bravo Quijano, CONJUEZAS NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS URGENTES

RESOLUCIÓN No. 03-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

Que el artículo 76 de la Constitución de la República manda: "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: (...) d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento".

Que el artículo 13 del Código Orgánico de la Función Judicial determina: "Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente".

Que el inciso primero y segundo del artículo 444.14 del Código Orgánico Integral Penal determina entre las atribuciones de la o el fiscal: "Disponer la práctica de las demás diligencias investigativas que considere necesarias. Siempre que se limiten los derechos de alguna persona se requerirá autorización de la o el juzgador…"

Que el artículo 583 del Código Orgánico Integral Penal, regula: "Actuaciones fiscales urgentes.- En los casos de ejercicio público o privado de la acción en que se requiere obtener, conservar, preservar evidencias o impedir la consumación de un delito, la o el fiscal podrá realizar actos urgentes y cuando se requiera autorización judicial se solicitará y otorgará por cualquier medio idóneo como fax, correo electrónico, llamada telefónica, entre otros, de la cual se dejará constancia en el expediente fiscal".

Que el artículo 584 ibídem determina: "Reserva de la investigación. Las actuaciones de la Fiscalía, de la o el juzgador, del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, la Policía Nacional, y de otras instituciones que intervienen en la investigación previa, se mantendrán en reserva, sin perjuicio del derecho de la víctima y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados a tener acceso inmediato, efectivo y suficiente a las investigaciones, cuando lo soliciten." Igualmente el artículo 490 del citado cuerpo normativo reconoce: "Principio de reserva judicial.- La o el juzgador competente, por pedido de la o el fiscal y tomando en consideración los derechos de los participantes en el desarrollo de la investigación, podrá disponer que las técnicas de investigación se mantengan en reserva durante los plazos determinados en este Código".

Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA, ha desarrollado el siguiente argumento: "…45. Es admisible que en ciertos casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal, para garantizar la eficacia

de la administración de justicia. Asiste al Estado la potestad de construir un expediente en búsqueda de la verdad de los hechos, adoptando las medidas necesarias para impedir que dicha labor se vea afectada por la destrucción u ocultamiento de pruebas. Sin embargo, esta potestad debe armonizarse con el derecho de defensa del investigado, que supone, *inter alia*, la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan".

Que de la normativa antes expuesta se infiere que no todas las actuaciones, actuaciones especiales y técnicas especiales de investigación pueden arribar a la categoría de acto urgente, sino solo aquellos actos de investigación que requieren atención inmediata para obtener, conservar, preservar evidencias o impedir la consumación de un delito, delimitación que debe ser realizada por Fiscalía en aplicación del principio de objetividad; y, por el órgano jurisdiccional, cuando es necesaria la autorización judicial, materializando la garantía de motivación y en función de los principios de imparcialidad e independencia. No todos los actos urgentes tienen la misma naturaleza dentro de una investigación, así por ejemplo un reconocimiento del lugar de los hechos, no tiene la misma connotación que una interceptación de llamadas o un allanamiento; por tanto, la naturaleza de ciertos actos urgentes determina la aplicación de la reserva de la investigación como garantía normativa vigente en la estructura procesal penal.

Que existen dudas entre juezas, jueces y fiscales del país en cuanto a si se deben o no notificar los actos urgentes a la persona investigada.

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

RESUELVE:

Art. 1.- Los actos urgentes se realizan únicamente con la finalidad de obtener, conservar, preservar evidencias o impedir la consumación de un delito.

La reserva reconocida en el Código Orgánico Integral Penal, es aplicable a los actos urgentes conforme al caso concreto y a la naturaleza del acto.

Art. 2.- La o el fiscal en su fundamentación debe justificar por qué la finalidad y eficacia de determinado acto urgente estaría comprometida si no se aplica el principio de reserva.

Cuando se requiera autorización judicial, la jueza o el juez ante el pedido fundamentado de Fiscalía, debe motivar su decisión de conceder la práctica de determinado acto urgente y de ser el caso, las razones del porqué resuelve aplicar el principio de reserva.

Art. 3.- La presente resolución tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la Ley no disponga lo contrario y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA), Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Mónica Heredia Proaño, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Carlos Pazos Medina, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Milton Avila Campoverde, CONJUEZ NACIONAL. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

MIENTRAS DURE EL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19, SE SUSPENDEN LOS PLAZOS O TÉRMINOS PREVISTOS EN LA LEY PARA LOS PROCESOS JUDICIALES, EXCEPTO EN INFRACCIONES FLAGRANTES

RESOLUCIÓN No. 04-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el Gobierno Nacional, por medio del Acuerdo Ministerial No. 126-2020 de 11 de marzo del 2020, suscrito por la Ministra de Salud Pública, declaró el estado de emergencia sanitaria en todo el país con el fin de impedir la propagación del COVID-19; disponiendo además que a partir del día martes 17 de marzo queda restringida la circulación de personas en el territorio nacional;

Que debido a la emergencia sanitaria el Pleno del Consejo de la Judicatura, con Resolución No. 028-2020 de 14 de marzo del 2020 dispuso restringir por cinco días laborales desde el 16 de marzo del 2020 el ingreso y atención al público en las dependencias judiciales, "…*con excepción de las unidades judiciales con competencia en materia de flagrancia: penal, violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, transito; adolescentes infractores; unidades multicompetentes y garantías penitenciarias, debiendo sujetarse a los turnos preestablecidos…*";

Que igualmente la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública en el ejercicio de sus facultades han adoptado medidas para restringir la atención al público y la asistencia al lugar de trabajo del personal de esas dependencias a partir del día lunes 16 de marzo del 2020;

Que los días de suspensión de atención al público en la Función Judicial no constituyen días hábiles de conformidad con lo previsto en el Art. 78 del Código Orgánico General de Procesos, y además por cuanto estas medidas restringen el adecuado despliegue del ejercicio del derecho básico a la defensa de partes o sujetos procesales; y,

Que la Corte Nacional de Justicia, como máximo órgano de administración de justicia ordinaria del país, tiene la obligación de precautelar el ejercicio de la función jurisdiccional y el ejercicio de los derechos de los justiciables

En ejercicio de las facultades que le confiere la ley;

RESUELVE:

Art. 1.- En las judicaturas en las que se encuentra suspendida la atención al público en virtud de la Resolución No. 028-2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura, a partir del día lunes 16 de marzo del 2020 y mientras dure el estado de emergencia sanitaria, quedan suspendidos los plazos o términos previstos en la Ley para los procesos judiciales.

Dicha suspensión no aplicará a los casos de infracciones flagrantes.

Art. 2.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de la fecha de su expedición, 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 dieciséis días del mes de marzo del año dos mil veinte.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA), Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruíz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Roberto Guzmán Castañeda (VOTO EN CONTRA), Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Iván León Rodríguez, Dra. María de los Ángeles Montalvo Escobar, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Carlos Pazos Medina, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUEZAS Y JUECES NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DE PLAZOS Y TÉRMINOS EN LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA Y CORTES PROVINCIALES DE JUSTICIA POR EMERGENCIA SANITARIA DE COVID-19

RESOLUCIÓN No. 05-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el Ministerio de Salud Pública, mediante Acuerdo Ministerial No. 0012 de 12 de marzo de 2020, declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional; y, el Presidente Constitucional de la República, en Decreto No. 1710 de 16 de marzo de 2020 estableció el estado de excepción por calamidad pública a nivel nacional, debido a la pandemia mundial del COVID-19;

Que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 04-2020 de 16 de marzo de 2020, dispuso que en las judicaturas en las que se encuentra suspendida la atención al público en virtud de la Resolución No. 028-2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura, a partir del día lunes 16 de marzo del 2020 y mientras dure el estado de emergencia sanitaria, quedan suspendidos los plazos o términos previstos en la Ley para los procesos judiciales, con excepción de los casos relativos a infracciones flagrantes;

Que el Consejo de la Judicatura, en Resolución No. 031-2020 de 17 de marzo de 2020 dispuso: " *… la suspensión de la jornada laboral a las y los servidores que integran la Función Judicial, en los órganos administrativos, jurisdiccionales, autónomos y auxiliares, mientras dure el estado de excepción…*";

Que corresponde al Consejo de la Judicatura elaborar el Plan de Retorno a las Actividades Jurisdiccionales que contemple: a) elaboración de protocolos de bioseguridad; b) organización de sistemas de atención por turnos o franjas horarias en consideración al aforo de las unidades judiciales a fin de evitar

aglomeraciones; y, c) adopción, en la medida de lo posible, del uso de medios telemáticos para el intercambio de información, ingreso de documentación y solicitudes a los procesos judiciales, así como para la realización de las audiencias;

Que el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 045-2020 de 7 mayo de 2020, dispone que a partir del 11 de mayo de 2020 se restablecen parcialmente las actividades jurisdiccionales en la Corte Nacional de Justicia y en las Cortes Provinciales de Justicia para el despacho de los procesos judiciales que se encuentren en trámite tanto en el sistema oral como en el escrito e implementado ventanillas físicas y electrónicas para la presentación de escritos en dichas dependencias;

Que las circunstancias en la que se expidió la Resolución No. 04-2020 han variado, por lo que es necesario establecer nuevos lineamientos y reglas para la aplicación de la suspensión de términos y plazos, acorde la situación de cada jurisdicción;

En ejercicio de las facultades que le confiere la ley;

RESUELVE:

Art. 1.- De conformidad con la Resolución No. 045-2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura que "restablece parcialmente las actividades jurisdiccionales en la Corte Nacional de Justicia y Cortes Provinciales de Justicia", se deja sin efecto la Resolución No. 04-2020 para los procesos que se tramitan en dichas dependencias, cuyos términos o plazos se habilitan desde el 11 de mayo del 2020.

Art. 2.- Se mantienen suspendidos los plazos o términos en los procesos judiciales que se encuentran en trámite ante jueces o tribunales cuyas actividades no han sido restablecidas por el Consejo de la Judicatura.

Esta suspensión no aplica a los casos de infracciones flagrantes y garantías jurisdiccionales.

Los plazos o términos se habilitarán en la fecha de restablecimiento de las actividades jurisdiccionales en dichas dependencias, cuando así lo disponga el Consejo de la Judicatura.

Art. 3.- En razón del estado de emergencia sanitaria y la declaratoria de estado de excepción, esta resolución regirá a partir de la fecha de su expedición sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado a los ocho días del mes de mayo del año dos mil veinte.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruíz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dra. Mónica Heredia Proaño, Dr. Iván León Rodríguez, Dra. María de los Ángeles Montalvo Escobar, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Carlos Pazos Medina, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUEZAS Y JUECES NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

EL LUGAR EN DONDE EL JUEZ O TRIBUNAL ESTABLEZCA SU CONEXIÓN PARA LAS AUDIENCIAS TELEMÁTICAS Y EN GENERAL PARA EL TELETRABAJO, EN VIRTUD DE LAS RESTRICCIONES DE MOVILIDAD EXISTENTES POR LA EMERGENCIA SANITARIA A CAUSA DEL COVID-19 O IMPOSIBILIDAD FÍSICA DEBIDAMENTE JUSTIFICADA, NO ALTERA SU COMPETENCIA TERRITORIAL

RESOLUCIÓN No. 06-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO

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

Que el artículo 75 de la Constitución de la República determina que 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; y, que en ningún caso quedará en indefensión;

Que la Constitución de la República, en su artículo 76.3 reconoce el derecho al debido proceso, siendo una de sus expresiones la legalidad, que por un lado determina que la norma punitiva, exista y sea conocida o pueda serlo antes de que ocurra el acto o la omisión que la contravienen y, por otro, la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico exista un procedimiento aplicable al caso concreto claramente preestablecido;

Que el artículo 167 de la Constitución de la República determina que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se la ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución, y el artículo 169 ibidem establece que eI sistema procesal es un medio para la realización de la justicia;

Que los artículos 7, 151 y 157 del Código Orgánico de la Función Judicial, establecen que la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

Que el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que la jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces de conformidad con la Constitución y la ley. Se ejerce según las reglas de la competencia en la forma prevista en el artículo 151 del citado Código.

Que conforme al artículo 152 del Código Orgánico de la Función Judicial, la jurisdicción nace por el nombramiento efectuado conforme a la Constitución y la ley y su ejercicio empieza en el momento en que la jueza o el juez toman posesión de su función y entra a su servicio efectivo;

Que el artículo 163 ibidem, en su numeral 2, determina: "Fijada la competencia con arreglo a la ley ante la jueza, juez o tribunal competente, no se alterará por causas supervinientes...";

Que el teletrabajo está admitido en nuestra legislación como un sistema valido para la prestación de servicios que incluye al sector público, así el Acuerdo Ministerial No. 076-2020 de 12 de marzo del 2020 contiene las directrices del Ministerio del Trabajo para regular la modalidad del teletrabajo durante la emergencia sanitaria;

Que juezas y jueces del país tienen dudas respecto a que si se altera o no la competencia territorial por establecer conexión para audiencias o diligencias de forma telemática en un lugar físico distinto al de su jurisdicción por la imposibilidad de movilización en virtud del estado de excepción;

Que la facultad jurisdiccional nace desde el momento en que la jueza o juez es posesionado por autoridad competente;

Que en condiciones normales, la jueza o juez labora desde su despacho en las unidades judiciales, tribunales distritales o cortes, espacio físico donde presta sus servicios; sin embargo, la situación actual de la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 ha creado nuevos paradigmas no previstos en la legislación, como el caso del juzgador que por la imposibilidad física de concurrir al despacho asignado para ejercer sus funciones por las restricciones de movilidad o por encontrarse entre los grupos de atención prioritaria, instala una audiencia o ejerce actividades jurisdiccionales a través de medios tecnológicos;

Que las causa por la cuales se suspende o se pierde definitivamente la potestad jurisdiccional y la competencia están previstas en los artículos 153, 154, 164 y 165 del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que el hecho de que realice una actuación judicial o una audiencia telemática conectándose desde un lugar distinto a su despacho, aun cuando éste se encuentre fuera de la ciudad sede de su judicatura, no significa que ha perdido competencia;

Que el numeral 10 del artículo 100 del Código Orgánico de la Función Judicial es una norma funcional, orientada a garantizar el adecuado despliegue de las funciones de los servidores judiciales, cuyo acatamiento se encuentra en la esfera de control del Consejo de la Judicatura; mientras que aclarar la duda u obscuridad sobre la jurisdicción y competencia en las circunstancias excepcionales antes descritas, conforme a la normativa aplicable (artículos 153, 154, 164 y 165 del Código Orgánico de la Función Judicial), corresponde al Pleno de la Corte Nacional de Justicia;

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

RESUELVE:

Articulo 1.- El lugar en donde la jueza, juez o tribunal establezca su conexión para el caso de las audiencias telemáticas y en general para el teletrabajo, no altera su competencia territorial, en virtud de las restricciones de movilidad existentes por la emergencia sanitaria a causa del Covid-19 o imposibilidad física debidamente justificada.

Artículo 2.- En razón del estado de emergencia sanitaria y la declaratoria de estado de excepción, esta resolución regirán a partir de la fecha de su expedición sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado a los trece días del mes de mayo del año dos mil veinte.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Mónica Heredia Proaño, Dr. Iván León Rodríguez, Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Carlos Pazos Medina, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUECES Y JUEZAS NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

SE HABILITAN LOS PLAZOS O TÉRMINOS PREVISTOS EN LA LEY PARA LOS PROCESOS JUDICIALES

RESOLUCIÓN No. 07-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el Ministerio de Salud Pública, mediante Acuerdo Ministerial No. 00126-2020, resolvió declarar la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional por sesenta días (extendido por treinta días con Acuerdo Ministerial No. 00009-2020 de 12 de mayo de 2020). Igualmente, el 16 de marzo de 2020, el Presidente Constitucional de la República, en Decreto Ejecutivo No. 1710, estableció el estado de excepción por calamidad pública a nivel nacional por sesenta días, que fue renovado por treinta días más mediante Decreto Ejecutivo No. 1052, de 15 de mayo de 2020, debido a la pandemia mundial producida por el Covid-19;

Que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 04-2020, de 16 de marzo de 2020, dispuso que en las judicaturas en las que se encuentra suspendida la atención al público, mientras dure el estado de emergencia sanitaria, se suspenden los plazos o términos previstos en la ley para los procesos judiciales, con excepción de los casos relativos a infracciones flagrantes;

Que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 05-2020, de 8 de mayo de 2020, dispuso que de conformidad con la Resolución No. 045-2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura que "restablece parcialmente las actividades jurisdiccionales en la Corte Nacional de Justicia y Cortes Provinciales de Justicia", se deja sin efecto la Resolución No. 04-2020 para los procesos que se tramitan en dichas dependencias, cuyos términos o plazos se habilitan desde el 11 de mayo del 2020; y que se mantienen suspendidos los plazos o términos en los procesos judiciales que se encuentran en trámite ante jueces o tribunales cuyas actividades no han sido restablecidas por el Consejo de la Judicatura, en las que los plazos o términos se habilitarán en la fecha de restablecimiento de las actividades jurisdiccionales, cuando así lo disponga el Consejo de la Judicatura.

Que el Consejo de la Judicatura, en Resolución No. 031-2020 de 17 de marzo de 2020 dispuso: "[…] la suspensión de la jornada laboral a las y los servidores que integran la Función Judicial, en los órganos administrativos, jurisdiccionales, autónomos y auxiliares, mientras dure el estado de excepción […]

Que el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 057-2020 de 3 de junio de 2020, dispone "[…] restablecer de forma progresiva las actividades jurisdiccionales en las dependencias judiciales a nivel nacional", en razón a la materia, de acuerdo con el cronograma establecido en el artículo 2 de la mencionada resolución;

Que las circunstancias en la que se expidieron las Resoluciones No. 04-2020 y 05-2020 han variado, por lo que es necesario establecer nuevos lineamientos y reglas para la aplicación de la suspensión de términos y plazos, acorde la situación de cada jurisdicción;

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

RESUELVE:

Art. 1.- De conformidad con la Resolución No. 057-2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura que determina el cronograma de restablecimiento de actividades jurisdiccionales según la materia en las dependencias judiciales a nivel nacional: Juzgados, Unidades Judiciales, Tribunales Penales, Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Tribunales de lo Contencioso Tributario, se habilitan los plazos o términos previstos en la ley para los procesos judiciales desde las fechas determinadas en el artículo 2 de la mencionada Resolución.

Art. 2.- Se habilitan los plazos o términos previstos en la ley para la presentación de nuevas acciones ante la Corte Nacional de Justicia y Cortes Provinciales de Justicia, de acuerdo a la reactivación progresiva de actividades según el orden establecido en el artículo 2 de la Resolución No. 057-2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura.

Art. 3.- En razón del estado de emergencia sanitaria y la declaratoria de estado de excepción, esta resolución regirá a partir del día siguiente de su expedición, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado a los tres días del mes de junio del año dos mil veinte.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Mónica Heredia Proaño, Dr. Iván León Rodríguez, Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Carlos Pazos Medina, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUEZAS Y JUECES NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

INTEGRACIÓN DE LA SALA TRIBUTARIA

RESOLUCIÓN No. 08-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante sentencia de 10 de junio de 2020, dictada dentro del Juicio No. 17811-2014-0463, declaró la ilegalidad de la Resolución dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura el 20 de diciembre de 2013, dentro del expediente disciplinario No. D-0879-UCD-2013-PM, que destituyó a los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela, de los cargos de Juez y Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por las infracciones disciplinarias establecidas en los artículos 108 numeral 8 y 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial; esto es, por falta de motivación y error inexcusable; por lo que dispuso "el inmediato reintegro a las funciones que venían desempeñando los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela hasta antes de su ilegal destitución, reintegro éste que operará hasta que culmine el período para el cual fueron designados…";

Que el Consejo de la Judicatura, en cumplimiento de la sentencia mencionada, ha emitido la Resolución 065-2020, de 18 de junio de 2020, que ordena el reintegro de los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela a los cargos de Juez Nacional y Conjuez Nacional, respectivamente, que desempeñaban en la Corte Nacional de Justicia en el año 2013;

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

Que el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que *"La Corte Nacional de* Justicia *estará integrada por las siguientes Salas Especializadas: 1. De lo Contencioso Administrativo; 2. De lo Contencioso Tributario; 3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; 4. De lo Civil y Mercantil; 5. De lo Laboral; y, 6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia designará a las Juezas y los Jueces Nacionales que integrarán cada Sala, en el número que la necesidad del servicio de justicia lo requiera, tomando en cuenta su especialidad. Esta resolución podrá modificarse en cualquier tiempo, sin que en ningún caso, el número de jueces por Sala sea inferior a tres…"*;

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

Que es necesario que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia determine la Sala a la que debe integrarse el Juez Nacional doctor José Dionicio Suing Nagua;

En uso de sus atribuciones legales,

RESUELVE:

Art. 1.- Integrar al doctor José Dionicio Suing Nagua a la Sala especializada de lo Contencioso Tributario, la que en consecuencia quedará conformada de la siguiente manera:

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

1. Dr. José Dionicio Suing Nagua
2. Dr. Fernando Antonio Cohn Zurita (e)
3. Dra. Mónica Alexandra Heredia Proaño (e)

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, a los veinticuatro días del mes de junio del año dos mil veinte.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. José Suing Nagua, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Mónica Heredia Proaño, Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Carlos Pazos Medina, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dra. Gabriela Mier Ortiz, CONJUEZA NACIONAL. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

INTEGRACIÓN DE LA SALA TRIBUTARIA

RESOLUCIÓN No. 09-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

Que el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que *"La Corte Nacional de Justicia estará integrada por las siguientes Salas Especializadas: 1. De lo Contencioso Administrativo; 2. De lo Contencioso Tributario; 3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; 4. De lo Civil y Mercantil; 5. De lo Laboral; y, 6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia designará a las Juezas y los Jueces Nacionales que integrarán cada Sala, en el número*

que la necesidad del servicio de justicia lo requiera, tomando en cuenta su especialidad. Esta resolución podrá modificarse en cualquier tiempo, sin que en ningún caso, el número de jueces por Sala sea inferior a tres…"

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

Que con Resolución No. 01-2018, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia procedió a integrar las diferentes Salas especializadas con las Juezas y Jueces Nacionales titulares;

Que ante la ausencia definitiva de varias de las juezas y jueces nacionales, la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, en uso de la atribución prevista en el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, procedió a llamar a las Conjuezas y Conjueces que deben reemplazarlos temporalmente hasta que el Consejo de la Judicatura designe los titulares;

Que en virtud de las Resoluciones 065-2020 y 069-2020 del Consejo de la Judicatura, que ordenaron la restitución de un Juez y un Conjuez titulares a la Corte Nacional de Justicia, así como la terminación de las designaciones temporales de varios Conjueces que se encontraban asignados a la Sala de lo Contencioso Tributario, ha sido necesario que la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, en uso de las atribuciones conferidas por los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 6 de la Resolución No. 02-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, previo el sorteo respectivo, llame al doctor Gustavo Adolfo Durango Vela para que se encargue de todo el despacho de la ex Jueza Nacional doctora Ana María Crespo Santos (quien estaba siendo reemplazada por la Conjueza Temporal doctora Mónica Alexandra Heredia Proaño).

Que por tanto es necesario que el Pleno emita una Resolución actualizando la integración de la Sala de lo Contencioso Tributario;

En uso de las atribuciones legales mencionadas,

RESUELVE:

Art. 1.- Integrar la Sala especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, de la siguiente manera:

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

1. Dr. José Dionicio Suing Nagua
2. Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela (e)
3. Dr. Fernando Antonio Cohn Zurita (e)

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, a los ocho días del mes de julio del año dos mil veinte.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván

Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Iván León Rodríguez, Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, Dr. Carlos Pazos Medina, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Javier de la Cadena Correa, CONJUEZ NACIONAL. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

ACLARA LA COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO EN LOS DELITOS DE FEMICIDIO, DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER O MIEMBROS DEL NÚCLEO FAMILIAR Y CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

RESOLUCIÓN No. 10-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

Que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76.3 reconoce el derecho al debido proceso, una de cuyas expresiones es la legalidad, la que por un lado determina que la norma punitiva, exista y sea conocida o pueda serlo, antes de que ocurra el acto o la omisión que la contravienen, para así poder ser sancionada; y, por otro, la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico exista un procedimiento aplicable al caso concreto claramente prestablecido. La legalidad empata a su vez con el artículo 76.7.k ibídem que garantiza para todas y todos ser juzgados por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, de conformidad con el artículo 82 ibídem;

Que los artículos 35, 44, 78, 81 y 175 de la Constitución, expresan la intención del constituyente en dotar de juezas y jueces con criterios de especialidad para determinadas infracciones, entre ellas los que afectan a niñas, niños y adolescentes, a víctimas de violencia sexual y de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar, criterios que deben ser aplicados tanto en la sustanciación como en el juzgamiento;

Que el artículo 232, del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que las juezas y jueces especializados de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar, son competentes para: *"1. Conocer los hechos y actos de violencia y las contravenciones de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar; Cuando se apliquen medidas de protección previstas en la ley pertinente, simultáneamente la o el juzgador podrá fijar la pensión de alimentos correspondiente que, mientras dure esta medida, deberá satisfacer el agresor, tomándose en cuenta las necesidades de subsistencia de las personas perjudicadas por la agresión. Le corresponderá también a la o al juez ejecutar esta disposición en caso de incumplimiento; y, 3. Ejercer las demás atribuciones que establezca la Ley."*

Que el artículo 570 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que ha entrado en vigencia en junio de 2020, regula: *"Justicia Especializada.- En la sustanciación y juzgamiento, cuando el procedimiento lo permita, las causas de delitos de femicidio, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y aquellos que atenten contra la integridad sexual y reproductiva, se aplicarán las siguientes reglas: 1. Son competentes las y los jueces especializados en violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y en el caso de las secciones territoriales que no cuenten con unidades especializadas, la competencia corresponde a los jueces y juezas de garantías penales; 2. Intervienen fiscales, defensoras y defensores públicos especializados; y, 3. La o las víctimas pueden acogerse al Sistema Nacional de Protección y Asistencia de Víctimas, Testigos y Otros Participantes en el proceso, antes, durante o después del proceso penal, siempre que las condiciones así lo requieran.";*

Que el artículo 634 del COIP, integra un procedimiento unificado, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, en coherencia, con el recientemente incorporado artículo 651.1 numerales 1 y 2 ibídem, estas normas determinan: *"Procedimiento unificado, especial y expedito.- El procedimiento establecido en este capítulo aplicará bajo las siguientes reglas: 1. Este procedimiento se usará sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, cuando se trate del delito de violencia sexual contra la mujer o miembros del núcleo familiar. 2. La o el juez de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar son los competentes para la aplicación hasta la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. El tribunal de garantías penales conocerá la etapa de juicio.";*

Que el artículo 415 del COIP, establece que para el delito de estupro, procede el ejercicio privado de la acción, empero se debe considerar que este delito es de naturaleza sexual y que todas las víctimas del mismo son menores de edad, por ende al amparo del artículo 175 de la Constitución y del artículo 570 del COIP, cabe la aplicación de justicia especializada;

Que el numeral 2 del artículo 163 del COFJ, determina: *"Fijada la competencia con arreglo a la ley ante la jueza, juez o tribunal competente, no se alterará por causas supervinientes. Sin embargo, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Las diligencias, términos y actuaciones que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente. La ley posterior mediante disposición expresa podrá alterar la competencia ya fijada. Si se suprime una judicatura, la ley determinará el tribunal o juzgado que deberá continuar con la sustanciación de los procesos que se hallaban en conocimiento de la judicatura suprimida. De no hacerlo, el Consejo de la Judicatura designará jueces temporales para que concluyan con la tramitación de las causas que se hallaban a conocimiento de dicha judicatura.";*

Que la disposición transitoria primera del COIP, establece: *"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."*

Que las reformas al Código Orgánico Integral Penal, vigentes a partir del 21 de junio de 2020, en lo que respecta a la competencia y el procedimiento a seguir para los delitos de femicidio, de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar y contra la integridad sexual y reproductiva, esto es, artículos 570, 651.1 numerales 1 y 2 ibídem, en relación con los artículos 163.2, 225 y 232 del Código Orgánico de la Función Judicial, han generado dudas en juezas y jueces del país, las que se han hecho llegar a Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 126 del Código Orgánico de la Función Judicial y de la Resolución 03-2018 dictada por el Pleno de la Corte Nacional. Igualmente estas inquietudes fueron expresadas por juezas y jueces en la Mesa de Diálogos Judiciales *"Aplicación de la Ley Reformatoria al COIP de 24 de diciembre de 2019"*; llevada a cabo el día lunes 29 de junio de 2020;

Que por lo expuesto, es indispensable un pronunciamiento con fuerza de ley del máximo órgano de administración de justicia ordinaria del país, que aclare la competencia y procedimiento que se ha de seguir en los delitos de violencia de género, de violencia intrafamiliar y de violencia sexual, conforme a las actuales y especiales reformas que trae el Código Orgánico Integral Penal, y que además guarde consonancia con el espíritu del constituyente de garantizar tanto en la sustanciación como en el juzgamiento de estas infracciones, la intervención de juezas y jueces con criterios de especialidad;

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

RESUELVE:

Artículo 1.- De conformidad con la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, vigente a partir del 21 de junio de 2020, las y los jueces especializados en violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y en el caso de las secciones territoriales que no cuenten con unidades especializadas, los jueces y juezas de garantías penales, o quienes hagan sus veces, son competentes para conocer las etapas de instrucción fiscal y de evaluación y preparatoria de juicio, de las causas de delitos de femicidio (arts. 141 y 142 del COIP), de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar (arts.155 al 158 del COIP) y contra la integridad sexual y reproductiva (arts. 164 al 175 del COIP).

Artículo 2.- Los Tribunales de Garantías Penales son competentes para conocer la etapa de juicio de las causas de delitos de femicidio, de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos contra la integridad sexual y reproductiva, con excepción del estupro.

En los delitos de estupro, el juzgamiento estará a cargo de las y los jueces especializados en violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; y, en el caso de las secciones territoriales que no cuenten con unidades especializadas, los jueces y juezas de garantías penales o quienes hagan sus veces.

En los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y contra la integridad sexual y reproductiva, cuando estén reunidos los requisitos de ley, el procedimiento abreviado es de competencia de las y los jueces especializados en violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; y, en el caso de las secciones territoriales que no cuenten con unidades especializadas, los jueces y juezas de garantías penales o quienes hagan sus veces.

Artículo 3.- Las y los jueces especializados en violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y en el caso de las secciones territoriales que no cuenten con unidades especializadas, las y los jueces de garantías penales o quienes hagan sus veces, para la sustanciación de las causas, aplicarán los procedimientos establecidos en la ley, esto es:

a) Para las causas de femicidio se aplicará el procedimiento ordinario.

b) Sin excepción, en los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, se aplicará el procedimiento unificado, especial y expedito.

c) En los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, con excepción del estupro, cometidos fuera del núcleo familiar, se aplicará el procedimiento ordinario.

d) El procedimiento abreviado se aplicará en los casos que la ley permite de conformidad con el Art. 635.1 del COIP, esto es en los delitos de violencia física y psicológica.

e) En las causas penales por estupro se aplicará el procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal.

f) Las y los jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar o los jueces contravencionales, en las circunscripciones donde no existan aquellos juzgadores, o quienes hagan sus veces, serán los competentes para sustanciar el procedimiento expedito en los casos de contravención de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

Artículo 4.- En los procesos penales de delitos de femicidio, de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, y delitos contra la integridad sexual y reproductiva, iniciados con anterioridad al 21 de junio de 2020, el procedimiento para su sustanciación y juzgamiento será el establecido tanto en el Código Orgánico Integral Penal, previo a la vigencia de la Ley Orgánica Reformatoria al COIP, como en las Resoluciones 11-2018 y 01-2019 dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, debiendo mantenerse la competencia en las juezas o jueces que previnieron en el conocimiento de dichos procesos hasta su finalización.

Artículo 5.- La presente resolución tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la Ley no disponga lo contrario y entrará en vigor a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los cinco días del mes de agosto del año dos mil veinte.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Iván León Rodríguez, Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dra. Gabriela Mier Ortiz, Dra. Rita Bravo Quijano, CONJUEZAS NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

CREACIÓN DE LA COMISIÓN DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PARA LA COMPILACIÓN, ANÁLISIS Y UNIFICACIÓN DE LAS CALIFICACIONES JURISDICCIONALES DE INFRACCIONES DE DOLO, NEGLIGENCIA MANIFIESTA O ERROR INEXCUSABLE

RESOLUCIÓN No. 11-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76.3 reconoce como una de las garantías básicas del derecho al debido proceso al principio de legalidad, a través de un procedimiento aplicable al caso concreto claramente preestablecido. El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, de conformidad con el artículo 82 ibídem;

Que la Corte Constitucional en sentencia No. 3-19-CN/20 de 29 julio de 2020, se pronunció en el sentido de que la aplicación del artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial es constitucional condicionado a que previo al eventual inicio del sumario administrativo en el Consejo de la Judicatura contra un juez, fiscal o defensor público, se realice siempre una declaración jurisdiccional debidamente motivada de la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable; y, que tal declaración deberá ser efectuada por un juez o tribunal del nivel superior inmediato que conoce un recurso;

Que esa sentencia, en su párrafo 113.7 dispone: "*7. La Corte Nacional de Justicia, como máximo órgano de la justicia ordinaria integrará, con jueces y juezas nacionales, una comisión disciplinaria permanente a efectos de compilar, analizar y unificar las calificaciones que los jueces y juezas del país realizan sobre las infracciones enunciadas en el artículo 109 numeral 7 del COFJ. Estas unificaciones, dictadas mediante resolución, tendrán efectos generales y obligatorios en tanto sean conformes a la Constitución y a la ley*".

Que con fecha 04 de septiembre de 2020, la Corte Constitucional dictó un auto de ampliación y aclaración de dicha sentencia, indicando: *"78. Esta magistratura destaca que la sentencia No. 3-19-CN/20 señala claramente que, independientemente de la denominación que se le asigne, esta comisión integrada por CNJ, previa convocatoria de su Presidente o Presidenta y mediante resolución del Pleno, estará encargada de "compilar, analizar y unificar las calificaciones que los jueces y juezas del país realizan sobre las infracciones enunciadas en el artículo 109 numeral 7 del COFJ", cuestión que no representa limitación o interferencia alguna a las competencias del CJ."*.

En cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional No. 3-19-CN/20, de 29 de julio de 2020, y el auto de aclaración y ampliación de 4 de septiembre de 2020,

RESUELVE:

Art. 1.- Crear la Comisión de la Corte Nacional de Justicia para la Compilación, Análisis y Unificación de las Calificaciones Jurisdiccionales de Infracciones.

Art. 2.- La Comisión estará integrada por la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, quien la presidirá; y, por las y los Presidentes de las Salas Especializadas de la Corte.

Art. 3.- La Comisión se reunirá previa convocatoria de su Presidente/a o a petición de por los menos tres de sus miembros.

El quorum para la instalación y funcionamiento de la Comisión será de por lo menos cuatro de sus miembros.

Las decisiones se adoptarán por mayoría simple de votos, que deberán ser únicamente a favor o en contra. En caso de empate, la decisión se adoptará conforme al voto de la o el Presidente.

Art. 4.- Atribuciones de la Comisión:

4.1.- Compilar todas las decisiones jurisdiccionales en las que una o un juez o tribunal competente hubiere declarado la existencia de infracciones de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable, respecto de una o un juez, fiscal o defensor público.

4.2.- La Comisión, a través de la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas de la Corte Nacional de Justicia, sistematizará toda la información de acuerdo a la materia y a los elementos jurídicos que sustentan las declaraciones jurisdiccionales de las referidas infracciones.

4.3.- Analizar y establecer criterios unificados respecto de la aplicación de la normatividad jurídica para la declaratoria previa de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable, los que serán remitidos mediante informe fundamentado al Pleno de la Corte Nacional de Justicia para su análisis y resolución.

Art. 5.- Para los efectos previstos en el artículo anterior, las y los jueces de cortes provinciales de justicia del país remitirán, a través de las y los Presidentes de las cortes provinciales, a la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, copia certificada de toda resolución judicial en la cual hubieren declarado la existencia de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable; ya sea que se la declare de oficio o a solicitud del Consejo de la Judicatura en virtud de una queja o denuncia.

Si la declaratoria ha sido expedida por una o un juez o tribunal de la Corte Nacional de Justicia, igualmente deberá remitir a la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia copia certificada de las resoluciones que declaren dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable de una o un juez, fiscal o defensor público, sea que la declaración se haya realizado de oficio o a solicitud del Consejo de la Judicatura en virtud de una queja o denuncia.

Art. 6.- La Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas de la Corte Nacional de Justicia actuará como unidad técnica de apoyo de la Comisión en las funciones de compilación, análisis y unificación de criterios respecto de las resoluciones judiciales que contengan la declaratoria de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable de una o un juez, fiscal o defensor público.

Art. 7.- Esta resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Iván León Rodríguez, Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Carlos Pazos Medina, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUEZAS Y JUECES NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

EXPIDE EL PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARATORIA JURISDICCIONAL PREVIA DE LAS INFRACCIONES DE DOLO, NEGLIGENCIA MANIFIESTA O ERROR INEXCUSABLE

RESOLUCIÓN No. 12-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76.3 reconoce como una de las garantías básicas del derecho al debido proceso al principio de legalidad, a través de un procedimiento aplicable al caso concreto claramente prestablecido. El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, de conformidad con el artículo 82 ibídem;

Que la Corte Constitucional en sentencia No. 3-19-CN/20 de 29 de julio de 2020, se pronunció en el sentido de que la aplicación del artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial es constitucional condicionado a que previo al eventual inicio del sumario administrativo en el Consejo de la Judicatura contra un juez, fiscal o defensor público, se realice siempre una declaración jurisdiccional debidamente motivada de la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable; y, que tal declaración deberá ser efectuada por un juez o tribunal del nivel superior inmediato que conoce un recurso;

Que la sentencia de la Corte Constitucional, en los párrafos 23 al 29 se pronuncia: *"La independencia judicial tiene especial relevancia considerando la historia judicial y política del Ecuador, en que tal independencia lamentablemente ha sido recurrentemente limitada o abiertamente violada, debilitando así al Estado Constitucional y, por tanto, a la protección de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas, así como a la democracia".* Expresa también que la independencia judicial institucional, tanto interna como externa, es indispensable, a su vez, para garantizar la independencia individual o funcional de los jueces y juezas, de forma que los justiciables puedan ejercer su derecho a un juez independiente, imparcial y competente, conforme al artículo 76 numeral 7 literal k de la Constitución, y que ha sido concebido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como un derecho subjetivo de los mismos para ejercer adecuadamente sus funciones públicas. Además, constituye una garantía básica del debido proceso judicial, pero no solo por el derecho específico a ser juzgado por un juez independiente, sino además porque de la independencia de la o el juez deviene la protección de otros derechos y principios, algunos de los cuales integran el debido proceso;

Que la Corte Constitucional en auto de aclaración y ampliación de la referida sentencia, del 4 de septiembre de 2020 y notificado el 7 del mismo mes y año, en el párrafo 54 señala: "*Sin embargo, a efectos de garantizar la tutela administrativa en los procesos en curso y futuros, para evitar vacíos en el trámite de estos procedimientos, y hasta que la Asamblea Nacional emita dicha normativa, esta Corte considera que la Corte Nacional de Justicia (CNJ), en calidad de máximo órgano de la justicia ordinaria tal como se indicó en el párrafo 113 numeral 7 de la sentencia, es la entidad encargada de determinar, previa convocatoria efectuada por su Presidente o Presidenta y mediante resolución adoptada por el Pleno, cuál es la autoridad jurisdiccional que deberá emitir tal declaratoria, exclusivamente en aquellos casos en los que el diseño orgánico*

del sistema procesal no establezca con claridad quién es la autoridad jurisdiccional orgánicamente superior. La CNJ también emitirá la regulación transitoria a efectos de viabilizar el proceso de emisión de tal declaratoria y su notificación al CJ";

Que la Corte Constitucional en el referido auto, en su parte resolutiva dispone: *"i (…) b. Ampliar el punto 113 numeral 2 de la sentencia en el sentido de que, "transitoriamente, hasta que la Asamblea Nacional reforme el Código Orgánico de la Función Judicial en los términos expuestos en el párrafo 113 numeral 11 de la sentencia, la Corte Nacional de Justicia determinará, mediante resolución adoptada por el Pleno, cuál es el juez o tribunal que debe emitir la declaratoria jurisdiccional previa para la aplicación del artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, exclusivamente en aquellos casos en los que el diseño del sistema procesal orgánico de la justicia ordinaria no establezca quién es la autoridad jurisdiccional encargada de emitir la declaratoria previa. De la misma manera, la Corte Nacional de Justicia emitirá la regulación transitoria, consultando de manera coordinada con la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública, a efectos de viabilizar el procedimiento de emisión de tal declaratoria y su notificación al Consejo de la Judicatura. En los casos de jurisdicción constitucional, la Corte Constitucional emitirá la regulación relativa a la declaratoria jurisdiccional previa. En ambos casos, esta regulación será emitida en el plazo de un mes, contado a partir de la notificación del presente auto de aclaración y ampliación. En el mismo sentido, el Consejo de la Judicatura, en el plazo de un mes desde la notificación de este auto de aclaración y ampliación, y dentro del ámbito de sus competencias, especialmente conforme al artículo 264 numeral 10 del COFJ, emitirá la normativa reglamentaria sobre el procedimiento administrativo que permita la implementación integral de lo dispuesto por esta magistratura";*

Que el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: *"A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias: […] 7. Intervenir en las causas que debe actuar, como juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable"*;

Que de conformidad con el artículo 113 del Código Orgánico de la Función Judicial corresponde el ejercicio de la acción disciplinaria al Consejo de la Judicatura, por tanto, ese órgano es el competente para receptar, tramitar y resolver las quejas o denuncias respecto de infracciones disciplinarias;

Que el artículo 131.3 ibídem establece: *"FACULTADES CORRECTIVAS DE LAS JUEZAS Y JUECES.- A fin de observar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, las juezas y jueces deben:* […] *3. Declarar en las sentencias y providencias respectivas, la incorrección en la tramitación o el error inexcusable de servidoras y servidores judiciales, y comunicar al Consejo de la Judicatura a fin de que dicho órgano sustancie el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones";*

Que para el caso de los fiscales y defensores públicos, el párrafo 101 del auto de aclaración y ampliación determina: "*101. En ambos casos, las entidades plantean aparentes vacíos en el ordenamiento jurídico, respecto a la autoridad orgánicamente superior a la que le correspondería y el procedimiento para la emisión de la declaración jurisdiccional previa en los casos señalados. En línea con lo señalado anteriormente, para dar respuesta a las solicitudes planteadas, la Corte considera necesario ampliar el punto 113 numeral 2 de la sentencia en el sentido de que, "transitoriamente, hasta que la Asamblea Nacional reforme el Código Orgánico de la Función Judicial en los términos expuestos en el párrafo 113 numeral 11 de la sentencia, la Corte Nacional de Justicia determinará, mediante resolución adoptada por el Pleno, cuál es el juez o tribunal que debe emitir la declaratoria jurisdiccional previa para la aplicación del artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, exclusivamente en aquellos casos en los que el diseño del sistema procesal orgánico de la justicia ordinaria no establezca quién es la autoridad jurisdiccional encargada de emitir la declaratoria previa. De la misma manera, la Corte Nacional de Justicia emitirá la regulación transitoria, consultando de manera coordinada con la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública, a efectos de viabilizar el procedimiento de emisión de tal declaratoria y su notificación al Consejo de la Judicatura. En los casos de jurisdicción*

constitucional, la Corte Constitucional emitirá la regulación relativa a la declaratoria jurisdiccional previa. En ambos casos, esta regulación será emitida en el plazo de un mes, contado a partir de la notificación del presente auto de aclaración y ampliación. En el mismo sentido, el Consejo de la Judicatura, en el plazo de un mes desde la notificación de este auto de aclaración y ampliación, y dentro del ámbito de sus competencias, especialmente conforme al artículo 264 numeral 10 del COFJ, emitirá la normativa reglamentaria sobre el procedimiento administrativo que permita la implementación integral de lo dispuesto por esta magistratura";

Que a petición de la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, en cumplimiento de la disposición contenida en el punto *i. (…) b.* de la parte resolutiva del auto en mención, se han receptado los criterios de la Fiscalía General del Estado y de la Defensoría Pública respecto al procedimiento para la emisión de la declaratoria jurisdiccional previa y su notificación al Consejo de la Judicatura, a fin de garantizar a las partes involucradas sus derechos al debido proceso, en especial, el derecho a la defensa;

Que el artículo 178 de la Constitución de la República y los artículos 155 y 170 del Código Orgánico de la Función Judicial establecen que son órganos encargados de administrar justicia la Corte Nacional de Justicia, las cortes provinciales de justicia, los tribunales y juzgados que establezca la ley y juzgados de paz, determinándose además ese orden jerárquico; y,

En cumplimiento de la sentencia No. 3-19-CN/20 de 29 de julio de 2020, dictada por la Corte Constitucional y el auto de aclaración y ampliación de 4 de septiembre del 2020,

RESUELVE:

Expedir el procedimiento de declaratoria jurisdiccional previa de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable.

I

COMPETENCIA

Artículo 1.- La autoridad jurisdiccional competente para la declaratoria previa de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable en la actuación de carácter jurisdiccional pre procesal y procesal de una o un juez o de las actuaciones de un fiscal o defensor público, será el tribunal jerárquicamente superior.

Artículo 2.- En los casos en que el ordenamiento jurídico no hubiere previsto la impugnación mediante un recurso vertical, la autoridad jurisdiccional competente para la declaratoria previa, será:

a) Para las y los jueces y tribunales de primer nivel, fiscales y defensores públicos, un tribunal de la respectiva especialidad de la Corte Provincial de Justicia del distrito territorial correspondiente.

b) Para las y los jueces de garantías penitenciarias o quienes hagan sus veces; para las y los fiscales o defensores públicos en actuaciones dentro de los procesos de ejecución penal; y, para las y los jueces en materias no penales dentro del procedimiento de ejecución de sentencias, un tribunal de la respectiva especialidad de la Corte Provincial de Justicia del distrito territorial correspondiente.

c) Para las y los jueces o tribunales de segundo nivel; tribunales distritales de lo contencioso administrativo y contencioso tributario o fiscales provinciales, un tribunal de la respectiva especialidad de la Corte Nacional de Justicia.

d) Para las y los jueces o conjueces de la Corte Nacional de Justicia, el Pleno de este órgano.

Artículo 3.- Por solicitud del Consejo de la Judicatura de que se emita la declaración jurisdiccional previa, en caso de queja o denuncia por alguna de las infracciones previstas en el artículo 109.7 del

Código Orgánico de la Función Judicial, la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia o de Corte Provincial de Justicia, según corresponda, dispondrá el sorteo de un tribunal entre los integrantes de las salas especializadas en la materia de la causa motivo de la queja o denuncia; y, de no existir la sala especializada, aquella que tenga mayor afinidad con la materia.

En los casos de sala única o multicompetente de Cortes Provinciales, el tribunal se conformará con las y los jueces que las integran.

Artículo 4.- En los casos en que la ley prevé recursos verticales, la declaración jurisdiccional previa de la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, de oficio o a petición de parte, será competencia del tribunal del nivel superior inmediato de la materia que conoce el recurso.

II

PROCEDIMIENTO

A. Procesos judiciales con impugnación vertical

Artículo 5.- Para los casos que la ley prevé un recurso vertical, el procedimiento para la declaratoria jurisdiccional de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable, a petición de parte, será el siguiente:

En el escrito de fundamentación de los recursos de apelación, casación o revisión, la parte o sujeto procesal recurrente podrá solicitar, con sustento fáctico y jurídico, al tribunal superior de la materia que declare la existencia de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable en la actuación de carácter jurisdiccional de la o el juez, tribunal de instancia, o en las actuaciones del fiscal o defensor público.

El Tribunal superior, al momento de resolver sobre el recurso, de encontrar méritos para ello, se pronunciará declarando en forma motivada si ha existido dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable en la actuación de carácter jurisdiccional de la o el juez o tribunal de instancia, fiscal o defensor público.

Artículo 6.- El tribunal superior, de encontrar méritos, de oficio, declarará motivadamente la existencia de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable en la actuación de carácter jurisdiccional de la o el juez o tribunal de instancia o de las actuaciones dentro del proceso del fiscal o defensor público.

B. Procesos judiciales sin impugnación vertical

Artículo **7.-** La queja o denuncia por dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable a los que hace relación el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial será presentada ante el Consejo de la Judicatura, en aplicación de los artículos 113, 114, 115 y 116 del mencionado Código.

De ser admitida a trámite la queja o denuncia, el Consejo de la Judicatura, antes de iniciar el sumario administrativo, remitirá la petición de declaración jurisdiccional previa a la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia o a la o el Presidente de la Corte Provincial de Justicia del respectivo distrito territorial, según corresponda.

7.1. El Consejo de la Judicatura remitirá a la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia la solicitud de declaración jurisdiccional previa sobre la actuación de una o un juez o conjuez de la Corte Nacional de Justicia.

Si la solicitud de declaración jurisdiccional previa es contra la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, se remitirá a la o el Presidente Subrogante.

Si la solicitud de declaración jurisdiccional previa es contra la o el presidente o jueces de las cortes provinciales o tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, se remitirá a la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

7.1.1- La o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, en el caso de solicitud de declaración jurisdiccional previa respecto de una o un juez o conjuez de la Corte, en el término de diez días convocará al Pleno, de conformidad con el artículo 199.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, para que se proceda al sorteo de una o un juez ponente de entre sus miembros.

La o el juez ponente emitirá un informe motivado en derecho en el término de treinta días, que será sometido a conocimiento del Pleno a través de la o el Presidente para su resolución en la siguiente sesión, que será convocada en el término máximo de diez días.

El Pleno se constituirá en tribunal para resolver sobre la solicitud de declaración jurisdiccional previa de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable. La o el Secretario General de la Corte Nacional de Justicia notificará la resolución al Pleno del Consejo de la Judicatura.

7.1.2.- Si la solicitud de declaración jurisdiccional previa se presenta contra un juez o jueza de Corte Provincial de Justicia o de un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o Contencioso Tributario, la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia realizará el sorteo de un tribunal entre las y los jueces de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia en la materia objeto de la queja o denuncia.

El tribunal resolverá sobre la solicitud de declaración jurisdiccional previa de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable en el término de treinta días.

7.2.- La solicitud de declaración jurisdiccional previa sobre la actuación de una o un juez o tribunal de primera instancia, de una o un juez de garantías penitenciarias, de ejecución de sentencia, fiscal o defensor público, se remitirá a la o el Presidente de la Corte Provincial de Justicia del distrito territorial correspondiente.

La o el Presidente de la Corte Provincial de Justicia dispondrá el sorteo de un tribunal entre las o los jueces que integran la sala de la especialidad de la materia de la causa motivo de la queja o denuncia, y de no existir la sala especializada, aquella que tenga mayor afinidad con la materia. En los casos de sala única o multicompetente, el tribunal se conformará con las o los jueces que las integran.

El tribunal resolverá sobre la solicitud de declaración jurisdiccional previa de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable, en el término de treinta días.

7.3.- El tribunal a quien corresponda emitir la declaratoria jurisdiccional de la existencia o no de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable, solicitará a la o el juez, fiscal o defensor público que en el término de cinco días presente un informe respecto de la queja o denuncia.

Artículo 8.- Esta resolución no será aplicable a la o el Fiscal General del Estado o Defensor Público General.

Artículo 9.- La resolución judicial que contenga la decisión adoptada respecto de la solicitud de declaración jurisdiccional previa será notificada al Consejo de la Judicatura, al servidor judicial y a la Comisión de la Corte Nacional de Justicia de Compilación, Análisis y Unificación de las Calificaciones Jurisdiccionales de Infracciones, creada mediante Resolución No.11-2020 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

En los sumarios administrativos que actualmente se encuentren en trámite ante el Consejo de la Judicatura por quejas o denuncias que se refieran a alguna de las infracciones previstas en el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial, ese órgano deberá solicitar el dictamen jurisdiccional previo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional No. 3-19-CN20 de 29 de julio de 2020. De no obtenerse esta declaratoria, el sumario administrativo será archivado.

DISPOSICIÓN FINAL

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

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Iván León Rodríguez, Dra. María de los Angeles Montalvo, Escobar Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Carlos Pazos Medina, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUECES Y JUEZAS NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

ACLARACIÓN RESPECTO DEL PROCEDIMIENTO QUE DEBEN SEGUIR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ANTE LAS SOLICITUDES DE DECLARACIÓN JURISDICCIONAL PREVIA REMITIDAS EN EXPEDIENTES DISCIPLINARIOS INICIADOS DE OFICIO POR EL CONSEJO DE LA JUDICATURA

RESOLUCIÓN No. 13-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 12-2020 de 21 de septiembre de 2020, expidió el procedimiento de declaratoria jurisdiccional previa de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable, de conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional No. 3-19-CN/20 de 29 de julio de 2020, así como en aplicación del auto de aclaración y ampliación expedido el 4 de septiembre de 2020, dentro del caso No.3-19-CN, cuyo párrafo 54 señala: "*Sin embargo, a efectos de garantizar la tutela administrativa en los procesos en curso y futuros, para evitar vacíos en el trámite de estos procedimientos, y hasta que la Asamblea Nacional emita dicha normativa, esta Corte considera que la Corte Nacional de Justicia (CNJ),*

en calidad de máximo órgano de la justicia ordinaria tal como se indicó en el párrafo 113 numeral 7 de la sentencia, es la entidad encargada de determinar, previa convocatoria efectuada por su Presidente o Presidenta y mediante resolución adoptada por el Pleno, cuál es la autoridad jurisdiccional que deberá emitir tal declaratoria, exclusivamente en aquellos casos en los que el diseño orgánico del sistema procesal no establezca con claridad quién es la autoridad jurisdiccional orgánicamente superior. La CNJ también emitirá la regulación transitoria a efectos de viabilizar el proceso de emisión de tal declaratoria y su notificación al CJ";

Que la sentencia de la Corte Constitucional No. 3-19-CN/20 de 29 de julio de 2020, en el numeral 5 de la parte Decisión se pronuncia: "*5. Se declara la inconstitucionalidad de la actuación de oficio del CJ prevista en el artículo 113 del COFJ exclusivamente para la aplicación del artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial. En los casos de queja y denuncia, el Consejo de la Judicatura requerirá, sin emitir un criterio propio, una declaración jurisdiccional previa por parte del juez o tribunal que conoce el recurso, para iniciar el sumario administrativo y, en procesos de única instancia, la declaración jurisdiccional deberá realizarla el juez o tribunal del nivel orgánicamente superior";*

Que ante la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia y las Presidencias de las Cortes Provinciales de Justicia, las distintas Direcciones Provinciales del Consejo de la Judicatura han presentado solicitudes para obtener la declaración previa de las infracciones de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable previstas en el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial, en sumarios administrativos iniciados de oficio por el Consejo de la Judicatura con anterioridad a la expedición de la sentencia de la Corte Constitucional, por casos que no corresponde a la justicia ordinaria, por infracciones distintas a las previstas en el referido artículo o por juezas, jueces, fiscales o defensores públicos cuya jurisdicción no corresponde;

Que los párrafos 90 y 91 de la sentencia de la Corte Constitucional son claros y expresan: *"90. Actuación de oficio del CJ: Cuando el CJ actúa de oficio, incluso si solicita previamente al inicio de un sumario administrativo, la declaración de un juez, el hecho de que el CJ plantee por sí mismo a este juez su criterio propio de que se ha cometido dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable interfiere indebidamente en las actividades jurisdiccionales y podría además configurar un prejuzgamiento. Este criterio inicial del CJ, inherente a la actuación de oficio, constituye un direccionamiento e incluso una presión indebida, aunque implícita y no necesariamente deliberada, tanto sobre el juez que cometió la supuesta infracción, como sobre el que la califica, y contra los demás jueces, quienes temerán ser sancionados de la misma manera. 91. Esta Corte Constitucional establece, por tanto, que para la aplicación del numeral 7 del artículo 109 del COFJ, la actuación de oficio del CJ atenta al principio constitucional de independencia judicial, analizado previamente a partir del párrafo 22, y especialmente de la independencia judicial interna, al permitir una indebida injerencia en las causas de un órgano de gestión y administrativo sobre actuaciones jurisdiccionales. Esta injerencia supone, a su vez, un inaceptable condicionamiento a las actuaciones judiciales de jueces y juezas, fiscales y defensores públicos, lo cual no solo viola el derecho a un juez independiente, sino que pone en grave riesgo a los derechos que los jueces y juezas deben tutelar. En consecuencia, las respectivas normas de procedimiento del COFJ relativas a la actuación de oficio del CJ no podrán aplicarse para efectos del numeral 7 del artículo 109 del COFJ."*. Por tanto, la actuación del Consejo de la Judicatura para iniciar y resolver de oficio sumarios administrativos que hubiere iniciado por las infracciones previstas en el Art. 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial es inconstitucional, por el solo hecho de plantear anticipadamente un criterio, que configura un prejuzgamiento;

Que aun cuando los expedientes de los sumarios administrativos disciplinarios indicados se hubieren iniciado con anterioridad a la fecha de expedición de la sentencia de la Corte Constitucional No. 3-19-CN/20 de 29 de julio de 2020, así como del auto de aclaración y ampliación expedido el 4 de septiembre de 2020, por efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad, ese órgano perdió la competencia para iniciar y resolver de oficio sumarios administrativos por las infracciones previstas en el artículo 109.7 de ese Código;

Que la competencia constituye una de las garantías básicas del debido proceso y del derecho a la defensa de las personas, conforme lo establece el artículo 76, numeral 7, letra k) de la Constitución de la República, cuya omisión tiene como consecuencia la nulidad del acto de la autoridad pública; por tanto, el Consejo de la Judicatura, al momento de resolver el sumario administrativo iniciado de oficio por alguna de las infracciones previstas en el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial, no tiene facultad ni competencia legal para pronunciarse;

Que es necesario aclarar la Resolución 12-2020, respecto del procedimiento que deben seguir los órganos jurisdiccionales ante las solicitudes de declaración jurisdiccional previa remitidas en expedientes disciplinarios iniciados de oficio por el Consejo de la Judicatura;

En ejercicio de la facultad que le confiere la sentencia No. 3-19-CN/20 de 29 de julio de 2020, dictada por la Corte Constitucional y el auto de aclaración y ampliación de 4 de septiembre del 2020,

RESUELVE:

Art. 1.- A continuación del artículo 4 de la Resolución No. 12-2020 de 21 de septiembre de 2020, agréguese el siguiente artículo:

"**Art. 4A**.- La o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia y las o los Presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia inadmitirán liminarmente las peticiones de declaración jurisdiccional previa remitidas por el Consejo de la Judicatura dentro de los expedientes disciplinarios iniciados de oficio por las infracciones contenidas en el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial, por falta de competencia del órgano administrativo.

Asimismo, por falta de competencia del órgano jurisdiccional, se inadmitirán liminarmente las solicitudes de declaración jurisdiccional previa presentadas dentro de expedientes disciplinarios que se sustenten en infracciones distintas a las previstas en el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Art. 2.- A la Resolución No. 12-2020, añádase una Disposición General que diga:

"DISPOSICIÓN GENERAL- En las solicitudes de declaración jurisdiccional previa, cuando la competencia corresponda al Pleno de la Corte Nacional de Justicia actuará la o el Secretario General de la Corte Nacional de Justicia; y en aquellas en que corresponda pronunciase a un tribunal de la Corte Nacional de Justicia, actuará la o el Secretario Relator de la sala especializada correspondiente.

En el caso de las solicitudes de declaración jurisdiccional previa que sean de competencia de un tribunal de las Cortes Provinciales de Justicia, actuará la o el Secretario Relator de la respectiva Sala Especializada o Multicompetente".

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

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr.

Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Iván León Rodríguez, Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Carlos Pazos Medina, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Víctor Fernández Alvarez, Dra. Gabriela Mier Ortiz, CONJUEZ Y CONJUEZA NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

EL AUTO DE NULIDAD AL QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 653.2 DEL COIP, DICTADO POR UN TRIBUNAL DE APELACIÓN O DE CASACIÓN, NO ES SUSCEPTIBLE DE RECURSO DE APELACIÓN

RESOLUCIÓN No. 14-2020

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

Que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76, reconoce el derecho al debido proceso, el cual se compone de un conjunto de principios y garantías que conducen a una correcta administración de justicia, entre ellas, se encuentra el principio de legalidad, que entre otros, determina la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico exista un procedimiento aplicable al caso concreto claramente prestablecido;

Que en armonía con el principio de legalidad, los artículos 76.7.k de la Constitución de la República y 7 del Código Orgánico de la Función Judicial garantizan el derecho de las personas a ser juzgadas por una jueza o juez independiente, imparcial y competente;

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, de conformidad con el artículo 82 ibídem;

Que el artículo 76.7.m de la Norma Suprema garantiza a toda persona el derecho a recurrir los fallos y resoluciones en todos los procesos en los que se decidan sobre sus derechos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Zegarra Marín Vs. Perú, establece: *"(…) no es per se contrario a la Convención Americana que se establezca en el derecho interno de los Estados que en determinados procedimientos, ciertos actos de trámite no son objeto de impugnación"*. Nuestra Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia, al desarrollar el contenido del derecho a impugnar, han coincidido con la Corte Interamericana en determinar que este no es absoluto; y, por ende, es susceptible de ser delimitado, en este caso, es el legislador quien diseña el sistema recursivo acorde al principio de legalidad y atendiendo los fines que persigue cada tipo de proceso;

Que en materia penal, por un lado el sistema de impugnación se encuentra diseñado por el legislador en el Código Orgánico Integral Penal, cuyo artículo 652.1 prescribe que las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente ahí determinados; y, por otro lado, el Código Orgánico de la Función Judicial establece las competencias de cada uno de los órganos jurisdiccionales;

Que el artículo 653 del Código Orgánico Integral Penal señala de forma taxativa los casos en los cuales procede el recurso de apelación, entre ellos, se encuentra en su numeral 2, del auto de nulidad;

Que de conformidad con los artículos 601 y 604.1 y 2 del Código Orgánico Integral Penal, en genérico, de existir vicios procesales, se debe resolver dictando la nulidad en la audiencia preparatoria de juicio por la o el juez de garantías penales, o por excepción, si así procediera, por los tribunales de garantías penales en el juicio, y precisamente sobre esos autos cabe el recurso de apelación al que se refiere el artículo 653.2 *ibidem*. Pero, a pesar de ello, si aquellos vicios no se han visibilizado por el juzgador de primera instancia, o se los alegó y fueron negados, o si ocurrieron en la etapa de juicio o en la apelación, puede el tribunal superior, ya sea de oficio o a petición de parte, al momento de resolver los recursos de apelación o de casación, emitir auto declarando la nulidad, con el fin de garantizar el debido proceso, tal como manda el artículo 652.10 ibidem*;*

Que no cabe el recurso de apelación del auto de nulidad procesal dictado por los Tribunales de Apelación de las Cortes Provinciales y de la Corte Nacional en caso de fuero, al momento de resolver el recurso; esto debido a que por su naturaleza, el recurso de apelación siempre procede ante los tribunales superiores. De ahí que el artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece entre las funciones de las Cortes Provinciales las de ser órgano de apelación; pero no podrían ser órgano de apelación de una resolución adoptada por la propia Corte de alzada. Tampoco es posible elevar la decisión en apelación ante un Tribunal de Casación Penal de la Corte Nacional de Justicia, pues de conformidad con el artículo 186 *ibidem* no tiene competencia para conocer el recurso de apelación interpuesto sobre el auto de nulidad, salvo los casos de fuero de Corte Nacional. Debiendo considerarse además que el segundo inciso del artículo 10 del citado cuerpo normativo, señala que las Salas de Casación no son de instancia o grado superior;

Que del auto de nulidad procesal dictado por los Tribunales de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, al momento de resolver el recurso, tampoco procede la apelación, por cuanto, tal como ya se ha indicado, la norma no lo prevé.

Que el legislador no ha previsto la posibilidad de recurrir vía apelación el auto de nulidad dictado por los Tribunales de Apelación y Casación al momento de resolver los respectivos recursos. De ahí que, el artículo 653.2 del Código Orgánico Integral Penal, por su naturaleza y finalidad, contempla la procedencia del recurso de apelación únicamente en contra de autos de nulidad dictados por las y los jueces de garantías penales, o quien haga sus veces, o tribunal de garantías penales, todos ellos de primera instancia, incluido los casos de fuero de Corte Provincial y de Corte Nacional de Justicia. Con esta interpretación, se evita una discusión jurídica *ad infinitum* y crear instancias no contempladas en la ley, en salvaguarda de los derechos a tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica, y de los principios de debida diligencia, celeridad, eficacia y eficiencia;

Que han llegado a conocimiento de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de esta Corte Nacional de Justicia, recursos de hecho interpuestos por los justiciables ante la negativa de las Cortes Provinciales de admitir a trámite la apelación en contra de autos de nulidad dictados en sede de alzada; y, al respecto, no hay una postura jurídica unánime de sus Jueces y Juezas acerca de la procedencia o no de tal recurso de apelación, siendo indispensable un pronunciamiento con carácter general y obligatorio que aclare el alcance del artículo 653.2 del COIP;

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

RESUELVE:

Artículo 1.- El auto de nulidad al que se refiere el artículo 653.2 del Código Orgánico Integral Penal, dictado de oficio o a petición de parte por un Tribunal de Apelación o de Casación, no es susceptible de recurso de apelación.

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

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. José Suing Nagua, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía (VOTO EN CONTRA), Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi (VOTO EN CONTRA), Dr. Alejandro Arteaga García (VOTO EN CONTRA), Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Iván León Rodríguez, Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Carlos Pazos Medina, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUEZAS Y JUECES NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

Gaceta Judicial

año 2020

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *09802-2017-01054*
Resolución Nro. *168-2020*
Fecha: *21 de mayo del 2020, las 10h29*

TEMA: Excepciones a la coactiva en sede contencioso administrativa.

Inexistencia de la obligación, o falta de ley que establezca el tributo o exención legal.

ASUNTO

La compañía LUBRIVAL S.A., demandó en sede contenciosa administrativa la inexistencia de la obligación contenida en el título de crédito Nro. 003-2016, emitido por la EMPRESA PÚBLICA FLOPEC, por la suma de doscientos veintiún mil quinientos treinta y nueve dólares y ochenta centavos de los Estados Unidos de Norteamérica.

La parte actora solicitó que se acepte la excepción previa contenida en el artículo 316 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos en relación con la presunta inexistencia de la obligación que fue establecida por FLOPEC EC para con LUBRIVAL S.A., por el concepto del 3.5% del valor del flete marítimo causado por importaciones de lubricantes y/o aceites para la mezcla de lubricantes. Con las alegaciones efectuadas por las partes, la competencia se radicó en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, correspondiéndole a los Juzgadores Ad quem establecer si en el caso existía una base legal o contractual que permitiera establecer la obligación por la cual se emitió el título de crédito.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, provincia del Guayas, señala que toda vez que la exención opuesta al proceso coactivo por la EMPRESA LUBRIVAL S.A., se trata de la inexistencia de obligación, de conformidad con lo establecido en el artículo 316 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, es imprescindible analizar la fuente de la obligación en el caso concreto para determinar su naturaleza jurídica. En ese sentido puntualiza que la imposición de una obligación en la que se reconoce su fuente jurídica en la voluntad unilateral del Estado debe manifestarse por medio de la ley, siendo tal una característica propia de los tributos, acorde con la previsto en el artículo 301 del Código Tributario, cuerpo legal que establece que los impuestos, tasas y contribuciones deben ser reguladas por la ley, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 14 del Código Orgánico Administrativo sobre el principio de juridicidad, al establecer que la actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, siendo que esta obligación de someterse al principio de legalidad por parte de la administración, también está recogida en el artículo 18 del mismo cuerpo legal, cuando establece que los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos de conformidad con los principios de juridicidad e igualdad; el principio de legalidad es la garantía de los ciudadanos, frente a la administración, que limita la discrecionalidad y la arbitrariedad de la misma, sometiendo que la actuación de esta se subsuma a la ley, la obligación de la administración de someterse al principio de legalidad, es un derecho de libertad que es garantizado por la Constitución, pues el artículo 66 numeral 29 literal d) de la Constitución de la República del Ecuador, establece que ninguna persona puede

ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley; siendo un derecho de libertad el sometimiento de la administración al principio de legalidad siendo necesario verificar si este derecho ha sido conculcado por la administración.

El Tribunal refiere que el cobro pretendido coactivamente no podría considerarse como una regalía toda vez que no está ligado directamente a la explotación de un recurso natural como así prescribe la Constitución de la República del Ecuador. Por lo antes dicho, no existe una disposición concreta de la norma, ni voluntad de las partes que justifiquen un cobro comercial del porcentaje del 3.5 % sobre el valor de dichos fletes como afirma la entidad accionada contener el título de crédito en que se fundamenta el proceso coactivo ya que la Ley 147, "De Facilitación De Las Exportaciones Del Transporte Acuático" en su artículo 15 no determina ese porcentaje.

Finalmente el Tribunal concluye que del análisis de la documentación y de los recaudos procesales constantes en el expediente jurisdiccional, no existe base legal, ni contractual para que se haya establecido la obligación por la cual se emite el título de crédito No. 003-2016, por la EMPRESA PÚBLICA FLOPEC, pues este debía estar fundamentado en una obligación que hubiera nacido de la ley o de un contrato, por lo que tal circunstancia, conforme los hechos acreditados se subsumen en la excepción preliminar de inexistencia de la obligación del accionante.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 09802-2017-01054
Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, jueves 21 de mayo del 2020, las 10h29.

VISTOS: En virtud de que: **A)** El juez nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019. **B)** El conjuez nacional Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza a la ex-jueza nacional Ab. Cynthia Guerrero Mosquera ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **C)** El conjuez nacional Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza al ex-juez nacional Dr. Pablo Tinajero Delgado ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. D) Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), y artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). E) Conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del COGEP, estando la presente causa en estado de sentenciar, se considera: **PRIMERO.- 1.1.-** El abogado Carlos Andrés Guamán Chamorro debidamente autorizado por el gerente general de la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC interpuso recurso de casación, el mismo que fue admitido por el caso 5 del artículo 268 del COGEP, por aplicación indebida de los artículos 14 y 18 del Código Orgánico Administrativo, y 301 de la Constitución de la República del Ecuador; errónea interpretación del numeral 29, letra d) del artículo 66 de la Cons-

titución de la República del Ecuador y artículo 15 de la Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático; y, falta de aplicación del numeral 15 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, y de los artículos 3 de la Ley de Hidrocarburos, 317 de la Constitución de la República del Ecuador, y 4 del Código de Comercio; en contra de la sentencia de 19 de noviembre de 2018, 15h30, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil, en el juicio interpuesto por Lubrival S.A. en contra de la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC, habiéndose contado también con la Procuraduría General del Estado, en la cual en lo principal se dijo y resolvió que: *"NOVENO:… El excepcionante LUBRIDAL (sic) S.A. ha puesto al proceso coactivo la contemplada en el artículo 316, numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos que prevé Art. 316.- Excepciones a la coactiva. Al procedimiento coactivo solo se podrán oponer las excepciones: 1. Inexistencia de la obligación, falta de ley que establezca el tributo o exención legal. Toda vez que la exención opuesta al proceso coactivo se trata de inexistencia de obligación, es imprescindible analizar la fuente de la obligación para determinar su naturaleza jurídica alegada por el actor como inexistente, tomando en cuenta la afirmación de la parte accionada en el sentido que se trata de un ingreso no tributario, o de un cobro comercial como así sostiene en la contestación a la demanda… En el caso que nos ocupa, el cobro pretendido coactivamente no podría considerarse como una regalía toda vez que no está ligado directamente a la explotación de un recurso natural como así prescribe la Constitución de la República del Ecuador. Por lo antes dicho, no encontrando disposición concreta de la norma, ni voluntad de las partes que justifiquen un cobro comercial del porcentaje del 3.5% sobre el valor de dichos fletes como afirma la entidad accionada contener el título de crédito en que se fundamenta el proceso coactivo ya que la ley 147 en su art 15 no determina ese porcentaje, en base a estas premisas constitucionales, y doctrinarias, este tribunal advierte que el título de crédito debe estar sustentado o fundamentado en una obligación ya sea que haya nacido de la ley, o de un contrato por lo que tal circunstancia se subsume en la excepción de inexistencia de la obligación, toda vez que no tiene fundamento en la ley ni en la voluntad de las partes, razón por la que, este TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nro. 2, CON SEDE EN GUAYAQUIL ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, ACEPTA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DECLARANDO LA NULIDAD DEL TÍTULO DE CRÉDITO Y CONSECUENTEMENTE DEL PROCESO COACTIVO INICIADO EN BASE AL TÍTULO DE CRÉDITO. SIN COSTAS NI HONORARIOS QUE REGULAR. Una vez ejecutoriada la sentencia la actuaria del Tribunal oficiará al Consejo de la Judicatura para que se transfiera el valor de la consignación realizada en este proceso, a la cuenta bancaria que consigne la parte actora.- Notifíquese".* **1.2.-** Mediante providencia de 8 de enero de 2019, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil dijo que: *"…SEGUNDA: En este sentido se corrige en lo que respecta al nombre de la compañía transcrito erróneamente en algunas partes de la sentencia, que se trata de la compañía LUBRIVAL S.A como así se encuentra identificada en el considerando tercero IDENTIDAD DE LAS PARTES de la sentencia escrita. TERCERA: En lo que respecta al número de Titulo de crédito consta en el considerando NOVENO MOTIVACIÓN Y ANÁLISIS que el objeto de la controversia fue fijado en "ESTABLECER SI PROCEDE DECLARAR LA INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN EL TÍTULO DE CRÉDITO 003-2016 EMITIDO POR FLOPEC POR LA SUMA DE $ 221.539, 80." (...) Es decir se encuentra especificado en la sentencia cual es el título, cual es el número y cuál es la cantidad de la obligación que se solicitó se declare su inexistencia. En lo que respecta a la ampliación de la parte resolutiva sobre las facturas emitidas por EP FLOPEC, pese a que en el pronunciamiento de la resolución oral, la defensa técnica de la parte accionante no presentó este recurso, sin embargo de ello se aclara que este Tribunal en la parte resolutiva acepta la excepción de inexistencia de la obligación declarando la nulidad del título de crédito y consecuentemente del proceso coactivo iniciado en base al título de crédito. Por lo tanto este tribunal ha resuelto en concordancia con lo que establece el artículo 316 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, en relación a la excepción a la coactiva que fue planeada. Notifíquese.".* **SEGUNDO.-** Respecto del caso 5, la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC en el escrito que contiene su recurso de casación manifestó que: *"La propia Constitución de la República del Ecuador, señala* ***que el servicio de transporte de hidrocarburos***

será realizado por empresas públicas, y al ser EP FLOPEC la empresa pública encargada de realizar esta actividad, por este concepto cobra una regalía. *Señores jueces, el tribunal de instancia interpreta erradamente estos preceptos, ya que* ***la obligación nace por disposición de la Ley, en este caso específico la Ley Facilitación (sic) de las Exportaciones y Transporte Acuático o Ley 147, pues otorga a EP FLOPEC, el derecho a gestionar el cobro de regalías que nace por la reserva de la carga.*** *La reserva de la carga nace de la ley y se encuentra respaldada por nuestra norma suprema. En tanto que la Sala Juzgadora, al momento de resolver deja de considerar que la empresa EP FLOPEC, emitió el título de crédito No. 003-2016, por las obligaciones pendientes de pago de LUBRIVAL S.A., (por concepto de la reserva de carga de hidrocarburos, que nació de la Ley 147 y expresas normas constitucionales, que invisten a la institución a hacerlo, como resultado de aquello* ***la empresa EP FLOPEC, dio inicio al proceso coactivo para el cobro de las obligaciones pendiente de pago por concepto de reserva de la carga, en consecuencia, la sentencia no podría ordenar inexistencia de la obligación,*** *cuando las obligaciones que se pretende cobrar mediante el título de crédito No. 003-2016, se encuentran respaldadas de la Ley de Facilitación de las Exportaciones y Transporte Acuático o Ley 147 y la Constitución… al aplicar erróneamente el artículo 301 de la Constitución de la República del Ecuador, se infiere que el pago del 3.5% es una tasa, cuando como se ha demostrado no lo es, en su lugar se debió haber aplicado el artículo 317 de la Constitución de la república del Ecuador, pues* ***el cobro efectuado se lo exige en virtud de una regalía,*** *que además constituye un deber del Estado,…ya que* ***el cobro de la tarifa es una facultad y un deber de la empresa pública,*** *en virtud de sus facultades estableció como tarifa el 3.5% sobre el valor de los fletes, este porcentaje pese a que no se encuentra establecido en ninguna norma, nace de la costumbre mercantil, establecida en el artículo 4 del Código de Comercio…"* (El resaltado nos pertenece). **TERCERO.-** A fojas 109 del expediente de instancia consta el título de crédito No. 003-2016 expedido por la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC a Lubrival S.A., por la suma de doscientos veintiún mil quinientos treinta y nueve dólares de los Estados Unidos de América con ochenta centavos ($ 221.539,80), el cual tiene como concepto el cobro del ***"3.5% del valor del flete marítimo causado por importaciones de lubricantes y/o aceites para la mezcla de lubricantes"*** en virtud de las facturas que la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC emitió a Lubrival S.A. para cobrar el 3.5% de comisión en el flete de diversos viajes marítimos en los que Lubrival S.A. habría importado lubricantes. En la audiencia de casación llevada a cabo el viernes 31 de enero de 2020, a las 15h00, ante este tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, las partes litigantes manifestaron principalmente que la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC no prestó servicio alguno de transporte o flete marítimo a Lubrival S.A. sino que la referida empresa pública emitió las facturas que ahora son materia de este litigio debido a que tuvo conocimiento de que Lubrival S.A. importaba lubricantes, y que los montos facturados corresponden a la reserva de carga para hidrocarburos establecida en el artículo 15 de la Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático que dice: *"La reserva de carga para hidrocarburos, salvo el principio de reciprocidad antes indicado y los convenios para el transporte acuático, será total y se asignará exclusivamente a empresas navieras nacionales, estatales o mixtas, en las cuales el Estado tenga una participación de por lo menos el 51% del capital social.",* y que por tanto tal reserva de carga se da a favor de la demandada que es una empresa pública cuyo objeto social es principalmente la trasportación de hidrocarburos por vía marítima desde y hacia los puertos nacionales y extranjeros; señalando por su parte, Lubrival S.A. que no ha solicitado servicio alguno a la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC, y que en varias ocasiones dicha empresa pública ha justificado de manera diferente los conceptos de los montos que ha facturado en distintas modalidades de vinculación entre las partes litigantes, tales como: cesión tácita de un derecho por el que la empresa pública debe recibir una contraprestación en dinero; en un cobro comercial hecho en virtud de valores adeudados por concepto de relaciones mercantiles; y en actividades de vetting; para posteriormente emitir el título de crédito No. 003-2016 por concepto del 3.5% del valor del flete marítimo causado por importaciones de lubricantes y/o aceites para la mezcla de lubricantes, sin que finalmente Lubrival S.A. conozca con certeza qué tipo de servicios habría supuestamente recibido por parte de la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC. Al respecto este Tribunal de Casación observa que EP FLOPEC reconoció que los conceptos de las

facturas emitidas a Lubrival S.A. que motivaron la emisión del título de crédito No. 003-2016, no corresponden a servicio alguno prestado por dicha empresa pública; por lo que el procedimiento coactivo instaurado carecería de objeto válido al no estar fundamentado ni delimitado a la prestación de un servicio específico, pues si bien no hay duda de que el antes citado artículo 15 de la Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático fija una reserva de carga para hidrocarburos que será total y se asignará exclusivamente a empresas navieras nacionales, estatales o mixtas, en las cuales el Estado tenga una participación de por lo menos el 51% del capital social, no es posible que en el presente caso la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC sostenga que dicha reserva es el justificativo del cobro de un porcentaje del valor de flete marítimo causado por importaciones de lubricantes a Lubrival S.A., ya que como ha quedado explicado, la actora no ha recibido servicio alguno por parte de la empresa pública en cuestión; más aún cuando simplemente en el presente caso la propia EP FLOPEC no logró fundamentar en derecho cuál mismo es la naturaleza del objeto de la coactiva, pues tal porcentaje y concepto del 3.5% del valor del flete marítimo causado por importaciones de lubricantes y/o aceites para la mezcla de lubricantes no está contemplado en una ley ya que no se trata de *un impuesto, ni de una tasa, ni de una multa, ni tampoco es una tarifa, ni una comisión comercial, ni tampoco una regalía,* sin que por tanto se haya logrado precisar a cuál de todas estas denominaciones corresponde y sin que la mención que EP FLOPEC dio a este Tribunal de Casación de que tal porcentaje vendría a ser un *diferencial comercial* establecido por la propia empresa pública realmente explique la naturaleza de tal porcentaje que pretende cobrar a Lubrival S.A., lo cual una vez más evidencia la inexactitud y la consecuente inexistencia en el presente caso de una obligación legal claramente determinada que haya generado el inicio del procedimiento coactivo en discusión. Por lo expuesto, no se acepta el caso 5 del artículo 268 del COGEP alegado por la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC. En razón de todo lo indicado y 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,** no acepta el recurso de casación interpuesto por la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC, y en consecuencia no casa la sentencia de 19 de noviembre de 2018, 15h30, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL; Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango, JUEZ NACIONAL (E); Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL (E).

II

Juicio Nro. *18803-2017-00297*
Resolución Nro. *410-2020*
Fecha: *16 de julio del 2020, las 08h39*

TEMA: Responsabilidad objetiva en contra del Estado Ecuatoriano

ASUNTO

El ciudadano MARCELO LAUTARO YANEZ TORRES, presenta una demanda de responsabilidad objetiva en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, solicita la reparación integral por daños materiales e inmateriales, dentro de los cuales se encuentra: lucro cesante, daño emergente y daño moral.

Una vez que se ha radicado en la competencia en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Ambato, le correspon-

de a los juzgadores de instancia determinar si existe responsabilidad objetiva del INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, en virtud de los cargos y pretensiones planteados en la demanda y que han sido negados por la entidad demandada

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón de Ambato manifiesta que para abordar el análisis de la responsabilidad objetiva, resulta necesario acudir al enfoque jurisdiccional y doctrinario sobre el tema en cuestión; se anotan, como características esenciales de este concepto de responsabilidad objetiva: a) Que el daño o perjuicio constituya una lesión a un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial; debiendo verificarse la ausencia de causales de justificación que hagan que la víctima tenga que soportarlo. b) La existencia de un factor de atribución; siendo necesario considerar el riesgo que conlleva el servicio o actividad pública en cuestión. c) La posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona estatal que lo causó; y d) El nexo causal o relación de causalidad, entendida no necesariamente en sentido naturalístico, sino ante todo normativo, esto es en correlación con los títulos de imputación (pues una cosa es "el origen" del daño, y otra muy distinta "su imputación".

Con relación al manejo de los procedimientos vinculados con la atención médica del ciudadano MARCELO LAUTARO YANEZ TORRES, el Tribunal acude a las pruebas admisibles legalmente solicitadas, practicadas e incorporadas al juicio, a fin de establecer si conforme la lex artis, existió un daño que no debió soportar el accionante, más allá del riesgo permitido propio de la naturaleza de las ciencias médicas. Respecto de lo dicho

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 18803-2017-00297

Juez Ponente: Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño

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

Quito, jueves 16 de julio del 2020, las 08h39,

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de que: a) el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución Nº 4-2012 de 25 de enero de 2012 y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 del 15 de noviembre de 2019; b) los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados por el Consejo de la Judicatura como Conjueces Nacionales mediante resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificados por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por ausencia definitiva del doctor Pablo Tinajero Delgado y de la abogada Cynthia Guerrero Mosquera, fueron designados Jueces Nacionales encargados, en virtud de los oficios No. 2280-SG-CNJ-ROG y 2281-SG-CNJ-ROG, respectivamente, ambos de 20 de noviembre de 2019 y suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia; c) el 20 de diciembre de 2019 se sorteó el presente proceso, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo integrado por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo, Patricio Secaira Durando e Iván Rodrigo Larco Ortuño, éste último en calidad de juez ponente; d) Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia expedida el 30 de mayo de

2018, a las 16h18, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Ambato, dentro del juicio Nº 018803-2017-00297 que por responsabilidad objetiva interpuso el señor Marcelo Lautaro Yánez Torres en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), resolvió aceptar parcialmente la demanda, declarar la responsabilidad objetiva del Hospital General del IESS en Ambato y disponer a dicha institución pública proceda al pago de USD $ 80.000 por concepto de daño moral.

1.2.- El señor Marcelo Lautaro Yánez Torres presentó recurso de casación fundamentándose para el efecto en los casos 4 y 5 del artículo 268 del COGEP.

1.3.- Por su parte, el Director Provincial del IESS en Tungurahua interpuso recurso de casación fundándose en el caso 4 del artículo 268 del COGEP.

1.4.- El Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 02 de julio de 2019, admitió a trámite los dos recursos de casación interpuestos en la presente causa.

1.5.- Con auto de sustanciación de fecha 17 de enero de 2020 se convocó para el día jueves 05 de marzo de 2020, a las 10h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.6.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció el actor que también es recurrente, acompañado de su defensa técnica. Adicionalmente compareció a la audiencia la institución pública demandada, que también es la parte recurrente, por medio de sus abogados defensores debidamente acreditados, quienes expusieron su fundamentación en base a las causales admitidas a trámite. Luego de escuchar a las partes, esta Sala pronunció su resolución oral, la misma que fue adoptada por unanimidad y que consiste en aceptar el recurso de casación interpuesto por el señor Marcelo Lautaro Yánez Torres y aceptar el recurso de casación planteado por el IESS, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos expuestos a continuación.

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

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

2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si el fallo emitido el 30 de mayo de 2018 por el Tribunal de instancia dentro del juicio Nº 018803-2017-00297 adolece de los vicios de derecho acusados por los recurrentes, principalmente relacionados a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, de comprobarse dichos yerros, se emitirá la sentencia de mérito que corresponda.

2.3.- RESPECTO AL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR EL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS).- Con cargo al caso 4 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que en la sentencia recurrida existe falta de aplicación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba contenido en el inciso segundo del artículo 164 del COGEP, norma ésta que dispone que la prueba deberá ser apreciada en su conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica. El casacionista agrega que la violación al referido precepto condujo a la equivocada aplicación de la norma de derecho sustantivo contenida en el artículo 11.9 de la Constitución de la República, que en su parte pertinente establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución; y, en tal virtud, el Estado y toda persona que actúa en ejercicio de una potestad pública, están obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios. Al fundamentar el recurso por esta causal el casacionista hace referencia a la valoración que el Tribunal de instancia ha hecho a la declaración rendida por el perito en la audiencia de juicio, manifestando lo siguiente: "…*nos referimos a la apreciación y valoración que el tribunal ad quo ha realizado respecto a la declaración rendida por el perito Dr. Milton Daniel Altamirano Córdova*…". A continuación el recurrente transcribe la declaración efectuada por el perito, quien entre otros aspectos manifiesta: "*No puede usted cerrar a un paciente mientras no encuentre la causa, de la peritonitis de la colección que le encontró en el abdomen en la pelvis encuentran pus y heces fecales, de donde venía eso, no podía cerrar al paciente mientras no encontraba la perforación*…". Sobre el particular el recurrente manifiesta: "*Situación que ha sido excluida del análisis y valoración*

probatoria que realiza la sentencia, pues en relación a la declaración del perito, en el apartado 6.1 tan solo se aprecia una parte de lo que fue la declaración rendida por el Dr. Milton Daniel Altamirano Córdova (…) Con lo cual el tribunal ad quo llega a la errada conclusión de que existió deficiencia en la prestación de servicios de salud, pese a que el Dr. Milton Daniel Altamirano Córdova señaló de manera expresa que el galeno del IESS a cargo de la intervención quirúrgica del 04 de enero de 2017 'HIZO TODO LO POSIBLE', ratificando que las actuaciones médicas del IESS para el diagnóstico y tratamiento de la perforación del colon fueron oportunas y adecuadas de acuerdo a la lex artis médica".

Corresponde entonces al Tribunal de esta Sala Especializada verificar si en la sentencia recurrida están o no presente el yerro acusado por el IESS. Al respecto se constata que en el considerando 6.1 de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia manifiesta lo siguiente: "…*considerando el carácter opinable de las ciencias médicas, el tribunal acude a las pruebas admisibles legalmente solicitadas, practicadas e incorporadas en este juicio, a fin de establecer si conforme a la lex artis, existió un daño que no debió soportar el Sr. MARCELO LAUTARO YANEZ TORRES más allá del riesgo permitido propio de la naturaleza de las ciencias médicas y a dicho efecto se tiene, el informe médico pericial de cuya revisión este tribunal concuerda con la exposición hecha en la audiencia de juicio en el sentido de que la perforación del colon (que es un hecho no controvertido) es una posibilidad (evento) a la que está expuesta el paciente sin que esto sea trascendente a efectos de verificar la existencia del daño en el presente caso, ya que como se ha dicho existe esta posibilidad o riesgo permitido*…". Adviértase que el Tribunal de instancia acertadamente hace referencia a la importancia del peritaje médico en la presente causa, mas sin embargo en este considerando se limita a enunciar una parte diminuta de la exposición hecha por el perito doctor Milton Altamirano durante la audiencia de juicio, recogiendo únicamente una parte de la referida declaración y omitiendo valorar el resto de dicha declaración así como el Informe que por escrito presentó el mismo perito. Tampoco el Tribunal de instancia ha interrelacionado esa declaración con el resto del acervo probatorio, ni ha explicado los motivos por los cuales desecha determinados elementos probatorios; es decir, no ha valorado la prueba en su conjunto.

De lo anteriormente expuesto ha quedado evidenciado que la sentencia recurrida ha incurrido en el yerro previsto en el caso 4 del artículo 268 del COGEP toda vez que ha existido violación a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, por lo que se acepta el recurso interpuesto por el IESS.

2.4.- RESPECTO AL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR EL SEÑOR MARCELO LAUTARO YANEZ TORRES

2.4.1.- Con cargo al caso 5 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que en la sentencia recurrida existe falta de aplicación del artículo 11.9 de la Constitución de la República, norma ésta que regula la responsabilidad objetiva del Estado.

Es necesario recordar que el vicio de falta de aplicación implica un error de existencia y se presenta cuando el juzgador ha omitido aplicar la norma que necesariamente debía ser considerada para resolver el asunto controvertido. En el presente caso, el Tribunal de esta Sala Especializada verifica que en el considerando 6 de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia cita y transcribe el artículo 11 de la Constitución de la República, enunciando a continuación las demás normas jurídicas que guardan concordancia con la mencionada norma constitucional. Es en base a estas disposiciones que el Tribunal de instancia desarrolla toda su motivación posterior, y es por este motivo que en la parte resolutiva de la sentencia recurrida del Tribunal de instancia acepta parcialmente la demanda de responsabilidad objetiva planteada por el actor, para a continuación señalar textualmente lo siguiente: "*De conformidad con lo previsto en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL procederá a efectuar las investigaciones correspondientes a fin de determinar las responsabilidades y tomará las acciones dentro del término de Ley*". De esta manera queda evidenciado que, a diferencia de lo aseverado por el casacionista, en la sentencia recurrida efectivamente sí se consideró, analizó y aplicó el artículo 11.9 de la Constitución de la República, debiendo considerarse además que en la audiencia de fundamentación del recurso el casacionista no realizó ejercicio argumentativo alguno tendiente demostrar este vicio, por lo que se desecha el recurso por este extremo.

2.4.2.- Con cargo al caso 4 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que en la sentencia recurrida existe falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 11.4, 76.7.h), 169 de la

Constitución de la República, y en el artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Las normas que el casacionista considera infringidas por su falta de aplicación disponen lo siguiente: CONSTITUCIÓN.- *"**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: … 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales"; "**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: … h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra"; "**Art. 169.-** 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".*

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.- "***Art. 18**.- SISTEMA-MEDIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades*".

Debe precisarse que los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, de forma general, se remiten a la integralidad, ejercicio e indivisibilidad de la prueba, así como a la validez legal del medio probatorio, la oportunidad procesal para la práctica de la misma, así como los parámetros para determinar la eficacia probatoria de determinado elemento. Analizadas que han sido cada una de las normas constitucionales y legales citadas por el casacionista como infringidas, se determina que ninguna de ellas constituye preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que son los únicos que se pueden invocar al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP, ya que dichas normas se tratan más bien principios generales del derecho aplicables a todos los casos. En efecto, el recurrente se ha remitido a aquel principio que establece que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, o aquella norma que preceptúa el derecho a la defensa, o aquel principio que señala que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. La supuesta violación a estos principios generales del derecho no puede servir de fundamento para alegar yerros de derecho en la sentencia recurrida al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP, motivo por el cual se desecha el recurso por este extremo.

2.4.3.- Con cargo al caso 4 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que en la sentencia recurrida existe falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 161, 162, numerales 1 y 3 del artículo 163 y 164 inciso segundo del COGEP, lo que condujo a la falta de aplicación del inciso final del artículo 11 de la Constitución de la República.

Para fundamentar el recurso por esta causal el recurrente manifiesta: *"… hago notar que el Tribunal aísla indebidamente la totalidad de lo expuesto por el perito, porque se limita a considerar únicamente la situación de la perforación del colon-que el señor perito dijo que es algo que puede suceder en la práctica médica- y deja de apreciar que a raíz de esta lesión se produjo un daño a la salud. Por ello, como se ha dicho en la jurisprudencia invocada al inicio de este apartado, se está cercenando o disminuyendo el real contenido de la prueba pericial (…) De esta errónea interpretación, se sigue una petición o exigencia absurda en el plano probatorio, que está implícita en las ideas que se vierten en la sentencia, a saber, que se pruebe el valor de la disminución patrimonial que he sufrido por la perforación del colon y la afectación a la salud derivada de la deficiente atención médica. Jamás se puede probar un atentado contra la integridad física de la persona como si fuese un detrimento en sus cosas, simplemente porque una lesión en el colon o la afectación a la salud no son mesurables en el terreno monetario (…) En este sentido, el Tribunal deja de aplicar los artículos 161, 162 inciso primero del Código Orgánico General de Procesos. En efecto, si la prueba conduce a demostrar, de modo directo e inmediato, un daño indemnizable que no es de índole patrimonial, quien debe valorar el monto económico del perjuicio es el juez en basa a la sana crítica, pero no exigir que se pruebe como si fuese una cosa o algo patrimonial (…) Como consecuencia de la infracción a las normas de valoración de la prueba que he invocado, la sentencia que recurro ha dejado de aplicar, en todas sus consecuencias, el precepto final del artículo 11 de la Constitución de la República, que se refiere*

a la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la mala prestación del servicio público de salud, ya que se ha negado la reparación integral que demandé, concretamente, el menoscabo a la salud que sufrí como consecuencia de los actos y omisiones probados que ocurrieron en el Hospital General del IESS de Ambato". Más adelante en la fundamentación del recurso el casacionista se refiere a otro asunto, que es el referente a los gastos médicos, manifestando sobre el particular lo siguiente: "*En relación con el daño emergente por gastos médicos en que tuve que incurrir el lucro cesante derivados de la mala atención médica que estuvo demostrada, el Tribunal autor de la sentencia manifiesta que no actué debidamente la prueba respectiva (…) Como consta en el audio de la audiencia de juicio, en la parte A o primera del audio que acompaño en disco compacto, desde los tiempos que van desde 1h25m11s hasta 1h28m21s, mi defensa técnica procedió a identificar los documentos incorporados al expediente, mediante la enunciación de las fojas donde constan dichas piezas procesales, debidamente enunciadas en la demanda y en la audiencia preliminar, para determinar lo que con ello se prueba. Sucede que el Tribunal autor de la sentencia considera que esta manera no es la apropiada para practicar la prueba, sino que debía hacer una exhibición o lectura de cada instrumento (…) En el tiempo que va desde 1h30m27s hasta 1h30m44s de la parte A del audio de la audiencia de juicio, puede apreciarse que la parte demandada, una vez que tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción, no objeta dichos documentos, pues expresa que no tiene ´ninguna observación´ sobre ellos. En virtud de lo expuesto, al rechazar el valor probatorio de los documentos que demuestran los gastos médicos que tuve que realizar y el lucro cesante, se viola el número 1 del artículo 163 del Código Orgánico General de Procesos, porque hubo anuencia del demandado sobre su veracidad (…) Por otra parte, también se viola el número 3 del artículo 163 del Código Orgánico General de Procesos, porque si se ha demostrado que hubo un daño que no tuve obligación jurídica de soportar como consecuencia de la deficiente prestación del servicio público de salud, es evidente, de sentido común, que no podía trabajar ni producir ingresos como consecuencia de mi estado físico (…) De esta manera, también se violó el artículo 164 del mismo Código por dejar de apreciar en su conjunto la prueba fotográfica de mi dolencia y de mi incapacidad con la que demuestra el lucro cesante…"*.

A fin de determinar si los yerros acusados por el recurrente están o no presentes en el fallo recurrido, en lo que respecta al informe del perito y a la cuantificación del daño ocasionado por la perforación del recto, el Tribunal de esta Sala Especializada constata que en el considerando 7.1 de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia analiza el tema del daño emergente, y en el numeral 7.1.1 determina lo siguiente: "*Al respecto el tribunal verifica que sobre la perforación del colon existe prueba debidamente actuada, el informe médico pericial en el cual el Dr. Milton Altamirano arriba entre sus conclusiones que ´el paciente ingresó al Hospital del IESS de Ambato por un cuadro apendicular, que fue resuelto de manera óptima, luego se le ocasionó en emergencias de esta Casa de Salud, un perforación iatrogénica del recto al realizarle un enema evacuante, dicha perforación no se diagnosticó y trató oportunamente, y esta fue la causa del deterioro clínico que presentó el enfermo, por sepsis (infección) abdominal grave …´. Al ser un daño patrimonial considerada como tal por el actor en el numeral 3.1.1 (fs.154 vuelta) como parte del ´Daño emergente´, la cuantificación requiere ser probada lo cual es imputable al actor, y al ser el único medio de prueba admitido y actuado el informe pericial, no existe prueba que demuestre cuál ha sido la disminución patrimonial, ni la razonabilidad de la cuantificación del daño patrimonial en los términos que ascienden a $80.000 dólares conforme lo ha propuesto el actor en su demanda, por tanto el pago por esta indemnización no es procedente*". De lo antes transcrito se colige que el Tribunal de instancia, al analizar el tema del daño emergente, ha utilizado como único medio probatorio una parte del informe pericial del doctor Milton Altamirano, a sabiendas de que dicho informe es netamente técnico-médico y que por consiguiente no podía ni debía hacer valoración alguna del daño emergente. Por otro lado, el Tribunal de instancia ha exigido que sea el actor el que cuantifique y valore el monto que se debe pagar por la perforación del recto, sin considerar que la pérdida o lesión de un órgano humano no puede ser medido en términos económicos. Tampoco ha considerado el Tribunal de instancia que la perforación del recto es una hecho mencionado en la demanda y ha sido expresamente admitido por la parte demandada, por lo que estamos frente a un hecho que no necesitaba ser probado. Finalmente se debe señalar que el Tribunal de instancia ha omitido considerar y valorar el resto del acervo probatorio constante en el proceso tendiente a fijar el valor del daño emergente y/o del lucro cesante, por lo que en la sentencia recurrida no se ha analizado la prueba en su conjunto.

En lo que tiene que ver a los gastos médicos incurridos por el tratamiento médico al que se sometió el señor Marcelo Lautaro Yánez Torres, se verifica que en el considerando 7.2.1 de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia señala: "*… la prueba no solo debe ser anunciada y admitida bajo los parámetros de utilidad, conducencia y pertinencia, sino que la misma debe ser ACTUADA conforme a la ley…*". A continuación en la sentencia recurrida se cita los artículos 326, 164, 196 y 297 del COGEP para en base a ello determinar lo siguiente: "*En la especie, se tiene que la parte actora presentó pruebas documentales y periciales, siendo que respecto de la documental no ha dado cumplimiento al numeral 1 del artículo 196 del COGEP, es decir la defensa técnica se limitó a enunciar la prueba pero no a practicarla ni a leerla en la parte pertinente (a excepción de la prueba fotográfica debidamente exhibida, que no coadyuva en la cuantificación material patrimonial), asunto que no constituye una mera formalidad sino un verdadero requisito del debido proceso, siendo de destacar que tampoco se ha actuado prueba documental precisando cuál de todas ellas atribuyen ya bien a: gastos médicos, intereses, suspensión de la actividad laboral, disminución de la capacidad laboral …*". Adviértase que es el propio Tribunal de instancia el que ha reconocido expresamente que la prueba documental presentada por la parte actora fue debidamente anunciada en el escrito de demanda y en la audiencia preliminar, por lo que fue debidamente admitida, y además se reconoce expresamente que dicha prueba fue útil, conducente y pertinente, más sin embargo el mismo Tribunal, líneas más abajo, señala que el actor se ha limitado a enunciar la prueba pero no a practicarla ni a leerla en la parte pertinente, añadiendo que tampoco ha especificado a qué rubro pertenece cada uno de los documentos, motivo por el cual negó los daños patrimoniales reclamados por el accionante. Al respecto es necesario recordar que la violación a la valoración de la prueba se presenta cuando el juzgador ha supuesto prueba inexistente en los autos o ha ignorado la que sí existe en ellos, o cercenando o disminuyendo su real contenido; y, por ende, la conclusión de orden fáctico derivado del error es contraria a las realidades establecidas en las pruebas existentes. En el presente caso, el Tribunal de esta Sala Especializada de casación confirma el hecho de que se ha cercenado la prueba debidamente anunciada, solicitada, admitida e incorporada al proceso por parte del actor, sin que el mero formalismo de la lectura de la parte pertinente o la identificación de la foliatura de cada una de dichas pruebas sea justificativo suficiente para vulnerar el derecho a la defensa que le asiste al actor y el debido proceso. Por otro lado, es necesario recordar que en ejercicio de la potestad de control de legalidad asignada a la jurisdicción contencioso administrativo en los artículos 300 y 313 del COGEP, el Tribunal de instancia tenía plena atribución para examinar todo documento constante en el proceso y no esperar a que la parte procesal dé lectura al sin número de facturas que el actor intentó practicar a su favor en el momento procesal oportuno, pues actuar en sentido contrario implicaría violar los principios de verdad material y oficiosidad que rigen en el Derecho Administrativo.

De lo anteriormente expuesto ha quedado evidenciado que la sentencia recurrida ha incurrido en el yerro previsto en el caso 4 del artículo 268 del COGEP toda vez que ha existido violación a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba acusados por el recurrente, motivo por el cual se acepta el recurso por este extremo.

III.- SENTENCIA DE MÉRITO

Conforme lo determinado en los numerales 2.3 y 2.4.3 de la presente sentencia, el fallo recurrido ha incurrido en los yerros acusados por el IESS y por el señor Marcelo Lautaro Yánez Torres, toda vez que ha dejado de aplicar preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, con lo que indirectamente se violó la ley sustantiva de derecho que regula la responsabilidad objetiva del Estado; motivo por el cual el fallo recurrido debe ser casado. El numeral 2 del artículo 273 del COGEP dispone: "*Cuando la casación se fundamente en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casara la sentencia o auto recurrido y pronunciará lo que corresponda*". Con las reformas al COGEP publicadas en el suplemento del Registro Oficial 517 de 26 de junio de 2019 se insertó en el numeral 3 del citado artículo 273 del COGEP la siguiente disposición: "*Cuando se case la sentencia por el caso previsto en el número 4 del artículo 268 de esta Código, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia corregirá el error valorando correctamente la prueba que obre de autos*". En tal virtud, para dictar la correspondiente sentencia de mérito, el Tribunal de esta Sala Especializada considera:

3.1.- Para analizar doctrinariamente el tema que es la materia primigenia de esta causa (responsabilidad extracontractual u objetiva del Estado), es

necesario señalar que contrario a lo que sucede en el caso de la responsabilidad contractual, "*se habla o se está frente a un problema de responsabilidad extracontractual en el evento en que entre víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aún así exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia. El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes*" (Catalina Irisarri Boada, El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano; Pontificia Universidad Javeriana, Departamento de Derecho Público, Santa fe de Bogotá, 2000, página 20). Resulta también pertinente remitirnos a la sentencia No. 280-2009 de 10 de septiembre de 2009 emitida por la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio No. 121-2007, que al referirse a sus elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual señala lo siguiente: "a*) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente (…) en la persecución de los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual debe ceder ante ellos, la distribución de cargas públicas individuales está sometido a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, como se dijo, cuando el Estado o sus Institucionales, en el ejercicio de sus funciones, provocan un desequilibrio en la distribución de cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a reestablecer el balance afectado (…). b) Consecuencia del enunciado precedente es que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no puede ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones (…). c) … El comportamiento de un funcionario o empleado público es, a efectos del régimen de responsabilidad analizado, atribuible al Estado mismo (…). d) En principio, el daño indemnizable ha de ser cierto, actual o futuro, material o moral, como ha quedado expuesto por la teoría general de la responsabilidad. e) Definido el carácter de la responsabilidad extracontractual del Estado, como una responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los efectos de la actividad pública en las personas, bienes o el ambiente, es evidente que, demostrado el daño indemnizable, resta únicamente determinar la vinculación, en una relación causa-efecto, de la actividad pública de la que se trate con el referido daño. Se trata, pues, de atribuir los efectos dañosos a la realización de una actividad pública específica…*". En lo que respecta a las características esenciales del concepto de responsabilidad objetiva del Estado, deben señalarse las siguientes: a) que el daño o perjuicio constituya una lesión a un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial; debiendo verificarse la ausencia de causales de justificación que hagan que la víctima tenga que soportarlo; b) la existencia de un factor de atribución, siendo necesario considerar el riesgo que conlleva el servicio o actividad pública; c) la posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona estatal que la causó; d) el nexo causal o relación de causalidad.(Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia No. 25, septiembre octubre 2016.

3.2.- En cuanto a la normativa que regula la responsabilidad objetiva del Estado, el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República establece que 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 numeral 8 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que a los jueces que integran las salas de lo contencioso administrativo les corresponde conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios en el desempeño de sus cargos. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 04-2015 publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 513 de 02 de junio

de 2015, en su artículo 2 dispuso que la jurisdicción contencioso administrativa será competente para conocer las acciones por indemnización de daños y perjuicios siempre que dicha indemnización se derive de casos de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad estatal, o de sus empleados y funcionarios públicos.

3.3.- Corresponde entonces determinar si en el presente caso existe o no el deber de reparación por parte del Estado, y para el efecto el Tribunal de esta Sala Especializada verifica que consta como prueba en el proceso el informe pericial emitido por el doctor Milton Altamirano, que en la parte pertinente describe cronológicamente los hechos sucedidos, lo cual es corroborado con lo constante en la historia clínica emitida por el IESS y lo descrito en la historia clínica emitida por el Hospital Metropolitano, que en lo principal y de manera concordante señalan que el señor Marcelo Lautaro Yánez Torres ingresó a emergencias del Hospital General del IESS de Ambato el 24 de diciembre de 2016 con un cuadro de apendicitis aguda, por lo cual fue sometido a una intervención quirúrgica, obteniendo su alta el 25 de diciembre de 2016. En virtud de que las dolencias persistían, acudió nuevamente al referido Hospital el 30 de diciembre de 2016 con diagnóstico de estreñimiento, se prescribió enema evacuante. El 01 de enero de 2017 ingresó nuevamente a emergencia en mal estado, con fiebre, taquicardia, nausea y tenesmo vesical y rectal. El 02 de enero de 2017, a las 00:20, ingresa a Gastroenterología, y a las 10h24 re - ingresa a cirugía. El 03 de enero de 2017 se solicita tomografía de abdomen y pelvis, y la interpretación de la TAC ha sido hecha por el médico tratante, quien no encontró hallazgos relevantes. El 04 de enero de 2017 se le interviene quirúrgicamente por segunda ocasión, encontrando una gran colección de pus junto al recto y la vejiga, también el intestino delgado distal (ílenon terminal) en mal estado (descerosado) al formar parte del plastrón. Para comprobar una posible perforación a nivel del recto, introduce un colorante (azul de metileno) por el ano, sin encontrar fuga del mismo, descartando alguna perforación. El 07 de enero de 2017, a las 10h26 se solicita exámenes de laboratorio y una nueva TAC con triple contraste, y a las 21h50 por el dren sale líquido intestinal fecaloide, llegando a la conclusión con este hallazgo y la TAC realizada solo con contraste oral y no rectal, que se trataba de una perforación del recto. Se preguntó a los familiares cuál de las 2 opciones que se les presentaron era la escogían, decidiéndose los familiares por la nutrición parental total. El 09 de enero de 2017 se interconsulta con la Unidad de Cuidados Intensivos porque el paciente se encontraba en mal estado. El 10 de enero de 2017, a las 11h16, y ante las malas condiciones del paciente, se considera otra intervención quirúrgica; a las 12h05 de ese mismo día los familiares del paciente firman el alta voluntaria y a las 15h00 ingresa a emergencias del Hospital Metropolitano. El 11 de enero de 2017 es intervenido quirúrgicamente en el Hospital Metropolitano y el 24 de enero de 2017 sale con el alta en buenas condiciones.

Estos son los hechos ciertos, objetivos e incontrovertibles que han sido debidamente probados en el juicio y que fueron admitidos por las partes procesales, por lo que corresponde en este punto determinar si el procedimiento antes descrito ha producido un daño y/o perjuicio al señor Marcelo Lautaro Yánez Torres (patrimonial y/o extrapatrimonial) que no estaba en la obligación jurídica de soportar, si ese daño se ha producido por deficiencia en la prestación del servicio público de salud imputable al Hospital General del IESS en Ambato, para solo entonces determinar si existe o no el deber indemnizatorio por parte del Estado y poder pasar a cuantificarlo.

El informe pericial elaborado y suscrito por el médico especialista doctor Milton Altamirano ha sido debidamente solicitado, practicado e incorporado a este juicio, por lo que es pertinente valorarlo en base a las reglas de la sana crítica. En el numeral 5 del referido informe médico constan las correspondientes conclusiones a las que el perito llega después de haber analizado los hechos, y que para efecto de este análisis cabe poner énfasis en las siguientes: "*b.- Después del primer enema evacuante realizado emergencias del Hospital del IESS, el 30 de diciembre de 2016, a la (sic) 10:39 h, por estreñimiento, el paciente evoluciona mal, deteriorándose su estado de salud, por posible perforación del recto. Los enemas evacuantes son hechos con sondas semi-rígidas, como las rectales y nelaton, que tiene una longitud de 40cm, sin tomar en cuenta las curvaturas que hace el intestino, en especial en la unión recto sigmoidea, que está entre 12 y 14 cm del ano (anexo 3)*". Adviértase que en esta parte del informe el perito ha determino con claridad el lugar, la hora y el modo en que se ha producido el daño, especificando cuál fue la causa de la perforación del recto, y para ma-

yor ahondamiento, en el mismo informe pero en el literal j), el perito hace referencia a la intervención quirúrgica realizada en el Hospital Metropolitano señalando sobre el particular lo siguiente: "*En la primera cirugía del Hospital Metropolitano realizada el 11 de Enero a las 17;00 h, se encuentra una perforación de 1 cm, en la unión recto sigmoidea, que está aproximadamente entre 12 y 14 cm del ano (anexo 3). Es criterio del Dr. Luis Burbano y el mío, que la única y posible causa de esta perforación, es la sonda con que se hizo el enema evacuante y es la que produjo toda su patología séptica abdominal grave*". Continuando con el análisis del informe se tiene que el perito ha determinado cuáles fueron las omisiones del Hospital General del IESS frente a la mencionada perforación del recto, especificando lo siguiente: "*En la segunda cirugía realizada en el Hospital del IESS, el 4 de enero del 2017, a las 23:06 h, no se descubre la perforación del recto. e.- La tomografía solicitada el 7 de enero, a las 10:26 h, con triple contraste (oral, intravenoso y rectal), solo se realiza por vía oral e intravenoso (doble contraste), omitiendo el rectal, que era el indicado para diagnosticar la perforación a nivel del recto. f.- En la Historia Clínica del IESS, no se encuentra los informes de las placas radiográficas, ecos y tomografías solicitadas, que deben ser emitidos por un Radiólogo Especialista. Sería conveniente que estos reportes se realicen dentro de la Historia Clínica, en forma diligente, durante los 7 días de la semana. Además que se cumplan estrictamente los pedidos realizados*". A continuación el perito hace constar en su informe un hecho comprobado que llama la atención, y es el hecho de que los médicos hayan puesto en manos de los familiares del paciente una decisión que solamente podía ser adoptada por un médico especialista que comprenda el alcance de dicha decisión, al señalar lo siguiente: "*g.- El 7 de enero, a las 21:50 h ante la conclusión de que el paciente presenta una perforación del recto, el Cirujano tratante, conversa con los familiares y les da dos opciones terapéuticas posibles: colostomía vs nutrición parental total (NPT), decidiéndose por la opción más conservadora que es la NPT*". En el literal h) del informe el perito señala que el 10 de enero del 2017, a las 11h16, y debido a la mala evolución del paciente, "se considera" resolver la perforación rectal por vía quirúrgica; es decir, nunca el Hospital General del IESS tomo la decisión categórica y terminante de realizar una nueva intervención quirúrgica, sino que tan solo consideró la posibilidad de realizarla para solventar la perforación rectal. Finalmente el perito, de forma clara y categórica, concluye que hubo negligencia al determinar lo siguiente: "*Resumiendo el caso, el paciente ingresó al Hospital del IESS de Ambato por un cuadro apendicular, que fue resuelto de manera óptima, luego se le ocasionó en emergencias de esta Casa de Salud, una perforación iatrogénica del recto al realizarse un enema evacuante, dicha perforación no se diagnosticó y trató oportunamente, y esta fue la causa del deterioro clínico que presentó el enfermo, por sepsis (infección) abdominal grave*".

Corroborando lo aseverado por el perito, en la historia clínica del Hospital Metropolitano que consta agregada al proceso, se menciona lo siguiente: "…*Paciente a quien el 24 de diciembre del 2016 realizaron apendicentomía en el IESS de Ambato después de esta intervención se quejaba de náusea y dolor abdominal, el día 26 de diciembre le hicieron enemas rectales (dos) para evacuación de heces ya que presentó estreñimiento posterior a esto persistía el dolor abdominal acompañado de distensión abdominal y náusea el día 3 de enero razón por la cual le realizaron una laparotomía*…". También se menciona en la referida historia clínica del Hospital Metropolitano que el señor Marcelo Lautaro Yánez Torres fue intervenido quirúrgicamente el 11 de enero de 2017, encontrándose lo siguiente: "…*3.- perforación del colon de aproximadamente 1 cm de diámetro a nivel de la unión recto sigma. 4.- Absceso pélvico en fondo de saco recto vesical emplastronado con intestino delgado, colon y epiplón que contiene aproximadamente 100 cc de pus y heces fecales*".

Corresponde en este punto analizar la declaración hecha por el perito en la audiencia de juicio, cuya declaración se puede escuchar en el audio a partir de 1h34, el mismo que consta agregado al proceso. En la referida declaración el perito indica exactamente el sitio en que se produjo la perforación (1h40) así como el lugar físico en que se realizó la intervención que produjo dicha perforación (1h43). A continuación el perito hace un recuento cronológico de lo sucedido en el Hospital General del IESS en Ambato, poniendo énfasis en que el 30 de diciembre de 2016 se realizaron los enemas vacuantes y para el 01 de enero de 2017 el paciente ya estaba en malas condiciones, por lo que el 04 de enero de 2017 el paciente fue sometido a una nueva intervención en donde encontraron puz y heces fecales, realizaron la limpieza, no encontraron la perforación y han decidido cerrar, limitándose a poner 2 drenajes por donde continuaba saliendo puz y heces fecales. Más adelante (1h51) el perito describe la zonda que ha sido utilizada para realizar

los enemas vacuantes en la sala de emergencias del Hospital del IESS en Ambato, concluyendo que fue demasiada grande y rígida, lo que provocó la perforación del recto. Continúa el perito manifestando que el 07 de enero de 2017 se ha realizado una tomografía, la misma que debía ser hecha por tres vías, pero en el presente caso solo se ha hecho con doble contraste; y, es en ésta tomografía donde se ha detectado la perforación en el recto, ante lo cual los galenos han preguntado a los familiares del paciente a cuál de las 2 opciones que les presentaron se acogían, optando los parientes por la nutrición parental, lo que ocasionó un mayor deterioro en el paciente, pues afirma el perito que lo único que cabía en ese caso era ser tratado quirúrgicamente. Finalmente el perito menciona que el 10 de enero de 2017 el paciente estaba en muy mal estado, por lo que han decidido intervenir quirúrgicamente, pero en ese momento los familiares del paciente solicitaron el alta voluntaria. Es importante señalar que el perito de manera categórica afirma en la audiencia de juicio (2h02) que la perforación del recto no es el problema ya que eso puede suceder a cualquiera, y ha sucedido así hasta en los países desarrollados, agregando que "*el problema es que no se dieron cuenta, no le diagnosticaron la perforación, incluso en la segunda intervención no encontraron la perforación (…) incluso cuando ya diagnosticaron el 07 de enero, no hicieron el tratamiento que correspondía*". Sobre este tema, el perito menciona en su declaración (2h06) que "*debía cerrarse la perforación en menos de 8 horas, caso contrario la infección sigue y llega a la sepsis*". Al contestar las preguntas formuladas por la defensa técnica del accionante (2h08) respecto a la opción que han dado los galenos a los familiares del paciente para ver cuál es el tratamiento a seguir, el perito manifiesta que se debía operar y que si hubiera estado en su lugar, él hubiera operado y luego hubiera comunicado del particular a los familiares del paciente. En lo referente a la pregunta formulada referente al profesional que debía interpretar la tomografía, el perito señala: "*Debe interpretar el imaginólogo y emite un informe que debe constar en la historia. En este caso no hubo informe de ningún imaginólogo*". A continuación el perito respondió las preguntas hechas por el abogado del IESS, y respecto a la segunda intervención realizada al paciente (2h12) el perito manifestó: "*no debía cerrar, debía encontrar la causa de la puz y heces fecales*". Más adelante el abogado del IESS preguntó al perito si a su criterio el IESS hizo todo lo que estuvo a su alcance y si utilizó los medios adecuados, ante lo cual el perito responde que "*se debía encontrar la causa de la puz y las heces fecales*". También el abogado del IESS preguntó si la perforación del recto es un riesgo permitido, ante lo cual el perito respondió (2h14) que "*la perforación es una posibilidad",* y que puede suceder hasta en los mejores hospitales. Finalmente el perito manifestó (2h15) que en el Hospital General del IESS en Ambato seguían haciendo enemas al paciente a pesar de que había una perforación.

De lo expuesto se colige con meridiana claridad que en el presente caso se ha demostrado conforme a derecho las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que ocasionaron un daño al señor Marcelo Lautaro Yánez Torres, al haberse probado la causa directa de las lesiones y daños fisiológicos que afectaron y alteraron sus condiciones de vida, padecimiento éste que sin duda no estaba en la obligación jurídica de soportar. En efecto, en lo relacionado a la causalidad material, en la especie se ha demostrado que el deterioro de salud del señor Marcelo Lautaro Yánez Torres se produjo como consecuencia de la negligencia del Hospital General del IESS en Ambato al momento de diagnosticar y tratar la perforación del recto; es decir, el daño se produjo como consecuencia directa de las omisiones negligentes de la casa de salud y que causaron un dolor innecesario al perjudicado. En lo que respecta a la deficiencia en la prestación del servicio público de salud y a la imputación jurídica del daño, ha quedado demostrado que en la cirugía de 04 de enero de 2017 no se detectó la perforación del recto; que en la tomografía de 07 de enero de 2017 se debió haber hecho con triple contrataste, pero se hizo solamente con doble contraste, omitiendo el rectal que era el idóneo para diagnosticar la perforación del recto; que en la historia clínica del IESS no constan las radiografías, ecos y tomografías que fueron solicitados y que eran necesarios para la detección del mal; que la TAC no fue evaluada por el especialista que el caso ameritaba; que la perforación del recto requería ser tratada quirúrgicamente de manera inmediata, pero hubo una tardanza o demora injustificable en el diagnóstico de dicha perforación y hubo ausencia del tratamiento que esa afectación requería, incumpliendo de esta forma el artículo 362 de la Constitución de la República que establece que la atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales correspondientes bajo los principios de seguridad, calidad y calidez, lo que comprende los procedimientos de

diagnóstico y tratamiento necesarios para garantizar la salud e integridad física del paciente. En lo que tiene que ver con la imputación del daño a la persona estatal que la causó, es necesario señalar que las partes procesales han actuado prueba con la que se ha demostrado conforme a derecho que el señor Marcelo Lautaro Yánez Torres ingresó por segunda vez al Hospital General del IESS de Ambato el 01 de enero de 2017, luego de lo cual sufrió un importante deterioro de su salud, hasta el día 10 de enero de 2017 en que firmó su alta voluntaria; y en tal virtud, no es un hecho controvertido, porque así lo han aceptado las partes procesales, que en el transcurso del tiempo transcurrido entre las fechas antes referidas, el paciente fue atendido en el mencionado Hospital General del IESS de Ambato, que es el lugar en donde se suscitaron los hechos que generaron el daño.

Finalmente, es necesario aclarar que para el análisis del presente caso no se consideró la licitud o ilicitud de los actos o hechos de la administración de salud pública, sino que se analizó la injusticia e ilicitud de los efectos de las omisiones (negligencia) del Hospital General del IESS en Ambato que provocaron un sacrificio individual intolerable del señor Marcelo Lautaro Yánez Torres. Tampoco se analizó la intencionalidad o culpabilidad de los servidores médicos que intervinieron en este asunto, toda vez que el comportamiento de un servidor es, a efectos del régimen de responsabilidad analizado, atribuible al Estado mismo, pues en materia de deficiencias en la prestación del servicio público de salud, solamente se valora el daño objetivo ocasionado al paciente perjudicado. En efecto, en materia de responsabilidad objetiva estatal, no se requiere "*per se*" que la acción u omisión causante del daño sea ilegítima, o que en la misma intervenga el dolo o la culpa, distinguiéndose así de la responsabilidad civil de naturaleza subjetiva. En el caso, con absoluto sustento probatorio constan justificadas todas las deficiencias en la prestación del servicio público de salud por parte del Hospital General del IESS en Ambato, que finalmente ocasionaron el injusto padecimiento y el quebrantamiento de salud del señor Marcelo Lautaro Yánez Torrres, confluyendo así los presupuestos que determinan la existencia de la responsabilidad objetiva del Estado respecto a los daños causados, y que la víctima no estaba en la obligación jurídica de soportarlo, motivo por el cual el Estado debe reparar los perjuicios provocados.

3.4.- En el ámbito de responsabilidad objetiva del Estado se maneja un concepto de reparación integral de los daños, ya que se encuentra en este medio reparatorio una vía idónea, completa y sistémica que permite restablecer eficazmente el equilibrio alterado por el daño, se trata entonces de una forma de reparación especial derivada de la responsabilidad extracontractual del estado, figura del derecho constitucional y administrativo de características propias.

En el Diccionario de la Lengua Española, la palabra reparación significa: "*desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria*."; por otro lado, el calificativo de integral, según el mencionado diccionario, comprende "*todos los elementos o aspectos de algo*", de lo que se colige, sin lugar a dudas, que la reparación integral no comprende únicamente el clásico resarcimiento patrimonial de índole civil, cuantificable puramente en los detrimentos económicos, sino que por el contrario, abarca un concepto reparatorio amplio que permite una real satisfacción y compensación a la víctima.

A modo referencial, y para efectos de comprender el propósito de la reparación integral, el artículo 86 numeral 3 de la Constitución de la República, establece que la jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Así mismo, el numeral 5 del artículo 11 de la Carta Magna dispone que en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia; concordantemente el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial al referirse a las normas procesales establece que la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. En virtud de lo expuesto, el mecanismo de reparación integral es perfectamente aplicable legal y constitucionalmente al ámbito de responsabilidad objetiva del estado y, por tanto no resulta privativo del régimen constitucional, ni de la jurisdicción internacional a la que se recurre para el resarcimiento de las víctimas por violación de sus derechos humanos. Al respec-

to, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia ha determinado que la reparación integral es el principal objetivo del derecho de daños: "*Así las cosas, el principal objetivo del derecho de daños consiste en reparar integralmente la afectación padecida por la persona en su vida, integridad o bienes, razón por la que a la hora de valorar la misma es necesario establecer e identificar si es posible que opere la restitutio in integrum y, de ser factible, adoptar las medidas deprecadas en la demanda o que, dependiendo de caso concreto puedan ser decretadas de oficio por el juez- tendientes a que se restablezca el statu quo o estado de cosas anterior a su producción. Es decir, llevar a la víctima de un daño antijurídico a un estado como si no se hubiera producido, o en otros términos remover los efectos negativos que el mismo desencadena*". (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 14 abril de 2010). En esa línea, vale citar al autor Barros Bourie, en su obra, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, página 246, cuando manifiesta que: "*La reparación en naturaleza puede obtenerse en la forma de una prestación directa del demandado, que tiene por objeto restituir a la víctima a la situación anterior al daño, o una suma de dinero que permita al actor incurrir en los gastos necesarios para efectuar por sí mismo la restitución. En casos de daños a las cosas o de daños corporales, lo usual es que la restitución no resulte de una actividad restitutoria emprendida por el propio responsable, sino que asuma la forma de una indemnización en dinero, calculada de modo que permita a la víctima la curación de su daño corporal o la reparación o sustitución de la cosa dañada o destruida*".

Queda claro entonces que existen dos formas de reparación: a) la generada por los menoscabos materiales, entendida como daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante); y, b) la generada por la afectación inmaterial, que implica la compensación por el daño moral padecido. Cuando el daño es de carácter patrimonial la reparación por estos menoscabos se traduce en una indemnización pecuniariamente apreciable, mas sí el perjuicio trasciende a los bienes materiales del afectado, estamos frente a un daño de naturaleza invaluable, en que no existen parámetros definidos para establecer dichas reparaciones, y que en todo caso son fijados por el juzgador en base a la prudencia y la sana crítica.

3.5.- REPARACIÓN MATERIAL.- En lo que se refiere a la reparación material, en primer lugar se analizará el daño emergente y los factores de determinación del daño antijurídico.

3.5.1.- DAÑO EMERGENTE.- Consta en el proceso la documentación de alta voluntaria del Hospital General del IESS en Ambato así como la documentación referente al registro y admisión del señor Marcelo Lautaro Yánez Torres en el Hospital Metropolitano de Quito, su epicrisis, examen físico, así como la descripción de la intervención quirúrgica realizada (fojas 39 a 53). En el informe pericial que obra del proceso (fofas 54 a 59) el perito señala que el 11 de enero de 2017 el señor Marcelo Lautaro Yánez Torres fue intervenido quirúrgicamente en el Hospital Metropolitano de Quito, el 24 de enero fue dado de alta, el 19 de abril re ingresa al Hospital Metropolitano para la cirugía definitiva, el 20 de abril es intervenido para restituir el tránsito intestinal, el 27 de abril es dado de alta. Agrega el perito en su informe que "*Estimo que la recuperación de su estado nutricional y la normalización de su tránsito intestinal, llevará de 3 a 6 meses a partir de esta fecha…*" (23 de junio de 2017).

La parte actora ha anunciado en el escrito de demanda y en la audiencia preliminar prueba documental consistente en facturas y comprobantes de venta, prueba ésta que ha sido debidamente admitida y que evidencia que el actor ha experimentado una pérdida o disminución efectiva de su patrimonio, en razón de que las mencionadas facturas tienen relación directa con los daños y perjuicios reclamados y que han sido emitidas dentro del período de recuperación fijado en el informe pericial, configurándose así su derecho a reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios, por lo que es procedente que el Tribunal de esta Sala Especializada las analice y valore por ser útiles, conducentes y pertinentes para demostrar el daño emergente, como en efecto se hace a continuación:

FACTURAS EMITIDAS POR EL HOSPITAL METROPOLITANO

CONCEPTO	FECHA	FOJA	VALOR USD $
Honorarios	24 – I – 2017	93	981,77
Instrumental	30 – I – 2017	94	52,20
Servicios, medicamentos	24 – I -2017	95	15.987,25

Insumos	21 – III – 2017	98	15,48
Servicios, Medicamentos	27 – IV – 2017	101	11.435,48
		TOTAL	**28.472,18**

FACTURAS EMTIDAS POR PROFESIONALES DE LA SALUD

CONCEPTO	FECHA	FOJA	VALOR USD $
Atención médica	11 – I – 2017	90	6.000
Anestesie	11 – I – 2017	91	618,46
Atención médica	19 – I -2017	92	363,31
Aplicación anestesie	20 – IV – 2017	99	385,61
Atención médica	3 – V – 2017	102	3.500
Atención médica	6 – VI – 2017	112	1.000
Control médico	16 – VI – 2017	113	60
		TOTAL	**11.927,38**

FACTURAS EMITIDAS POR FARMACIAS

CONCEPTO	FECHA	FOJA	VALOR USD $
Suministros y provisiones	4 – II – 2017	96	100
Suministros y provisiones	21 – VI – 2017	96	33,10
Suministros y provisiones	2 – III -2017	97	5,04
Suministros y provisiones	25 – IV – 2017	100	12,61
Suministros y provisiones	8 – V – 2017	104	8,95
Suministros y provisiones	17 – V – 2017	106	30
Suministros y provisiones	23 – V – 2017	108	17,75
Suministros y provisiones	2 – VI - 2017	111	8,64
Suministros y provisiones	17 – VI-114	114	1,85
		TOTAL	**217,94**

FACTURAS EMITIDAS POR LABORATORIOS CLÍNICOS

CONCEPTO	FECHA	FOJA	VALOR USD $
Exámenes	17 – V – 2017	107	40
Exámenes	20 – VI – 2017	109	60
Exámenes	23 – VIII -2017	110	30
		TOTAL	**130**

OTROS

CONCEPTO	FECHA	FOJA	VALOR USD $
Transporte ambulancia	10 – V - 2017	105	640

GASTOS DE DEFENSA TÉCNICA

En el escrito de demanda (fojas 140 a 168), numeral 3.4, acápite 127, se ha fijado por gastos de defensa técnica la cantidad de USD $ 10.000, lo que incluye los honorarios profesionales, los costos de las pericias practicadas y la práctica de las pruebas. El escrito de demanda está suscrito por el actor y por los abogados que integran el equipo de su defensa técnica, lo que evidencia el acuerdo al que han llegado respecto a este rubro. El Tribunal de esta Sala Especializada considera que el referido monto es proporcional a la dificultad en la defensa de esta causa, al tiempo que ha tomado el patrocinio judicial (casi 3 años), a los rubros que incluye (honorarios profesionales y pago de peritajes), y verifica además que el acuerdo entre el actor y sus abogados patrocinadores se encuentra dentro de los parámetros establecidos en el artículo 42 de la Ley de Federación de Abogados en concordancia con lo previsto en el artículo 331.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que se determina que el reconocimiento de este rubro es procedente toda vez que el actor se vio obligado a litigar para reclamar sus derechos, y en consecuencia se trata de un gasto que no estaba en la obliga-

ción de soportar.
Por lo antes expuesto, la reparación que el IESS debe pagar por los menoscabos materiales sufridos por el señor Marcelo Lautaro Yánez Torres por concepto de daño emergente, está compuesto por los siguientes rubros:

DAÑO EMERGENTE

GASTOS DEMOSTRADOS	VALOR USD $
Hospital Metropolitano	28.472,18
Honorarios médicos	11.927,38
Farmacias	217,94
Laboratorios clínicos	130
Transporte ambulancia	640
Patrocinio judicial y peritajes	10.000
TOTAL	**51.387,5**

3.5.2.- Respecto a las 2 facturas constantes a foja 103 del proceso, la una emitida por consumo de gasolina, y la otra en la que no se puede identificar el concepto por el cual se ha emitido, se debe señalar que el actor no ha logrado demostrar la relación que estos gastos tienen con el daño emergente analizado, por lo que no se las considera.
Tampoco se valora a efectos de cuantificar el daño emergente, la venta del vehículo que ha efectuado una de las hijas del accionante, así como el préstamo que la mencionada hija ha realizado en una institución del sistema financiero, pues no se ha demostrado la relación que pueda existir entre esos actos mercantiles y el daño ocasionado por la institución pública demandada al señor Marcelo Lautaro Yánez Torres.
En lo que corresponde a la perforación del recto, y por el cual el actor reclama el valor del USD $ 80.000, es indispensable remitirnos a lo expuesto en la audiencia de juicio por el perito designado en esta causa, a fin de determinar si conforme a la *lex artis* existió un daño que debió o no debió soportar el accionante dentro del riesgo permitido en las ciencias médicas. Al respecto se verifica que en la mencionada audiencia de juicio el perito manifestó expresamente que la perforación del recto es una posibilidad (evento) a la que está expuesta el paciente; es decir, el propio perito ha determinado que la referida perforación del recto es un riesgo permitido, más aún si el mismo perito señaló de manera expresa que el galeno del IESS a cargo de la intervención quirúrgica del 04 de enero de 2017 "hizo todo lo posible". Para analizar la prueba en su conjunto, es necesario también remitirnos al Informe pericial constante en el oficio No. 009-MAC-PC de 23 de junio de 2017 (fojas 54 a 59 del proceso), que en lo relacionado a la perforación del recto, el perito concluye expresamente que: *"… dicha perforación no se diagnosticó a tiempo y trató oportunamente, y esta fue la causa del deterioro clínico que presentó el enfermo…"*. Confrontada que ha sido la declaración del perito en la audiencia de juicio con su Informe pericial, y haciendo un análisis debidamente contextualizado de los elementos probatorios, el Tribunal de esta Sala Especializada determina que la deficiencia en la prestación del servicio público de salud en el Hospital General del IESS en Ambato no consiste en la perforación del recto (porque según la *lex artis* es un riesgo permitido), sino el hecho cierto e incontrovertible de que dicha perforación no fue diagnosticada a tiempo ni fue tratada de manera oportuna, lo que ocasionó el deterioro en la salud del señor Marcelo Lautaro Yánez Torres. En tal virtud, la perforación del recto por sí sola no es un evento indemnizable en este caso específico, más sin embargo, la tardanza y desidia (negligencia) mostrada al momento de diagnosticar y tratar el mal que estaba poniendo en riesgo la vida del paciente, es el evento que debe ser indemnizado.
3.5.3.- LUCRO CESANTE.- En lo que respecta al lucro cesante se debe considerar que como consecuencia de las intervenciones quirúrgicas, curaciones y tratamiento a las que fue sometido el señor Marcelo Lautaro Yánez Torres, éste tuvo que estar hospitalizado por un tiempo, y guardar reposo por un largo período, lo que obviamente afectó su profesión de técnico automotriz toda vez que estaba imposibilitado de realizar fuerza física, lo que ocasionó que dejara de percibir los ingresos necesarios para su congrua supervivencia. Se ha probado en el proceso que el 01 de enero de 2017 el accionante ingresó al Hospital General del IESS en Ambato, y luego de haber sido trasladado, el 27 de abril de 2017 fue dado de alta del Hospital Metropolitano. Además, en el informe pericial constante en el proceso el perito ha determinado lo siguiente: "*Estimo que la recuperación de su estado nutricional y la normalización de su tránsito intestinal, llevará de 3 a 6 meses a parte de esta fecha…",* debiendo señalarse que el mencionado informe pericial fue emitido el 23 de junio de 2017. De lo anterior se colige que el accionante estuvo imposibilitado de trabajar desde enero hasta diciembre

de 2017 (12 meses). Se verifica que en el proceso consta la declaración del impuesto a la renta del año 2016 del señor Marcelo Lautaro Yánez Torres, de la que se desprende que su ingreso anual es de USD $ 5.173,26, por lo que su ingreso mensual a esa época es de USD $ 431,105. Si multiplicamos el valor que el accionante debió haber ganado mensualmente por el número de meses en los que estuvo imposibilitado de laborar, obtenemos el valor por lucro cesante, que es de USD $ 5.173,26.

3.6.- REPARACIÓN INMATERIAL.- En lo que respecta a la reparación inmaterial, la entrega de dinero cumple una finalidad compensatoria, en satisfacción del bien del que ha sido privada la víctima, por lo que debe considerarse los menoscabos morales sufridos, que en el caso sin lugar a dudas ocurrieron respecto al señor Marcelo Lautaro Yánez Torres por las secuelas negativas que en los diferentes ámbitos de su vida tuvo que soportar. Consta a fojas 75 a 88 del proceso el Informe Psicológico Pericial suscrito por la psicóloga clínica Zoraya Bohórquez Ruiz (acreditación No. 1035325), que concluye lo siguiente: "*El Sr. Marcelo Lautaro Yánez Torres presenta alteraciones psicológicas que afectan sus esferas afectivas y volitivas que limitan su capacidad de goce individual familiar, laboral, social y/o recreativa, lo que se conceptualiza como daño psíquico. Dichas alteraciones se evidencian en la ansiedad, sufrimiento y excesiva preocupación acerca de su salud física y de la situación económica por la que atraviesan él y su familia (…) de igual forma se videncia una afectación en la capacidad para tomar decisiones especialmente las relacionadas a temas de salud. Esta situación tanto física como mental ha limitado su capacidad para disfrutar de su familia, de las satisfacciones que le daba su trabajo y de la posibilidad de compartir con amigos y vecinos actividades cotidianas de esparcimiento. El daño psíquico es una consecuencia del deterioro de salud física del señor Marcelo Lautaro Yánez Torres…*". Una vez que se ha verificado el daño moral sufrido por el accionante y considerando las dificultades posteriores a su permanencia en el hospital hasta retomar la normalidad de su actividad laboral y profesional, el Tribunal de esta Sala Especializada ha determinado como prudente y justa la siguiente medida de reparación: Una compensación económica consistente en un monto equivalente a lo que ganaba el accionante mensualmente (USD $ 431,105) multiplicado por el número de meses en los que el accionante tuvo que padecer ansiedad y sufrimiento y que limitaron su capacidad para disfrutar de las satisfacciones que le daba su trabajo (12 meses), dando como resultado el valor a cancelar de USD $ 5.173,26.

3.7.- Conforme lo determinado en los numerales 3.5.1, 3.5.3 y 3.6 de esta sentencia, para determinar el *quatum* de la reparación se ha considerado los menoscabos materiales ocasionados por el daño producido (daño emergente y lucro cesante), así como la generada por la afectación inmaterial, que implica la compensación por el daño moral padecido, danto el total de SESENTA Y UN MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMPERICA CON DOS CENTAVOS (USD $ 61.734,02), de conformidad al siguiente detalle:

REPARACIÓN TOTAL

CONCEPTO	VALOR USD $
Daño emergente	51.387,5
Lucro cesante	5.173,26
Daño moral	5.173,26
TOTAL	**61.734,02**

IV.- 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**: **4.1.-** Acepta el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial del IESS de Tungurahua por los cargos formulados al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP. **4.2.-** Acepta parcialmente el recurso de casación planteado por el señor Marcelo Lautaro Yánez Torres exclusivamente por los vicios acusados al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP; y, en consecuencia, casa la sentencia expedida el 30 de mayo de 2018 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Ambato dentro del juicio Nº 018803-2017-00297. **4.3.-** De conformidad con lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 273 del COGEP se dicta la sentencia de mérito en los términos establecidos en el numeral III de la presente resolución. **4.4.-** Se acepta parcialmente la demanda interpuesta por el señor Marcelo Lautaro Yánez Torres declarándose la responsabilidad objetiva del Hospital General del IESS en Ambato por

deficiencias en la prestación del servicio público de salud y se lo condena al pago de la siguiente reparación integral: daño material: USD $ 56.560,76; daño inmaterial: USD $ 5.173,26, resultando una indemnización total de USD $ 61.734,02 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, monto éste que será pagado en el plazo de 15 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.- 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.- **Notifíquese y devuélvase.-**
f) Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango, JUEZ NACIONAL (E); Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo JUEZ NACIONAL.

VOTO SALVADO
Juicio No. 18803-2017-00297
Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
Quito, jueves 16 de julio del 2020, las 08h39.
VISTOS.- Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial **emito mi voto salvado concurrente**; toda vez mi desacuerdo es únicamente con que considero que en la parte final del punto 3.5.1 debería suprimirse el párrafo de: "*Gastos de defensa técnica. En el escrito de demanda (fojas 140 a 168), numeral 3.4, acápite 127, se ha fijado por gastos de defensa técnica la cantidad de USD. $ 10.000, lo que incluye los honorarios profesionales,… se trata de un gasto que no estaba en la obligación de soportar.*"; por lo que en el cuadro de daño emergente se suprime el rubro patrocinio judicial y peritajes - 10.000, y el total es de 41.387,5. Y que al final del punto 3.6 después de: "*dando como resultado el valor a cancelar de USD $ 5.173,26.",* se debería agregar el siguiente texto: "*al cual se le agregará también USD. 10.000 por las alteraciones psicológicas que han afectado sus esferas afectivas y volitivas, que sin duda han repercutido negativamente también en su vida familiar y social. Dando como resultado global por reparación inmaterial la suma de USD. 15.173,26", por lo que en el cuadro de reparación total el valor del daño emergente es de 41.387,5 y el de daño moral es de 15.173,26.* Por tanto, en el punto 4.4 de la parte resolutiva, se dirá: "*daño material: USD. $ 46.560,76; daño inmaterial: USD $ 15.173,26, resultando una indemnización total de USD. $ 61.734,02 dólares...*".
Notifíquese, devuélvase, publíquese.-
f) Dr. Iván Rodrígo Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango, JUEZ NACIONAL (E); Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo JUEZ NACIONAL.

III

Juicio Nro. *09802-2018-00512*
Resolución Nro. *659-2020*
Fecha: *9 de septiembre del 2020, las 13h48.*

TEMA: Caducidad para interponer una demanda en la jurisdicción contencioso administrativa

ASUNTO
El ciudadano César Eduardo Yépez Flores presenta una demanda contenciosa administrativa de excepciones a la coactiva aduciendo la prescripción de la acción de cobro por una glosa emitida en su contra, por sus actuaciones en su calidad de Secretario Nacional de Teleco

municaciones. La Contraloría General del Estado en la contestación del libelo de la demanda presenta como excepción preliminar la caducidad de acuerdo a lo establecido en el numeral 7 del artículo 153 y numeral 1 del artículo 306 del Código Orgánico General de Procesos, por cuanto el auto de pago dentro del procedimiento coactivo No. 1801-DRC, fue legalmente notificado el 5 de julio del 2013 y la demanda fue presentada el 13 de junio del 2018, habiendo transcurrido en exceso los noventa días para que el actor propusiera su acción subjetiva.

Radicada la competencia en el Tribunal No.2 de lo Contencioso Administrativo de la ciudad de Guayaquil, el objeto de la controversia consiste en determinar si en el presente caso se configura la excepción preliminar de caducidad del derecho del actor para proponer la demanda.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, señala que de conformidad con la Disposición Transitoria Segunda del Código Orgánica General de Procesos, en armonía con lo preceptuado en el artículo 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, los procesos coactivos seguidos por parte de la Contraloría General del Estado, se deben sustanciar de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en el Código Tributario.

En tal contexto el Tribunal puntualiza, que el artículo 214 del Código Tributario señala: "Las excepciones se presentarán ante el ejecutor, dentro de veinte días, contados desde el día hábil siguiente al de notificación del auto de pago (…)". De los recaudos procesales el Tribunal evidencia que el coactivado fue notificado el 5 de julio del 2013, por lo que desde esa fecha, hasta la presentación de la demanda, 13 de junio del 2018, transcurrieron más de 20 días, con lo cual operó la caducidad del accionante para presentar la demanda de excepciones a la coactiva.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09802-2018-00512

Juez Ponente: Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango

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

Quito, miércoles 9 de septiembre del 2020, las 13h48.

VISTOS:

1. AVOCO: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012, y fue ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 del 15 de noviembre de 2019. **b)** Los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados como Conjueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018, y fueron ratificados el 15 de noviembre de 2019. Adicionalmente, con oficios Nos. 2280-SG-CNJ-ROG y 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se los designó Jueces Nacionales encargados en remplazo del doctor Pablo Tinajero Delgado y de la abogada Cynthia Guerrero Mosquera, respectivamente. **c)** El 02 de marzo de 2020 se sorteó el presente proceso, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo integrado por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo, Patricio Secaira Durango (ponente) e Iván Larco Ortuño.

2.- ANTECEDENTES

2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Ad-

ministrativo con sede en el cantón Guayaquil, en sentencia dictada el 25 de febrero de 2019, dentro del juicio No. **09802-2018-00512**, deducido por el ciudadano **CÉSAR EDUARDO YÉPEZ FLORES** en contra del **CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO,** en audiencia preliminar, ha decidido aceptar la excepción previa de CADUCIDAD, opuesta por la entidad demandada, inadmitiendo la demanda propuesta por el actor.

2.2.- El ciudadano accionante ha interpuesto recurso de casación en contra de la antes citada sentencia, fundamentándose para el efecto en los casos 3 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el cual ha sido calificado por el juzgador de instancia.

2.3.- En auto de 20 de septiembre de 2019, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha admitido a trámite el mencionado recurso de casación, por las causales tercera y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

2.4.- La audiencia de sustentación del recurso de casación, prevista en el artículo 272 del COGEP; se la realizó el martes 18 de agosto de 2020 a la hora fijada, a la que compareció el recurrente a través de video conferencia, quien, por medio de su defensa técnica expuso su fundamentación en base a las causales que han sido admitidas a trámite. También compareció a la audiencia la entidad demandada CGE, representada por su defensa técnica, quienes actuaron como delegados del Contralor General del Estado, expresando la improcedencia del recurso interpuesto. Luego de escuchar a las partes, el Tribunal de esta Sala Especializada pronunció la resolución oral por unanimidad, aceptando el recurso interpuesto y casando la sentencia recurrida; por lo que, corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos expuestos a continuación.

3.- CONSIDERACIONES GENERALES:

3.1. Competencia: La Sala especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP):

3.2 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, sin que por ello exista causal de nulidad alguna, por lo que se declara la validez del proceso.

3.2.-Delimitación del problema jurídico a resolver: El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia materia del recurso de casación incurre en los vicios de legalidad denunciados por el recurrente contenidos en el artículo 268 del COGEP, numerales: 3 al haberse concedido más de lo pedido y, 5 por aplicación indebida del precedente jurisprudencial obligatorio No. 13-2015; y, de comprobarse la existencia los yerros dictar la sentencia que corresponda.

4.- ANÁLISIS Y PRONUNCIAMIENTOS SOBRE LAS CAUSALES ADMITIDAS: Las causales que han sido admitidas, según se ha indicado, están contenidas en los numerales 3 y 5 del artículo 268 del COGEP; sobre las cuales esta Sala Especializada aprecia:

4.1 SOBRE LA CAUSAL TERCERA: La causal tercera, contiene como causal para que opere la casación los yerros que operan: "Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia".

4.1.1 Alcance del vicio acusado: El alegado caso tercero contiene yerros *in procedendo*, propios del vicio de incongruencia entre lo requerido por las partes y lo que ha sido resuelto por el juzgador de instancia en la sentencia recurrida; en efecto se trata de la violación del principio lógico de congruencia de los fallos judiciales. La causal, como enseña la doctrina y lo han recogido innúmeros fallos expedidos por las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia y, ahora, por la Corte Nacional de Justicia (Gaceta Judicial Serie XVI, No. 4, año XCV, pág 895 y 896, Gaceta Judicial Año CXIII. Serie XVIII, No. 11. Página 3985); ha señalado que el requisito de congruencia de un fallo judicial, se subsume en los principios jurídicos de: "*sentencia debet ese conformis libelo ne eat judex, ultra, extra o citra petita partium y tantum litigatum quantum judicatum, judex judicare debet secundum alligata et probata*", lo que significa que la sentencia debe guardar conformidad con los aspectos sobre los cuales se trabó la Litis; es decir, sobre las pretensiones de la parte actora que obran de su demanda y, sobre las oposiciones a ella que están contenidas en las excepciones que haya formulado la parte demandada en su contestación; frente al pronunciamiento que haya emitido el juzgador de

instancia, que obra de la parte dispositiva de la sentencia materia del recurso. La presencia del vicio acusado debe estar presente en aquellos modos de infracción que la misma causal trae y que se contienen en los errores de: (i) *plus o ultra petita*, cuando el Juez concede más allá de lo pedido; (ii) *extra petita*, cuando en el fallo se concede algo diferente a los requerido por las partes; y, (iii) *citra petita*, vicio que se presenta cuando el juzgador en la sentencia atacada omite resolver alguna de las pretensiones evidenciadas en la demanda y/o su contestación.

4.1.2 Sustento del recurso interpuesto: El recurrente, en su escrito de casación, relativo a esta causal refiere pronunciamientos que obran de sentencias emitidas por la Sala de lo Civil de la Corte Nacional, antes Suprema, de Justicia, recurriendo a los artículos 168 de la CRE, 19 y 140 del COFJ y 5 del COGEP, relacionados con el principio dispositivo que obliga a los juzgadores someterse al límite que las partes han fijado en la contienda judicial; señalando que la congruencia es la consecuencia de ese principio procesal; y que, en el caso de la sentencia que reprocha "se produce cuando vulnerando el principio de congruencia, otorgó algo distinto a lo pedido (extra petita) al momento de aceptar la excepción previa planteada por la parte accionada".

Afirma que, la Contraloría General del Estado planteó como excepción previa la caducidad conforme el numeral 7 del artículo 153 del COGEP aduciendo que existe caducidad de acuerdo al Artículo 306.1 del COGEP ya que, desde la notificación del auto de pago del proceso coactivo No. 01801-DRC el 5 de julio de 2013, hasta el 13 de junio de 2013 en que se presenta la demanda, han transcurrido con exceso los 90 días, caducando el derecho para interponer la demanda; que en la grabación de la audiencia preliminar, la CGE se ratificó en esa excepción; en tanto que la defensa del actor, se opuso a la misma en razón de que la acción de excepciones a la coactiva, establecida en el artículo 316 del COGEP, es una acción especial conforme el 322.1 del mismo Código, no es por tanto una acción subjetiva, por lo que en el caso era inaplicable el artículo 306.1, sino que debía aplicarse el numeral 7 del mismo artículo el cual no determina tiempo para presentar esta clase de demandas, que pueden presentarse en cualquier momento, siempre que no se haya cumplido la obligación, cuya extinción total, por prescripción se plantea en la causa. Que el Tribunal de instancia en lugar de resolver si se aceptaba o no la excepción de caducidad conforme en el 306.1 del COGEP, concedieron la caducidad interpretando el numeral 7 de ese mismo artículo, lo cual no ha sido planteado por la demandada, violando el principio de congruencia.

Que, en la sentencia se establece que no existe expresa disposición que regule la presentación de demandas de excepciones a la coactiva, por lo que aplicando el artículo 306.7 del COGEP; y, en ese contexto, se recurre al artículo 214 del Código Tributario que establece que las excepciones pueden presentarse ante el ejecutor, dentro de 20 días contados desde el día hábil siguiente al de la notificación del auto de pago.

Es decir, se dio la razón a la parte actora en cuanto a la aplicación del artículo 306,7 del COGEP, por lo que procedía se rechace la excepción previa de caducidad, pero yerra el Tribunal al aceptar esa excepción. Que, de haberse rechazado la excepción, el proceso hubiese continuado en sus etapas siguientes; y que, al aceptarse la excepción se le dejó en indefensión, ya que no tuvo oportunidad de pronunciarse por la inaplicabilidad de una norma del Código Tributario, ara un asunto no tributario, violándose el principio dispositivo y el de contradicción, infringiéndose los artículos 5, 19 y 140 del COFJ y su derecho a la defensa, previsto en el artículo 76.7.l) de la CRE.

4.1.3 Sobre la sentencia, en relación al vicio: La sentencia recurrida pertinentemente expresa que la audiencia preliminar se efectuó el 22 de enero de 2019, relativa al juicio de excepciones a la coactiva propuesto por César Eduardo Yépez Flores en contra de la Contraloría General del Estado; audiencia en que, por unanimidad se aceptó la excepción previa de caducidad opuesta por la demandada. Establece como antecedente que el juicio de excepciones a la coactiva se lo planteó por la causal de prescripción de la acción de cobro. Menciona que la CGE el 25 de mayo del 2000, determinó en contra del actor la glosa No. 4511, por $3´400.612,00 notificada el 6 de junio del 2000, sobre la cual hizo los descargos. Que, mediante la Resolución No.4679 DIRES del 15 de marzo del 2002, se confirma la glosa No. 4511 por $3´400.612,00 en los mismos términos. "Que el artículo 332 de la LOAFYC disponía que en todos los casos en que las decisiones del Contralor General del Estado eran susceptibles de impugnación de acuerdo con la ley, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la respectiva demanda debía ser presentada dentro de los treinta días hábiles

contados a partir de la notificación de la decisión que se impugna; por lo tanto, la Glosa No. 4511 emitida el 15 de marzo del 2002, ha quedado ejecutoriada después de 30 días hábiles, es decir el 30 de abril del 2002. Que del contenido de la Resolución No.6405 del 5 de junio del 2003, suscrita por el Ing. René Cordero Jaramillo, Subcontralor General del Estado, Encargado, se puede establecer que los señores Carlos Alberto Manzur, Luis Antonio Arroyo y Galo Fabián Calderón Ron, han solicitado recurso de revisión de la Resolución 4679 del 15 de marzo del 2002, mediante la cual les han impuesto las glosas solidarias Nos.4512, 4509, y 4510, respectivamente. Que mediante el Item I de la parte resolutiva de la Resolución No. 6405 se confirma la glosa emitida en su contra, cuando ésta ya estaba ejecutoriada por cuanto el accionante no ha presentado el recurso de revisión, como así consta en esta misma resolución, lo cual demuestra fehacientemente su afirmación de que la glosa No. 4511 ha quedado ejecutoriada el 30 de abril del 2002. Que de conformidad con lo que disponía el derogado artículo 355 de la LOAFYC, aplicable al presente caso, así como también con lo que actualmente dispone el artículo 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la obligación en su contra nacida de la glosa No. 4511 emitida por la Contraloría General del Estado, ejecutoriada el 30 de abril de 2002, prescribió el 30 de abril del 2012. Que con fecha 31 de julio del 2012, el Dr. Diego Abad León, Director de Patrocinio, Recaudación y Coactivas de la Contraloría General del Estado, ha emitido el título de crédito No. 1801 por un valor de $3´400.612,00, donde se señala textualmente como "Concepto y antecedente por el cual se emite: Resoluciones 4679 DIRES y 6405 de 15 de marzo de 2002 y 5 de junio de 2003, respectivamente, esta última que confirma la responsabilidad civil establecida mediante Glosa No. 4511 de 25 de mayo de 2000". Que esta afirmación es errada por cuanto la glosa establecida en su contra ha quedado ejecutoriada el 30 de abril del 2002 y por lo tanto ya había prescrito esta obligación al momento de emitirse el Título de Crédito No. 1801. LA PRETENSIÓN CLARA Y P-RECISA QUE EL ACTOR EXIGE EN SU DEMANDA ES LA DECLARATORIA DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO que la Contraloría General del Estado viene ejerciendo y que se originan en la Glosa No. 4511 de fecha 25 de mayo del 2000; así como que se suspenda inmediatamente el correspondiente procedimiento administrativo de ejecución en su contra y se declare la nulidad del título de crédito No. 1801 de fecha 31 de julio de 2012; y, se declare la nulidad del auto de pago por US$10´525.154,83 de fecha 27 de mayo del 2013, emitido por el Dr. Diego Abad León, Director de Patrocinio, Recaudación y Coactivas de la Contraloría General del Estado dentro del procedimiento coactivo No. 1801". Que, la Directora Regional 1 de la Contraloría General del Estado, contesta la demanda, manifestando que ha "realizado el informe del examen especial practicado a las operaciones administrativas y financieras de la Secretaría Nacional y al Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, por el período comprendido entre el 1 de enero de 1996 y el 30 de septiembre de 1997, producto del cual se han predeterminado glosas por US 3´400.612,00 en contra del Ing. César Eduardo Yépez Flores, Secretario Nacional de Telecomunicaciones, por cuanto no ha contado con la información actualizada referente al flujo de recursos de las operaciones de telefonía celular en el Ecuador OTECEL Y CONECEL y sin el sustento técnico económico correspondiente, previo a la presentación al directorio del CONATEL del informe sobre el cobro anticipado de los valores adeudados por las referidas operadoras, recomendando una tasa de descuento del 21,25%; tampoco ha dado cumplimiento a la disposición emitida en sesión llevada a cabo el 16 de octubre de 1996, por el directorio de CONATEL, en el sentido de que previo a la aprobación de este informe, presente la demostración de que el cobro anticipado beneficia al Estado ecuatoriano y el sustento técnico económico para la aplicación del citado porcentaje, conforme al acta de sesión 026-CONATEL-96; al contrario, ha presentado un segundo informe recomendando la aplicación de la tasa de descuento superior por 21,75% con un flujo de recursos actualizado, mediante aplicación simple de un porcentaje de descuento que no se encuentra respaldado por un estudio técnico económico necesario en una negociación de esta naturaleza, a base del cual se suscribió los contratos de pago con las operadoras, ocasionando perjuicio económico a la entidad en el valor motivo de la glosa. Que la glosa antes detallada se confirmó mediante Resolución 4679 del 15 de marzo de 2002, disponiendo además en dicho acto administrativo que se emitan el respectivo título de crédito por el valor de USD 3´400.612,00 en contra del señor César Yépez Flores. Que se ha presentado recurso de revisión, el

cual ha sido resuelto mediante Resolución 6405 de 15 de junio del 2003, mediante el cual se confirma la responsabilidad solidaria de los administrados, y se ha dispuesto entre otras cosas, lo siguiente: "REMITIR copia certificada de la presente Resolución a la Dirección de Coactivas de la Contraloría General del Estado, a fin de que se sirva disponer la emisión de los siguientes títulos de crédito solidarios: (…) Por US $3´400, 612,, en contra del señor César Eduardo Yépez Flores. Por US $7.114,80, en contra de los señores César Eduardo Yépez Flores y Carlos Alberto Manzur Pérez..."; acto administrativo que ha sido debidamente notificado al demandante el 28 de febrero de 2004. Que luego de emitido este acto administrativo la Resolución ha sido impugnada por uno de los administrados y luego de sustanciado el proceso judicial ante el Tribunal de lo Contencioso en Guayaquil mediante juicio signado con el No. 250-03-2, y declarado el abandono de la causa, la Dirección de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, remite a la Dirección a la Dirección de Patrocinio, Recaudación y Coactivas de esta entidad de control, el memo 600 de 5 de julio de 2012 en el cual se dispone la emisión de títulos de crédito en contra del señor César Eduardo Yépez Flores por cuanto la Resolución 4679 se encuentra ejecutoriada, por cuanto el Tribunal declaró el abandono de la causa. Que con este antecedente se ha emitido el título de crédito No. 1801-DRC el 18 de septiembre del 2012, notificado en legal y debida forma el 3 de octubre de 2012. Que cumplido con el paso legal mencionado y al no haberse satisfecho la obligación antes descrita, la Contraloría General del Estado ha emitido el auto de pago 1801-DRC por USD 10´.525.154,83 en contra del señor Yépez Flores César Eduardo, el 27 de mayo de 2013, disponiendo que el recurrente pague o dimita bienes dentro del término de tres días, debidamente citado al coactivado en legal y debida forma, mediante boletas entregadas el 1, 3 y 5 de julio del 2013. FORMULA LA SIGUIENTE EXCEPCIÓN PREVIA: a) Caducidad, de acuerdo a lo establecido en el numeral 7 del artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos. Que el auto de pago dentro del procedimiento coactivo No. 1801-DRC, ha sido legalmente notificado el 5 de julio del 2013 y la demanda ha sido presentada el 13 de junio del 2018, por lo que existe caducidad para proponer la demanda, tal como lo establece el artículo 306 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos: "…En los casos que se interponga una acción subjetiva o de plena jurisdicción, el término para proponer la demanda será de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notificó el acto impugnado…". Que por lo expuesto, desde la notificación del auto de pago del proceso coactivo No. 1801-DRC el 5 de julio del 2013, hasta la fecha en la que el recurrente propone la demanda, esto es, 13 de junio de 2018, han transcurrido en exceso más de 90 días, por lo que ha caducado el derecho del actor para proponer su libelo de demanda".

Sostiene la sentencia que: "El Art. 307 del COGEP establece: "En el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen la prescripción del derecho de ejercer la acción, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda.".- 6.3.- En la especie, el precedente jurisprudencial de aplicación obligatoria se encuentra en la Resolución N° 13-2015 emitida el 30 de septiembre de 2015 por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que en su parte pertinente expresa lo siguiente: "(…) RESUELVE Artículo 1.- Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe expedido por el Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; en consecuencia, dado que la caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera ipso jure, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso; declara la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho, en el siguiente sentido: a) Los jueces de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, mediante auto definitivo inadmitirán a trámite la demanda, cuando verifiquen que se produjo la caducidad del ejercicio del derecho para presentar la demanda en la vía contencioso administrativa. Este auto es susceptible de recurso de casación; b) Operada la caducidad a petición de parte o de oficio, mediante auto o sentencia, al juzgador de instancia o casación le está vedado entrar a considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito; y, c) La

clase de recurso que se propone se determina únicamente por la pretensión que mueve al accionante para promover la acción: si ésta es la de defender directamente un derecho subjetivo violado o ejecutar el silencio administrativo, el recurso necesariamente será de carácter subjetivo, y corresponde al Tribunal así señalarlo, sin considerar la calificación que al mismo haya dado el proponente. (…)" 6.4.- El artículo 316 del Código Orgánico General de Procesos: "Excepciones a la coactiva", prevé: Al procedimiento coactivo solo se podrán oponer las siguientes excepciones: …. 2. Extinción total o parcial de la obligación sea por solución o pago, compensación, confusión, remisión o prescripción de la acción de cobro. En ese contexto se evidencia que dado la naturaleza jurídica de la acción coactiva, que se trata en definitiva de un procedimiento administrativo en fase de ejecución, la oposición que respecto de ella se realice en la vía judicial debe ejercitarse a través de los mecanismos legales establecidos por la ley para tal efecto, esto es, a través de excepciones a la coactiva, e impugnaciones a través de recursos respecto de actos procesales puntuales que se expiden en el proceso coactivo, que para ilustración invocamos al ser contenidos en el artículo 217, numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial que preceptúa: "Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: (…) 10. Conocer los juicios de excepciones a la **coactiva en materia no tributaria**, (….). Calificada como lo está la impugnación deducida de excepciones a la coactiva, para revisar la oportunidad de presentación de la demanda, así como, de los requisitos previstos en la ley para su admisibilidad al trámite, corresponde puntualizar lo siguiente: la Disposición Transitoria Segunda del Código Orgánica General de Procesos, prevé: "Los procedimientos coactivos y de expropiación seguirán sustanciándose de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico Tributario, según el caso, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso previstas en la Constitución de la República. Las normas antes aludidas se seguirán aplicando en lo que no contravenga las previstas en este Código, una vez que éste entre en vigencia y hasta que se expida la ley que regule la materia administrativa." La precitada Disposición Transitoria Segunda del Código Orgánica General de Procesos, corresponde armonizarla con el artículo 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, por tanto, se puntualiza que el trámite en el que se sustancian los procesos coactivos por parte de la Contraloría General del Estado es el Código Tributario. Siendo así se precisa que el artículo 302 COGEP señala que se considera la supletoriedad de las leyes de cada materia. En ese contexto se precisa que en las normas comunes de los procedimientos contencioso administrativos y normas específicas de los procedimientos contencioso administrativos, no existe expresa disposición que regule la oportunidad de excepciones a la coactiva, por lo que siendo así, es aplicable el artículo 306, numeral 7 del Código Orgánico General de Procesos que prevé: "Oportunidad para presentar la demanda. Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente: (…).7. Las demás acciones que sean de competencia de las o los juzgadores, el término o plazo será el determinado en la ley de acuerdo con la naturaleza de la pretensión". En tal contexto se puntualiza, que el artículo 214 del código Tributario señala "Las excepciones se presentarán ante el ejecutor, dentro de veinte días, contados desde el día hábil siguiente al de notificación del auto de pago (…). El coactivado fue notificado el 5 de julio del 2013, por lo que desde esa fecha., hasta la fecha de presentación de la demanda, 13 de junio del 2018, se encuentra que está fuera de los 20 días para presentar la demanda de excepciones a la coactiva. Cabe señalar que este pronunciamiento del tribunal en lo que respecta a normativa aplicable y oportunidad de presentación de la demanda de excepciones a la coactiva fue desarrollado en la causa 09802-2017-00651 ratificado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 1173-2017, por lo que se declara la caducidad de la demanda de excepciones a la coactiva formuladas por el accionante. Por lo expuesto, este Tribunal, sin que sean necesarias consideraciones adicionales, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta la excepción previa no subsanable de caducidad de la acción interpuesta por la Contraloría General del Estado, inadmite la demanda propuesta por el señor César Eduardo Yépez Flores; y dispone su archivo".

4.1.4 Pronunciamiento de la Sala: Se reitera que el recurrente, al formular su impugnación en contra de la sentencia dictada en el proceso de instancia, estima que se encuentra viciada de ilegalidad

porque en ella se ha producido el yerro de extra petita, el cual ocurre cuando en el fallo, el juzgador, ha concedido algo diferente a lo que ha sido requerido por las partes, en su demanda o contestaciones a ella, lo cual se refleja de esos recaudos procesales y, de la parte resolutiva del fallo atacado.

Para determinar la existencia del vicio, la Sala aprecia que, el actor en su demanda sostiene que dentro del examen especial practicado por la Contraloría General del Estado (CGE), a las operaciones administrativas y financieras ejecutadas por el CONATEL y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, entre ellas al proceso de negociación, determinación y suscripción del convenio de pago anticipado entre esa Secretaría y las operadoras Otecel y Conecel sobre valores futuros de derechos de concesión, se le había establecido la glosa 4511, junto con otras personas, a la cual dio las respuestas pertinentes. Que, sin embargo, se expide la Resolución 4679 DIRES del 15 de marzo de 2002, por la que se confirma la glosa; procedimientos que estaban sometidos a la LOAFYC (Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, (con vigencia hasta el 12 de junio de 2002). Que la glosa se habría ejecutoriado el 30 de abril de 2002. Que los demás glosados como responsables solidarios habían propuesto recurso de revisión en contra de tal resolución, la cual ha merecido que se emita la resolución 6405 de 5 de junio de 2003, en la que claramente se establece que César Eduardo Yépez Flores no ha comparecido a ese recurso, sin embargo, se confirma la glosa. Que no impugnó administrativa ni judicialmente la responsabilidad civil ni la resolución sobre un recurso que no presentó.

Que, el 31 de julio de 2012 se ha emitido el título de crédito No. 1801, en el cual se señala "Concepto y antecedente por el cual se emite: resoluciones 4679 DIRES y 6405 de 15 de marzo de 2002 y 5 de junio de 2003, respectivamente, esta última que confirma la responsabilidad civil establecida mediante Glosa No. 4511 de 25 de mayo de 2000". Título emitido cuando había prescrito conforme las disposiciones de la LOAFYC (Art, 355) y de la Ley Orgánica de la CGE (art, 73), que cita.

Título de crédito que sirve de base para que se inicie el juicio coactivo en el cual se ha emitido el auto de pago respectivo.

Que, a fojas 59 del proceso de instancia consta el escrito por el cual el accionante completa y amplía su demanda; en la cual de manera textual dice: "la pretensión clara que se exige es la declaratoria de prescripción de la acción de cobro que la Contraloría General del Estado viene ejerciendo, de forma indebida, en mi contra, a través sus diferentes Direcciones, y que se originan en la Glosa No. 4511 de fecha 25 de mayo del 2000". Pide que, de igual manera, se suspenda el procedimiento administrativo de ejecución y que se declare la nulidad del título de crédito 1801 de 31 de julio de 2012.

Asimismo, en escrito del actor, presentado el 26 de junio de 2018, en cumplimiento de la providencia de 25 de junio de 2018, afirma que "Mi pretensión clara y precisa que exijo es que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, mediante sentencia declare **la extinción total de la obligación originada en la glosa 4511 de fecha 25 de mayo de 2000 determinada por la Contraloría General del Estado, por prescripción de la acción de cobro(…).**

De la propia sentencia se extrae que la CGE formuló la excepción previa de: "a) Caducidad, de acuerdo a lo establecido en el numeral 7 del artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos. Que el auto de pago dentro del procedimiento coactivo No. 1801-DRC, ha sido legalmente notificado el 5 de julio del 2013 y la demanda ha sido presentada el 13 de junio del 2018, por lo que existe caducidad para proponer la demanda, tal como lo establece el artículo 306 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos: "…En los casos que se interponga una acción subjetiva o de plena jurisdicción, el término para proponer la demanda será de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notificó el acto impugnado…". Que por lo expuesto, desde la notificación del auto de pago del proceso coactivo No. 1801-DRC el 5 de julio del 2013, hasta la fecha en la que el recurrente propone la demanda, esto es, 13 de junio de 2018, han transcurrido en exceso más de 90 días, por lo que ha caducado el derecho del actor para proponer su libelo de demanda". Debiendo establecerse que no es necesario referirse a las demás excepciones propuestas por la CGE, en razón de que esta excepción previa es la que ha sido aceptada por el Tribunal de instancia en la sentencia materia del recurso de casación, expedida oralmente en la audiencia preliminar y por escrito el 25 de febrero de 2019.

La sentencia recurrida en su parte dispositiva: "acepta la excepción previa no subsanable de caducidad de la acción interpuesta por la Contraloría General del Estado, inadmite la demanda propuesta por el señor César Eduardo Yépez Flores;

y dispone su archivo"; sobre la base de considerar aquellos aspectos que han sido transcritos en el considerando 4.1.3 de esta sentencia; que resumidamente refieren que: **(i)** al caso le son aplicables el Art. 307 del COGEP que hace relación al derecho al ejercicio de la acción, la Resolución N° 13-2015 emitida el 30 de septiembre de 2015 por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que hace relación a la caducidad de la acción; el art. 306 del COGEP que dice relación a las excepciones que pueden plantearse en contra del procedimiento coactivo; **(ii)** que la acción coactiva es un procedimiento de ejecución y que la oposición que a esa se realice debe usar los mecanismos legales, esto es a través de las excepciones a la coactiva; estableciendo que el artículo 217 del Código Orgánico General de Procesos, numeral 10, fijan la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo para conocer los juicios de excepciones a la coactiva "en materia no tributaria"; **(iii)** califica a la acción deducida como un proceso de excepciones a la coactiva, correspondiendo precisar la oportunidad en la presentación de la demanda y otros requisitos legales; **(iv)** Que la disposición transitoria segunda del COGEP establece que los "procedimientos coactivos", "seguirán sustanciándose de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico Tributario, según el caso, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso previstas en la Constitución de la República. Las normas antes aludidas se seguirán aplicando en lo que no contravenga las previstas en este Código, una vez que éste entre en vigencia y hasta que se expida la ley que regule la materia administrativa"; la cual guarda relación con el artículo 57 de la Ley Orgánica de la CGE, que establece que el trámite de los juicios coactivos que se tramitan en la CGE es el previsto en el Código Tributario, que es normativa supletoria al COGEP; (v) Que no existe disposición que regule expresamente la oportunidad de las excepciones a la coactiva, por lo que es aplicable el numeral 7 del art. 306 del COGEP que establece que: "7. Las demás acciones que sean de competencia de las o los juzgadores, el término o plazo será el determinado en la ley de acuerdo con la naturaleza de la pretensión"; por lo que es aplicable el artículo 214 del Código Tributario que ordena: "Las excepciones se presentarán ante el ejecutor, dentro de veinte días, contados desde el día hábil siguiente al de notificación del auto de pago (…). El coactivado fue notificado el 5 de julio del 2013, por lo que desde esa fecha., hasta la fecha de presentación de la demanda, 13 de junio del 2018, se encuentra que está fuera de los 20 días para presentar la demanda de excepciones a la coactiva".

De lo expuesto, se colige que la demanda tuvo como pretensión sustancial la declaratoria de prescripción de la acción de cobro que la Contraloría General del Estado viene ejerciendo en contra del accionante; en tanto que la excepción previa de caducidad opuesta por la entidad demanda hace relación a que la acción se trata de un proceso subjetivo o de plena jurisdicción, la cual tiene 90 días como término para la interposición de la demanda, que se cuentan a partir del día siguiente en que se haya producido la notificación del acto administrativo impugnado, excepción que se la sustenta con arreglo al artículo 153.7 y 306.1 del COGEP; por lo que si el auto de pago dictado en el proceso coactivo. No. 1801-DRC ha sido notificado el 5 de julio de 2013 y la demanda se la ha presentado el 13 de junio de 2018, se lo ha hecho cuando el derecho a demandar había caducado.

No obstante, como se ha señalado, la sentencia declara la caducidad en la presentación de la demanda de excepciones a la coactiva, por habérsela formulado fuera del tiempo fijado en el artículo 214 del Código Tributario; lo cual evidentemente vicia la sentencia por el yerro de extra petita, al haberse expedido la sentencia sobre un aspecto sobre el que la litis no se había trabado; en razón además de que la demanda refirió la existencia de prescripción de un crédito fiscal; en tanto que la contestación a la demanda hace referencia a un proceso judicial de plena jurisdicción o subjetivo; y la sentencia se pronuncia respecto de un juicio de excepciones a la coactiva que no fue precisamente el propuesto ni el contestado. Razones que permiten colegir la procedencia del recurso de casación por este extremo; lo cual determina la necesidad de que se expida sentencia de mérito conforme dispone el artículo 273 numeral 3 del COGEP.

4.2 SOBRE LA CAUSAL QUINTA: Comprende la existencia, como yerros de casación: "Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto".

4.2.1 Alcance del vicio acusado:

La causal se refiere a errores o vicios *in judicando*, esto es, cuando el juez de instancia elige mal la nor-

ma, utiliza una norma impertinente o cuando se atribuye a la disposición de derecho un significado equivocado, (Gaceta Judicial S XVI No. 2, páginas 340 y 356); *"(…) se anota que dicha causal contiene el vicio de violación de la ley sustantiva, que puede configurarse como su inaplicación, su indebida aplicación o su errónea interpretación. La doctrina señala que la violación de la ley se presenta cuando "el juez ignora la existencia o se resiste a reconocer la existencia de la norma jurídica en vigor, o considera como norma jurídica una que ya no está o que no ha estado nunca vigente (Calamandrei), o cuando incurre en un error en la interpretación o en la elección de la norma, aplicando a los hechos una distinta de la que corresponde. La violación puede ser, entonces, atinente a la ley como norma jurídica de carácter abstracto en cuanto a su existencia o contenido, o bien puede referirse al juicio individual relativo al caso concreto, por aplicación incorrecta del precepto a los hechos establecidos. En el primer caso, se trata de una errónea inteligencia de la ley, en el segundo, de una errónea apreciación jurídica del caso resuelto" (Fernando de la Rúa, El Recurso de Casación, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1968, P. 103). Registro Oficial No. 27 de 29 de febrero de 2000.*

4.2.2 Sustento del recurso interpuesto: Sostiene el recurrente que la sentencia materia del recurso de casación interpuesto, usó indebidamente el precedente jurisprudencial obligatorio constante en Resolución No. 13-2015 de 30 de septiembre de 2015, aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; el cual solo es aplicable al momento en que los Tribunales Distritales deben calificar la demanda y no como en el caso, en que se la aplica en la audiencia preliminar; cuando el momento procesal oportuno había sido superado por el propio Tribunal, al haberse admitido la demanda al procedimiento ordinario, infringiéndose el artículo 307 del COGEP, vulnerándose su derecho contemplado en el artículo 129.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, vulnerándose por ello su derecho al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica contemplados en los artículos 75 y 82 de la CRE.

4.2.3 Sobre la sentencia, en relación al vicio: El pronunciamiento que, en la sentencia atacada formula el Tribunal de instancia en torno al aspecto en estudio, consta referido en el punto 6.3 de ese fallo, transcrito en el considerando 4.1.3 de la presente sentencia.

4.2.4 Pronunciamiento de la Sala: En los considerandos precedentes ha quedado establecida la procedencia de la causal tercera del artículo 268 del COGEP, invocada por el casacionista; lo cual en realidad sería suficiente para que no quepa pronunciamiento sobre la denuncia relativa a la causal quinta, en la que se acusa de indebida aplicación del precedente jurisprudencial contenido en la Resolución No. 13-2015 de 30 de septiembre de 2015, aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; no obstante, es indispensable señalar en cuanto a esta interpelación, que dicha resolución hace relación a la caducidad del derecho a la acción, caducidad que en sede administrativa puede ocurrir cuando el administrado no ha formulado los recursos o reclamaciones dentro del tiempo legal que se ha establecido para el efecto; y, opera asimismo cuando la administración no ha generado su actividad o emitido su decisión con la oportunidad debida, caso en el cual precluye el derecho a hacerlo; es decir, transcurrido tales tiempos, los administrados o la administración pierden el derecho y la competencia, respectivamente, para ejercer las prerrogativas procesales fijadas en la Ley. En materia jurisdiccional ordinaria, el derecho a presentar la demanda debe ser ejercido por los legitimarios activos, dentro de los tiempos legales; así como los legitimarios pasivos, pueden presentar sus contestaciones junto con sus excepciones e incluso la reconvención de ser el caso, solo en los tiempos determinados previamente por el ordenamiento legal. Los efectos por la omisión o extemporaneidad en la presentación de la demanda, hace que caduque, que se extinga por preclusión el derecho a demandar o a contestar la demanda.

De ahí que, en el caso, resulta evidente que tal resolución se dirige para el caso en que el juzgador, al tiempo de calificar la demanda, puede establecer que aquella ha sido presentada extemporáneamente, lo cual obviamente se desprende de los documentos que han sido adjuntados a la misma demanda. Es en ese caso que debe inadmitirse a trámite la demanda, ya que el juzgador no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto. En el caso, es claro que se admitió a trámite la demanda y que, la excepción previa de caducidad decía relación a aspectos distintos a los que fueron considerados para declarar la caducidad; debiendo asimismo señalar que la mencionada resolución en realidad, es aplicable para los casos contencioso administrativos que se han tramitado sujetos a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya que esa resolución fue emitida con anterioridad a la entrada en vigencia del COGEP; cuerpo jurídico

que contiene normas claras respecto a esta materia. Lo dicho evidencia que, en el caso, efectivamente, se ha justificado la existencia del vicio acusado en el recurso materia del análisis de procedencia de fondo.

5.- SENTENCIA DE MÉRITO.

Es indispensable, para efectos de situar el proceso judicial determinar que la pretensión de la parte actora es que, mediante procedimiento ordinario, en sentencia, se declare la prescripción de la acción de cobro que la Contraloría General del Estado viene ejerciendo en contra del accionante; y, como se ha dejado presente anteriormente, la excepción previa de caducidad opuesta por la entidad demanda hace relación a que la acción se trata de un proceso subjetivo o de plena jurisdicción, la cual tiene 90 días como término para la interposición de la demanda, que se cuentan a partir del día siguiente en que se haya producido la notificación del acto administrativo impugnado, excepción que se la sustenta con arreglo al artículo 153.7 y 306.1 del COGEP; por lo que, si el auto de pago dictado en el proceso coactivo. No. 1801-DRC ha sido notificado el 5 de julio de 2013 y la demanda se la ha presentado el 13 de junio de 2018, se lo ha hecho cuando el derecho a demandar había caducado.

Es indispensable en este punto establecer que la acción subjetiva o de plena jurisdicción es un medio por el cual (Art. 326.1 COGEP), se reclama el amparo de un derecho subjetivo del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido por la Administración, o por hechos o actos administrativos productores de efectos jurídicos directos; caso en el cual el tiempo para la presentación de la demanda es de 90 días, conforme lo establece el numeral 1 del artículo 306 del COGEP; el cual sirve, como puede observarse para viabilizar el derecho de impugnación prevenido en el artículo 173 de la CRE, a fin de que judicialmente se restablezca, restituya o reconozcan tales derechos subjetivos. Acciones reguladas anteriormente por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y ahora por el COGEP.

El juicio de excepciones a la coactiva en cambio, está ahora regulado por los artículos 315, 316 y 317 del COGEP; normas que determinan que esta clase de procesos se los tramita en procedimiento ordinario, y se los presenta ante el Tribunal Distrital competente, quien debe disponer la citación al funcionario ejecutor para que suspenda el procedimiento, convocándole a la audiencia pertinente; fija taxativamente las únicas excepciones a la coactiva sobre las que se puede formular la demanda, entre otros aspectos.

El Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial establece con precisión las competencias atribuidas a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo; las que se refieren, de manera general, a todas las controversias de naturaleza administrativa NO TRIBUTARIA; entre las que se encuentran (numeral 4) las resoluciones de CGE que establezcan responsabilidades; (numeral 5) "Conocer de **las acciones de prescripción de créditos fiscales no tributarios** que propongan contra la administración nacional, regional, municipal o de las demás personas jurídicas que integran el sector público"; (numeral 10)"Conocer los juicios de **excepciones a la coactiva en materia no tributaria**…" (resaltado es de la Sala).

El proceso judicial de instancia, sin duda no se inscribe dentro de los definidos como acciones subjetivas o de plena jurisdicción, como se ha dejado establecido; pues no se trata de una impugnación judicial en contra del título de crédito emitido por la CGE, el cual de considerarse la acción dentro de este género de proceso, llevaría a la conclusión de que, si potencialmente fuere verdadera la prescripción que alega el actor y, si la acción subjetiva ha sido presentada fuera de tiempo, esa extemporaneidad (caducidad), restituiría absurdamente, rigor legal a la obligación ejecutiva, dejando sin efecto la prescripción y dando nueva vida a la obligación desaparecida por falta de ejercicio en el tiempo debido. Por consecuencia, es evidente que el caso no se inscribe dentro de la excepción de caducidad, propuesta por la CGE.

El proceso de excepciones a la coactiva, ciertamente es diferente al procedimiento de ejecución coactiva; el primero está regulado ahora por el COGEP y anteriormente, por el artículo 941 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pero en el caso de la competencia de la CGE para ejercer su competencia de ejecución coactiva, es aplicable el artículo 57 de la Ley Orgánica de la CGE y, de ser el caso, el artículo 261 del Código Orgánico Administrativo. Estas disposiciones normativas establecen que, para el caso de la ejecución coactiva, la cual se inicia con el auto de pago, se aplican las disposiciones del Código Tributario; es decir que, siendo que las decisiones de la CGE, que establecen responsabilidades civiles, no son asuntos de orden tributario, solo el procedimiento coactivo se lo tramita por esa vía específica, pero limitada.

En el mismo contexto, los procesos de excepciones

a la coactiva, estuvieron de manera general, regulados para toda la administración pública, por los artículos 968 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; excepto para el caso de aquellas acciones que se propusieren contra la CGE, para lo cual le eran aplicables los artículos innumerados introducidos a continuación del artículo 58 de la Ley de la jurisdicción Contencioso Administrativa, por el DS-611, publicado en Registro Oficial 857 de 31 de julio de 1975; y, en la actualidad por las normas de los artículos 315 y siguientes del COGEP como ya se ha dejado establecido. Sin que el proceso sobre el que se ha trabado la Litis se inscriba dentro de un juicio de excepciones a la coactiva, al que tampoco le es aplicable disposición alguna del Código Tributario, por existir normativa expresa que regula competencia y procedimientos en ese sentido. En efecto, ese Código es aplicable para el trámite de los procedimientos de coactiva únicamente, sin que sus normas puedan ser aplicadas para los juicios de excepciones a la coactiva que atacan a dichas ejecuciones; como se ha establecido, las excepciones a la coactiva no tributaria, son procesos judiciales, encargados a la competencia de los Tribunales distritales de lo contencioso administrativo, antes con un procedimiento fijado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y ahora, en el COGEP, en los relacionado a sus temporalidades, formalidades, causas y tramitación; sin que se pueda "extender", impropiamente, normas que no le son propias, pues ello constituiría una afectación al derecho de defensa y a la seguridad jurídica.

La demanda planteada es, de modo claro e incontrovertible, un proceso de prescripción de crédito fiscal derivado de una responsabilidad civil que fuera establecida por la CGE en contra del accionante, proceso que no se inscribe como una acción subjetiva o de plena jurisdicción, ni es tampoco un juicio de excepciones a la coactiva, al que tampoco se le pueden aplicar normas del Código Tributario; ya que se trata de una acción autónoma distinta ciertamente, a las indicadas.

Estos procesos, aunque no muy habituales, son de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, conforme así lo determinan, el numeral 5 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual, al no tener un trámite especial para su sustanciación debe ventilarse en procedimiento ordinario, conforme dispone el artículo 289 del COGEP y están regulados ahora por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y antes, por la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, a una de las que habrá que recurrir para determinar si se ha producido o no la prescripción del crédito fiscal denunciado por el accionante, según cuándo haya empezado a decurrir el plazo fijado legalmente para ese efecto.

Es pertinente por ello tener presente que, el artículo 326 del COGEP, establece que al procedimiento contencioso administrativo le corresponden las acciones impugnatorias, subjetiva, objetiva y de lesividad; así como las especiales fijadas en el numeral 4 de ese artículo, entre ellas: "e) Las demás que señale la Ley", que se tramitan en procedimiento ordinario, conforme también el artículo 327 del mismo Código; acciones que obviamente dicen relación a las de competencia de los Tribunales en cita, prefijada en el artículo 217 del COFJ, en cuyo numeral 5, de modo expreso se establece que le está atribuido: "Conocer de **las acciones de prescripción de créditos fiscales no tributarios** que propongan contra la administración nacional, regional, municipal o de las demás personas jurídicas que integran el sector público".

Las acciones judiciales de competencia de esos Tribunales, como se ha dejado determinado están fijadas en el artículo 306 del COGEP y, puntualmente, en su numeral 7 que ordena: "Las demás acciones que sean de competencia de las o los juzgadores, el término a plazo será determinado en la ley de acuerdo con la naturaleza de la pretensión"; y, como la pretensión de la demanda se refiere de manera clara e indiscutible a un reclamo de prescripción de crédito fiscal no tributario, el cual no tiene un plazo específico fijado por la Ley, por la propia naturaleza de la pretensión; ya que de haberse producido la prescripción, esta se refiere a la obligación intrínseca y no a la de la acción; la prescripción refiere al derecho sustantivo, a obligaciones o derechos.

La prescripción extintiva de la acción se trata de un problema de orden procesal a la que se le conoce como caducidad por falta del ejercicio de la acción o de la competencia por el transcurso del tiempo. La prescripción de la obligación determina que existiendo ésta, deja de tener ejecutividad; es por ello que el transcurso del tiempo la elimina, la extingue o la transforma, obligación que por no haber sido ejecutada ya no puede ser exigida. Así, en materia civil, si el derecho de dominio que una persona tiene sobre un inmueble, se ha visto afectado por otra persona que está en posesión pacífi-

ca, tranquila e ininterrumpida de ese bien por más de quince años; pasado ese tiempo puede reclamar la prescripción adquisitiva de ese dominio, la cual opera en su favor, por cuanto el dominio que sobre ese bien tenía el propietario del inmueble feneció, se eliminó por prescripción extintiva de ese dominio. Lo propio pasa con una deuda cuyo pago no ha sido exigido dentro del tiempo que franquea la ley, ésta en unos casos se extingue por la prescripción y en otros, se transforma de obligación ejecutiva a obligación natural, según lo determine la Ley. Es por ello que, habiéndose producido las circunstancias de hecho y cumplidas las previsiones legales, quien haya perdido por prescripción un derecho no puede readquirirlo por caducidad ya que, esa pérdida significa que otro adquirió el derecho de estimar extinguida la obligación, o, de ser el caso, si uno pierde el dominio de un bien por prescripción de su derecho, siempre hay otro que lo adquiere por lo mismo. En efecto, en cualquiera de los casos estos son derechos personales, subjetivos que dicen relación a derechos y obligaciones que, en el caso de la prescripción del crédito fiscal debe establecerse su procedencia en función de los mecanismos y las disposiciones legales propias del caso específico.

Por consecuencia de lo anterior, es claro que en el caso, es impertinente la excepción previa de caducidad deducida por la parte demandada.

6.- DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se acepta el recurso de casación interpuesto por la parte actora del juicio de instancia; consecuentemente, se **CASA** la sentencia expedida el 25 de febrero de 2019, las 08h12 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas; por consiguiente, rechazándose la excepción previa de caducidad opuesta por la Contraloría General del Estado, se dispone que, por previo el sorteo correspondiente, otros jueces, convoquen a una nueva audiencia preliminar a fin de que continúe de manera inmediata la sustanciación de la causa. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango, JUEZ NACIONAL (E) PONENTE; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL; Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL (E).

IV

Juicio Nro. *17811-2017-01188*
Resolución Nro. *697-2020*
Fecha**:** *9 de septiembre del 2020, las 16h24*

TEMA: Ilegalidad del acto administrativo

ASUNTO

El ciudadano Franklin Alcides Ponce Montoya demanda la ilegalidad del acto administrativo por vulneración de las garantías del debido proceso en el sumario administrativo seguido en su contra, mismo que conllevó a que el Pleno del Consejo de la Judicatura resuelva su destitución al considerar que con sus acciones y omisiones dentro de la causa penal signada con el No. 17296-2017-00060 – incurrió en la causal de negligencia manifiesta de conformidad con lo establecido en el artículo 107 numeral 9 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En relación al objeto de la controversia, al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del Distrito Metropolitano de Quito le corresponde efec

tuar el control a la actividad administrativa en relación con el recurso subjeti vo o de plena jurisdicción propuesto para su conocimiento y determinar si el acto administrativo dictado en efecto vulneró algún derecho subjetivo del administrado.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal analiza en primer término la observancia a la normativa referente al procedimiento administrativo que corresponde al sumario disciplinario instaurado en contra del doctor Franklin Alcides Ponce Montoya, dentro del sumario iniciado de oficio por el presunto cometimiento de las infracciones disciplinarias tipificadas en el numeral 8 del artículo 108 y en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, que devienen de su accionar y omisiones producidas dentro de la causa No. 17296-2017-00060, especialmente al momento de pronunciarse respecto de la petición de prisión preventiva formulada por parte de la Fiscalía.

En lo que referente con el procedimiento, el Tribunal expresa que se puede apreciar que se ha observado el procedimiento establecido en el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura en especial lo dispuesto en los artículos 33 y siguientes del cuerpo normativo mencionado, pudiendo el sumariado ejercer su derecho a la defensa, observándose el debido proceso. Respecto de la tipificación de la infracción y la respectiva sanción, el Ad quem determina la subsunción de los elementos fácticos a los presupuestos legales y que sí existió una correcta valoración probatoria de la infracción imputada. Finalmente el Tribunal concluye su resolución expresando que la destitución de Franklin Alcides Ponce Montoya, se la impuso por una omisión manifiestamente negligente al no aplicar la normativa que le impedía la sustitución de la prisión preventiva; y, por no haber motivado su decisión, tomando en consideración las circunstancias constitutivas como son la naturaleza de la falta, el grado de participación del servidor y en especial los resultados dañosos que hubieren producido la acción u omisión conforme lo dispuesto en el artículo 110 del Código Orgánico de la Función Judicial, y de acuerdo a la tipificación establecida el numeral 8 del artículo 108 y numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, por tanto, el acto administrativo no es ilegal.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2017-01188

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, jueves 17 de septiembre del 2020, las 16h24.

VISTOS: En virtud de que: **A)** El juez nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019. **B)** El conjuez nacional Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza al ex-juez nacional Dr. Pablo Tinajero Delgado ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **C)** El conjuez nacional Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de

la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza a la ex-jueza nacional Ab. Cynthia Guerrero Mosquera ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **D)** Mediante escrito de 22 de enero de 2020 el Juez Secaira presentó su excusa para conocer el proceso conforme el artículo 22 numeral 8 del COGEP. Mediante autos de 22 de enero de 2020 el Juez Ojeda no aceptó la excusa presentada, mientras que el Juez Larco sí lo hizo. Al no haber mayoría se llamó al Conjuez Javier Cordero López, quien mediante auto de 24 de enero de 2020 decidió negar también la excusa del Juez Secaira; por lo que el Juez Secaira continúo con el conocimiento de la presente causa. **E)** Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa por los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP); conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del COGEP estando la presente causa en estado de sentenciar, se considera: **PRIMERO.- 1.1.-** Mediante sentencia de 5 de noviembre de 2018, 11h29, el Tribunal de Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, en lo principal consideró y resolvió: *"El doctor Franklin Alcides Ponce Montoya, presenta demanda contencioso administrativa en contra del Presidente y Vocales del Pleno del Consejo de la Judicatura: y, Procurador General del Estado, e* ***impugna la Resolución emitida el 27 de julio de 2017 dentro del sumario No. MOT-0717-SNCD-2017-JLM dictadas por el Pleno del Consejo de la Judicatura. Acto administrativo a través del cual el Pleno del Consejo de la Judicatura impuso la sanción de destitución del cargo por ser responsable de las infracciones disciplinarias tipificadas en el numeral 8 del artículo 108 y numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial****… El actor indica que en el ejercicio de sus funciones como Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Calderón, le correspondió sustanciar la causa penal signada con el No. 17296-2017-00060, por un presunto delito de violación a un menor de edad, que se inició con el oficio presentado por la Abogada Mariana Huilcapi Moreira, Fiscal de Violencia de Género No. 1, dentro de la investigación previa 170101816123677 solicitando se convoque a Audiencia de Formulación de Cargos a la persona procesada; por lo que mediante providencia de 28 de abril del 2017 a las 11h55, avocó conocimiento de la causa y convocó a audiencia de formulación de cargos para el día 23 de mayo del 2017 a las 15h00. Con fecha 05 de mayo del 2017 la señora Fiscal presenta un oficio, solicitando en calidad de acto urgente "autorización para detención con fines investigativos por 24 horas" para la persona procesada, petición que fue atendida de manera inmediata, ordenado la detención con fines investigativos por 24 horas mediante providencia de 5 de mayo del 2017 a las 12h27, fundamentado en los artículos 530 y 532 del Código Orgánico Integral Penal. Con fecha 19 de mayo del 2017 la señora Fiscal, presenta un oficio solicitando de manera urgente e inmediata se convoque a Audiencia de Formulación de Cargos en vista de que tiene conocimiento que ha sido detenido con fines investigativos la persona procesada, petición que la provee mediante providencia de 19 de mayo del 2017 a las 09h01, de conformidad al artículo 594 del Código Orgánico Integral Penal, y convoca a Audiencia de Formulación de Cargos para el mismo día viernes 19 de mayo del 2017, alas 15h00. Refiere el actor que en la Audiencia de Formulación de Cargos intervinieron la Fiscalía que formuló cargos por el delito de violación, anunció los elementos de convicción que se han obtenido durante la investigación previa, solicitó se dé inicio a la instrucción fiscal, y como medida cautelar solicitó la prisión preventiva del procesado, argumentando exclusivamente que se cumplían con los requisitos del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, para garantizar su comparecencia a un posible juicio* ***y por cuanto el sospechoso no se había presentado a realizarse el examen de valoración psicológica****. El abogado del procesado sobre la medida cautelar de prisión preventiva, argumentó que durante la investigación previa ha colaborado con las diligencias investigativas dispuestas por Fiscalía, que se ha presentado de manera voluntaria al reconocimiento del presunto lugar de los hechos, que rindió su versión previo a la orden de detención con fines investigativos y que en el expediente constan documentos que justifican el arraigo laboral y familiar y que concluyó su intervención señalando que la prisión preventiva es una medida de ultima ratio, por lo que solicita medidas cautelares alternativas. Señala el actor que en su calidad de Juez emitió su resolución oral dando inicio a la Instrucción Fiscal, y con respecto a la prisión preventiva solicitada por la Fiscalía, en base al principio de inocencia, proporcionalidad y necesidad para ordenar medidas cautelares, dictó medidas alternativas contempladas en el artículo 522 numerales 1 y 2 del Código Orgánico Integral Penal y para garantizar la*

integridad del menor y la madre dictó medidas de protección determinadas en el artículo 558 numerales 1,2,3,4 y 9 del Código Orgánico Integral Penal… El actor refiere que su actuación dentro de la causa penal No. 17296-2017-00060, tiene asidero jurisdiccional, por lo que la única vía para conocer y resolver sobre su resolución judicial es mediante recurso de apelación contemplado en el Código Orgánico Integral Penal y ***que efectivamente la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha al conocer la apelación revocó las medidas cautelares alternativas y ordenó la prisión preventiva del procesado****, pero que no se pronunció sobre la falta de motivación o negligencia en la que pudo haber incurrido. De igual forma indica el actor que el Pleno del Consejo de la Judicatura ha actuado como autoridad jurisdiccional superior, analizando los elementos de convicción de la Fiscalía y sin tomar en cuenta lo manifestado por la defensa del procesado, sin considerar lo dispuesto en el artículo 77 numerales 1 y 11 de la Constitución de la República; por lo que la resolución de destitución atenta a la independencia externa de la Función Judicial… El 19 de mayo de 2017 se llevó a cabo la audiencia de formulación de cargos en la causa penal No. 17296-2017-00060. que se seguía por el presunto delito de violación a un menor de edad en la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Calderón del Distrito Metropolitano de Quito, cuyo juez a esa fecha era el actor de este juicio, doctor Franklin Ponce Montoya. Señala la entidad demandada que consta el extracto de la mencionada audiencia de formulación de cargos que la Fiscalía solicitó prisión preventiva y medidas cautelares reales, ya que el delito es el constante en el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal; sin embargo, dentro del extracto de la resolución el hoy accionante manifestó: "esta Autoridad Judicial considera que no se justifica ordenar esta medida extrema y de ultima ratio de prisión preventiva, para garantizar al procesado haga uso de su defensa en libertad conforme jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha sido citada v según lo establecido en el art 77 numeral 1 de la CRE, dicto medidas alternativas contempladas en el art. 522, numerales I; esto es, prohibición del procesado de ausentarse del país, para lo cual oficíese de manera inmediata a las Autoridades Migratorias correspondientes para su cumplimiento inmediato, la del numeral 2, la obligación de presentarse periódicamente; esto es, los días Jueves de cada semana, ante esta Autoridad Judicial en horas de oficina, de 08h00 a 17h00, su primera presentación será el día Jueves 25 de Mayo del 2017.- Sobre las medidas de protección, para garantizar la integridad del menor víctima y de su madre, se dictan las medidas de protección determinadas en el artículo 558, en sus numerales 1.- Prohibición a la persona procesada de concurrir a determinados lugares o reuniones donde se encuentre la presunta víctima y su madre". Manifiesta el Consejo de la Judicatura, que en el presente caso,* ***se evidencia que el Juez sumariado doctor Franklin Ponce Montoya no dictó prisión preventiva en la audiencia convocada para el 19 de mayo de 2017****, dentro de un proceso penal cuyo objeto principal de la investigación era un delito de violación perpetrado en contra de un menor de edad, infracción repudiable que entrañó un alto impacto social en la comunidad y que generó en la persona afectada, quien era un menor de edad, sufra consecuencias irreversibles tanto en lo psicológico como en lo social, todo lo cual configuró un contexto de gravedad respecto de la presunta infracción disciplinaria que conllevó a considerar lo señalado en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 110 del Código Orgánico de la Función Judicial… 5.6. Respecto a la infracción cometida se analiza que: en la Audiencia de Formulación de Cargos, de fecha 19 de mayo de 2017 dentro de la causa No. 17296-2017-00060, la Fiscalía solicitó la prisión preventiva para el procesado, por cuanto se le acusaba del delito tipificado en el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal, por violación basado en el inciso 1 numeral 3 e inciso 2 numerales 4 y 6, artículo que refiere: Artículo 171.- Violación.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse. 2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación. 3. Cuando la víctima sea menor de catorce años. Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando: 1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente. 2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal. 3. La víctima es menor de diez años. 4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier perso-*

na que tenga el deber de custodia sobre la víctima. 5. La o el agresor es ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. 6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo. En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años. (Énfasis corresponde al Tribunal) Sin embargo, el hoy accionante consideró que la prisión preventiva podía ser sustituida por varias medidas cautelares sustitutivas entre las que señaló la prohibición del procesado de ausentarse del país y la obligación de presentarse periódicamente los días jueves de cada semana, ante esta Autoridad Judicial en horas de oficina y respecto a las medidas de protección, para garantizar la integridad del menor víctima y de su madre, determinó la prohibición a la persona procesada de concurrir a determinados lugares o reuniones donde se encuentre la presunta víctima y su madre. No obstante, el actor no tomó en consideración que para la aplicación de medidas cautelares en sustitución de la prisión preventiva se debe estar a lo dispuesto en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal en su numerales 1, 2, 3 y 4 conforme lo solicitó la Fiscalía al momento de pedir la prisión preventiva del procesado, quien consideró que se concurrían los requisitos establecidos en dicha norma y que dispone: Art. 534.-Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. 2. Elementos de convicción claros v precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena. 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad. (Énfasis corresponde al Tribunal) Adicionalmente, ***el artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, al referirse a la sustitución de la prisión preventiva dispone que:*** *"La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años". Es decir, al estar frente a un posible delito de violación a un menor de catorce años, que tiene una pena privativa de la libertad de diecinueve a veintidós años a un menor de catorce años y que al ser el agresor tutor, representante legal, curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima y al haberse encontrado la víctima bajo el cuidado del agresor, es sancionada con el máximo de la pena, veintidós años,* ***por lo que el actor por prohibición de norma expresa no podía sustituir la prisión preventiva****, la cual tiene por finalidad garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso, sin poner en duda el principio de inocencia que señala el accionante fue su fundamento para adoptar las medidas cautelares sustitutivas, siendo su omisión objeto del sumario… El actor ha señalado que la decisión de establecer medidas cautelares en sustitución de la prisión preventiva es una actuación jurisdiccional y que la resolución impugnada interfiere con la independencia judicial:* ***sin embargo, como se ha señalado la destitución se la impuso por una omisión manifiestamente negligente al no aplicar la normativa que le impedía la sustitución de la prisión preventiva****;… 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 doctor Franklin Alcides Ponce Montoya, confirmándose la legalidad del acto administrativo recurrido.- Sin honorarios que regular y las costas procesales no proceden por no haberse justificado los presupuestos establecidos en el artículo 284 del Código Orgánico General de Procesos.- NOTIFÍQUESE."* (El resaltado nos corresponde). **1.2.-** Mediante auto de admisión de 23 de agosto de 2019, el Conjuez de la Sala admite a trámite el recurso de casación presentado por el accionante, Dr. Franklin Ponce Montoya, por los casos 2 y 5 del artículo 268 del COGEP. **SEGUNDO.- 2.1.-** Este Tribunal de Casación considera que efectivamente la sentencia distrital impugnada incurre dentro del caso 5 del artículo 268 del COGEP, al haberse dado el vicio de aplicación indebida del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, que decía: "*La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad su-*

perior a cinco años. Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado."; **teniendo la razón el casacionista cuando arguye que las juezas distritales se equivocan cuando en el punto 5.6 de la sentencia impugnada afirman que:** "*Adicionalmente, el artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, al referirse a la sustitución de la prisión preventiva dispone que: "La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años". Es decir, al estar frente a un posible delito de violación a un menor de catorce años, que tiene una pena privativa de la libertad de diecinueve a veintidós años a un menor de catorce años y que al ser el agresor tutor, representante legal, curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima y al haberse encontrado la víctima bajo el cuidado del agresor, es sancionada con el máximo de la pena, veintidós años, por lo que el actor por prohibición de norma expresa no podía sustituir la prisión preventiva, la cual tiene por finalidad garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso, sin poner en duda el principio de inocencia que señala el accionante fue su fundamento para adoptar las medidas cautelares sustitutivas, siendo su omisión objeto del sumario.*", pues en definitiva no se puede confundir, como en la sentencia impugnada se lo hace, los alcances de la audiencia de formulación de cargos con la audiencia de sustitución, revisión, revocatoria o suspensión de medidas cautelares; es claro, por otra parte que el Art. 522 del COIP al establecer las modalidades de las medidas cautelares, señala que el juzgador podrá imponer una o varias de las medidas cautelares que en el referido artículo se enuncian para asegurar la presencia de la persona procesada, y que se aplicarán de forma prioritaria a la prisión preventiva, habiendo el accionante casacionista dictado las medidas cautelares referidas sin que esto implique ninguna sustitución de una medida cautelar de prisión preventiva que no fue previamente ordenada; toda vez en el juicio penal Nro. 17296-2017-00060 se realizó una "audiencia de formulación de cargos", de acuerdo con los Arts. 591, 594 y 595 del COIP, y no se trató de una "audiencia de sustitución, revisión, revocatoria o suspensión de medida cautelar y protección" que prevé Art. 521 ibídem, la cual evidentemente requiere que el juez de garantías penales haya dictado con anterioridad la prisión preventiva y el procesado se encuentre cumpliendo la misma, lo cual en el presente caso simplemente no sucedió, **por lo que no podían las juezas distritales decir que el ex juez accionante tenía una prohibición de norma expresa para sustituir la prisión preventiva**, dándose por tanto una aplicación indebida del artículo 536 del COIP en la sentencia impugnada. **TERCERO.-** Mal se puede afirmar en la resolución impugnada del Pleno del Consejo de la Judicatura del 27 de julio de 2017, 14h08, dentro del expediente disciplinario No. MOT-0717-SNCD-2017-JLM, que el accionante casacionista incurrió en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, por manifiesta negligencia, al no haber dictado la prisión preventiva en el caso referido, pues estaba dentro de sus facultades jurisdiccionales, como juez de garantías penales, conforme el artículo 522 del COIP imponer otras medida cautelares alternativas distintas a la prisión preventiva solicitada por la Fiscalía, lo cual el casacionista efectivamente hizo en la audiencia de formulación de cargos. Sin embargo este tribunal de casación no puede dejar de tomar en cuenta, que como bien lo señala el propio accionante, la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha revocó posteriormente las medidas cautelares alternativas por él concedidas y ordenó la prisión preventiva del procesado, además de que en la audiencia el casacionista confirmó también que el procesado fue efectivamente condenado con posterioridad por el delito de violación acusado por la Fiscalía y que actualmente se encuentra cumpliendo su condena, esto adicional a que en su momento el accionante sí conocía que el procesado no se había presentado a la diligencia señalada por la Fiscalía para el 24 de febrero de 2017 para su valoración psicológica y de rasgos de la personalidad, que en un caso como el referido evidentemente tiene particular importancia, por lo que contrario a lo que el accionante manifestó en su momento al negar la prisión preventiva del procesado éste no había tenido una total colaboración con la Fiscalía. Lo cual lleva a este tribunal a considerar que aunque no se dio la infracción gravísima de manifiesta negligencia, sí se dio la infracción grave señalada en el artículo 108.8 del COFJ, correspondiendo que el ex juez accionante y casacionista sea restituido a su cargo, pero que no haya lugar a su pretensión de pago de remuneraciones dejadas de percibir, toda vez que para que esto último se dé la actuación del

funcionario judicial tuvo que haber sido impecable, y sin margen de error que en el presente caso sí se dio, entre otros aspectos porque la Corte Provincial sí revocó por unanimidad su auto de medidas alternativas. Por lo anterior, 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:** Acepta el recurso de casación por el caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por el vicio de aplicación indebida del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, y por tanto se casa la sentencia de 5 de noviembre de 2018, 11h29, expedida por el Tribunal de Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. Y se declara la ilegalidad parcial de la resolución administrativa de 27 de julio de 2017, 14h08, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura, dado que el casacionista Dr. Franklin Alcides Ponce Montoya no incurrió en la infracción gravísima de manifiesta negligencia del artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial, pero sí en la infracción grave del artículo 108.8 ibídem; por lo que se ordena su restitución en el término de cinco días de ejecutoriada esta sentencia, al cargo que ostentaba de Juez de Garantías Penales con sede en la parroquia Calderón u a otro de igual nivel en el Distrito Metropolitano de Quito, sin lugar a las demás pretensiones. Notifíquese, devuélvase y publíquese.- **f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL (E), Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango, JUEZ NACIONAL (E).**

ACLARACIÓN
Juicio No. 17811-2017-01188
Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, miércoles 28 de octubre del 2020, las 10h15.

VISTOS: 1.- Mediante escrito presentado el 24 de septiembre de 2020, 15h18, el Dr. Gilton René Arrobo Celi, en calidad de abogado patrocinador del Dr. Pedro José Crespo Cresco, Director General del Consejo de la Judicatura solicita aclarar la sentencia dictada por esta Sala, el 17 de septiembre de 2020, 16h24, arguyendo que: *"de la lectura textual de la parte resolutiva de su sentencia emitida, claramente consta que el accionante y hoy recurrente, en sus funciones de Juez de Garantías Penales de Pichincha, en la especie, no fue responsable de la falta disciplinaria sancionada en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial (manifiesta negligencia); sin embargo, SI fue responsable de la inconducta tipificada en el numeral 8 del artículo 108 Ibídem; por lo que, para efectos de control y registro de sanciones que tiene a cargo la Subdirección Nacional de Control Disciplinario, se torna imperativo que vuestra Autoridad aclare cuál es la sanción específica que debe registrar esta entidad en contra del hoy recurrente por la Resolución No. MOT-0717-SNCD-2017-JLM de 27 de julio de 2017, dada la ilegalidad parcial que vuestra Autoridad ha resuelto.*". **2.-** Corrido traslado con el pedido de aclaración, el Dr. Franklin Ponce Montoya contesta con escrito presentado el 30 de septiembre de 2020, 15h28, indicando en lo principal: *"… resulta improcedente que por vía de aclaración el Tribunal de Casación especifique cuál es la sanción que debe registrar el Consejo de la Judicatura en contra del compareciente, pues la sentencia no dispuso el registro de ninguna falta disciplinaria. Si la pretensión del Dr. Pedro José Crespo Crespo, Director General del Consejo de la Judicatura era esa, lo que correspondía era que solicite la ampliación y no la aclaración de la sentencia.".* **3.-** El artículo 253 del COGEP establece que la aclaración tendrá lugar en caso de que la sentencia fuere oscura; revisada que ha sido la sentencia se desprende que la misma es clara, sin que se halle redactada en términos ininteligibles o de difícil comprensión; pretendiendo más bien el peticionario con su pedido modificar el contenido de la misma, lo cual resulta improcedente, por lo que se rechaza dicho pedido de aclaración. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL (E), Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango, JUEZ NACIONAL (E).

Gaceta Judicial

año 2020

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *09501-2019-00138*
Resolución Nro. *174-2020*
Fecha: *25 de agosto del 2020 , las 10h43*

TEMA: Base imponible y tarifa del impuesto de patentes de una empresa que posee sucursales en diferentes cantones.

ASUNTO

La compañía FERTISA FERTILIZANTES TERMINALES I SERVICIOS S. A. presenta una demanda contra el Director Financiero del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Daule, impugnando la resolución que negó su reclamo administrativo propuesto contra el título de crédito expedido por el impuesto de patentes del año 2018.

El objeto de la controversia se centra en determinar si la base imponible del impuesto de patentes debe ser fijada en función del patrimonio que la sucursal o matriz de una empresa tiene en cierto cantón o según el patrimonio global de esa compañía, en proporción a los ingresos atribuibles a la sucursal o matriz en dicho cantón.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia de Guayas, toma para su análisis el artículo 548 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y señala que la ordenanza que establece el cobro del impuesto anual de patente en el cantón Daule, dispone en el literal c) de su artículo 8 que si el sujeto pasivo tiene sucursales o agencias en ese lugar, estando domiciliado en otro cantón diferente, para determinar el patrimonio sobre el cual se calcula el impuesto de patente se aplicarán los principio determinados para el impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales.

El tribunal indica que de la confrontación de normas prevalece la que tiene el carácter de ley orgánica, esto es, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que prevé que la tarifa del impuesto recae sobre el patrimonio del sujeto pasivo en el cantón, sin que exista la posibilidad de considerar que existe una falta de determinación en ese cuerpo normativo acerca de la forma de calcular la base imponible del impuesto de patente en caso de empresa que funcionan en varios cantones, que pueda ser suplido o cubierto por la ordenanza municipal, pues el artículo 548 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización determina que la base imponible se fija en función del patrimonio dentro del cantón.

El órgano jurisdiccional especifica que lo que la norma del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización hace es dar la potestad a las municipalidades de establecer la tarifa que se aplica sobre la base imponible, pero no la facultad de determinar esta última cuestión. En definitiva, el tribunal considera que, de acuerdo al artículo 548 ibídem, la base imponible se fija en función del patrimonio de los sujetos pasivos del impuesto dentro del cantón y no en relación del patrimonio total prorrateado según los ingresos obtenidos en el lugar. De esta manera, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia de Guayas, concluyó que el valor a pagar por la compañía por concepto de impuesto de patente del año 2018, en el cantón Daule, es de US$138,83, declarando con lugar la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 09501-2019-00138
Juez Ponente: Dr. José Dionicio Suing Nagua

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

Quito, martes 25 de agosto del 2020, las 10h43**.**

VISTOS: Los señores Dr. Wilson Cañizarez Villamar, alcalde del cantón Daule; Ab. Jorge Andrés Hernández Jaramillo, Procurador Síndico Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Daule; y, Pedro Guillermo Mora Olvera, Director Financiero Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Daule, interponen recurso de casación en contra del fallo dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, el 24 de septiembre de 2019, las 16h09, dentro del juicio de impugnación No. 09501-2019-00138, que declaró con lugar la demanda, debiendo la autoridad tributaria liquidar correctamente el impuesto a la patente municipal 2018 de la parte actora.

PRIMERO: La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 185 segunda parte numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, numeral 2 del artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial reformado por la Disposición Reformatoria Segunda número 4 del Código Orgánico General de Procesos.

SEGUNDO: DECISIÓN DE INSTANCIA.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, en sentencia del 24 de septiembre de 2019, las 16h09, resolvió declarar con lugar la demanda.

TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.- Con fecha 11 de noviembre del 2019, las 16h00; los señores Dr. Wilson Cañizarez Villamar, alcalde del cantón Daule, el abogado Jorge Andrés Hernández Jaramillo, Procurador Síndico Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Daule; y, Pedro Guillermo Mora Olvera, Director Financiero Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Daule, interponen recurso de casación, que es calificado en auto de 14 de noviembre del 2019, las 08h29; en los términos del artículos 266 del Código Orgánico General de Procesos, para ante los Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, competentes para conocer y resolver este recurso.

CUARTO: ADMISIÓN.- Mediante auto de admisión de 15 de enero del 2020, las 11h52, el doctor Paúl Alejandro Rengel Maldonado, Conjuez de esta Sala, declaró la admisibilidad del recurso de casación propuesto, admitiendo los errores con sustento en las causales segunda, cuarta y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por los vicios falta de motivación, errónea interpretación del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos; y, errónea interpretación de los artículos 8 y 9 de la Ordenanza que establece el cobro del impuesto anual de patente en el cantón Daule.

QUINTO: CONTESTACIÓN AL RECURSO.- La parte actora, esto es FERTISA Fertilizantes Terminales I Servicios S.A. da contestación al recurso de casación presentado por la parte actora en escrito de 28 de febrero del 2020, las 15h40, en el que solicita se deseche el recurso de casación deducido por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de cantón Daule y que se confirme la sentencia escrita emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas de fecha 24 de septiembre del 2019.

SEXTO: INTEGRACIÓN TRIBUNAL JUZGADOR.- Mediante sorteo de la causa No. 09501-2019-00138(1), realizado el 28 de mayo de 2020, se radicó la competencia en la Sala integrada por la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional Ponente (E), el doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, Juez Nacional (E), y, la doctora Mónica Alexandra Heredia Proaño, Jueza Nacional (E). Con acción de personal No. 301-UATH-2020-OQ de 22 de junio del 2020 suscrita por la Jefe de la Unidad Administrativa y Talento Humano de la Corte Nacional de Justicia en concordancia con la Resolución No. 065-2020 de 18 de junio de 2020 emitida por el Pleno del Consejo de

la Judicatura, se legaliza el reintegro del Dr. José Suing Nagua en calidad de Juez Nacional. Mediante Resolución 08-2020 de 24 de junio de 2020 el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integra al Dr. José Suing Nagua a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. Con acción de personal No- 302-UATH-2020-OQ de 22 de junio del 2020 y mediante oficio No. 635-SG-CNJ, la señora Presidenta de la Corte Nacional de Justicia llama al doctor Gustavo Durango Vela para que asuma el despacho de la Sala Contencioso Tributaria en reemplazo de la doctora Ana María Crespo Santos, ocupada temporalmente por la doctora Mónica Heredia Proaño, hasta que se designe un nuevo titular de conforme a la acción de personal No. 317-UATH-2020-OQ de 01 de julio del 2020.

SÉPTIMO: EXCUSA.- Mediante escrito de 08 de junio del 2020, las 09h37, el Dr. Fernando Antonio Cohn Zurita Juez Nacional (E), presenta excusa misma que es aceptada en auto de 09 de junio del 2020, las 10h29. Mediante acta de sorteo de 07 de agosto del 2020, las 12h40; constante a fojas 53 del cuaderno de casación, se llama a conformar el Tribunal que resolverá la presente causa al Dr. Fernando Ortega Cárdenas en reemplazo del Dr. Paúl Rengel Maldonado, quien fue asignado por aceptación de excusa del Dr. Fernando Cohn Zurita en sorteo de 18 de junio del 2020, las 12h11, de tal forma que el Tribunal queda conformado por los doctores: José Suing Nagua, Juez Nacional Ponente; Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E); y, Fernando Ortega Cárdenas, Juez Nacional (E).

OCTAVO: VALIDEZ PROCESAL.- No se observa del proceso ninguna circunstancia que puede afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar, por lo que se declara el proceso válido.

La audiencia en casación fue realizada el 18 de agosto de 2020, a las 11h00, de acuerdo a la convocatoria previamente realizada, conforme obra del proceso. A la misma concurrieron telemáticamente los señores Abogado Christian Javier Valarezo Lainez, Procurador Judicial del Abogado Leonardo René Viteri Andrade, Vicepresidente de la Compañía Fertiza, Fertilizantes, Terminales i Servicios S.A., y el Abogado Luis Eduardo Escobar Chávez, en calidad de procurador judicial del Director Financiero del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Daule, todo lo cual obra de la respectiva grabación que obra en el expediente.

NOVENO: ERRORES ALEGADOS.- Los recurrentes consideran que el fallo emitido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, incurre en las siguientes causales del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos: **a)** La causal segunda por considerar que la sentencia recurrida es inmotivada al acusar la existencia de vicios de incongruencia; **b)** La causal cuarta por el vicio de errónea interpretación de preceptos en valoración de prueba; y, **c)** La causal quinta, por el vicio de errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, determinantes en la parte sustantiva del fallo. Sin embargo, en el desarrollo de la argumentación del recurso, agrega otro vicio, por errónea interpretación del artículo 425 de la Constitución, sin fundarlo en una causal específica del artículo 268 del COGEP.

DÉCIMO: NORMAS SEÑALADAS COMO INFRINGIDAS.- Las normas que el recurrente considera infringidas son: ***a) Código Orgánico General de Procesos: Art. 164.-*** *"Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.* La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión." **b) Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Art. 548.-** *"Base Imponible.- Para ejercer una actividad comercial, industrial o financiera, se deberá obtener una patente anual, previa inscripción en el registro que mantendrá, para estos efectos, cada municipalidad. Dicha patente se la deberá obtener dentro de los treinta días siguientes al día final del mes en el que se inician esas actividades, o dentro de los treinta días siguientes al día final del mes en que termina el año. El concejo, mediante ordenanza establecerá la tarifa del impuesto anual en función del patrimonio delos sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón. La tarifa mínima será de diez dólares y la máxima de veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América."* ***c)*** **Ordenanza que establece el cobro de impuesto anual de patente en el cantón Daule, publicada en el Segundo Suplemento al Registro Oficial No. 635 de 25 de noviembre de 2015: Art. 8.-** *"Base imponible para determinar la cuantía del impuesto: La base imponible de este impuesto es el patrimonio o renta imponible con el que operan los sujetos pasivos,*

determinado al final del ejercicio económico inmediato anterior de las actividades que configuren el hecho generador de este tributo. El ejercicio económico fiscal se inicia el 1 de enero y concluye el 31 de diciembre del mismo año; y, para el efecto se considerará lo siguiente: (…) c) Los sujetos pasivos que posean su domicilio en el cantón Daule y sucursales o agencias en otros cantones del país; así mismo las sucursales o agencias que funcionen en este cantón con su domicilio principal en otro, para determinar el patrimonio sobre el cual se calcula el impuesto de patentes, se aplicarán los principios establecidos para el impuesto del 1.5 x mil sobre los activos totales." ***Art. 9.-*** *"Cálculo para determinar la cuantía del impuesto de patente anual.- Sobre la base imponible determinada en la forma prevista en el artículo anterior, se establece el impuesto anual de la siguiente manera (….)"* ***d) Artículo 425 de la Constitución de la República:*** *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.*

DÉCIMO PRIMERO: CONTENIDO DE LAS CAUSALES ALEGADAS DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.- a) Causal segunda: Los vicios que contiene la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos son: *"Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como cuando no se cumplan los requisitos de motivación."* **b) Causal cuarta:** Los vicios que contiene al causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos son: *"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.";* **c) Causal quinta:** La causal quinta del artículo 268 del COGEP prevé: *"Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto".*

DÉCIMO SEGUNDO: CONTENIDO DOCTRINARIO DE LOS VICIOS ACUSADOS.- a) Causal segunda.- La falta de motivación: Para el doctrinario Ignacio Colmer Hernández, la motivación consiste en una *"(…) operación mental del juez dirigida a determinar si todos los extremos de una decisión son susceptibles ser incluidos en la redacción de la resolución, por gozar de una adecuada justificación jurídica*[1]. En este mismo sentido para el dogmático Fernando de la Rúa la motivación de la sentencia es definida como *"(…) el elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y derecho en los cuales el juez apoya su decisión."*[2]*;* Esta causal puede configurar de tres formas de error: a) Por defectos en la estructura del fallo que se dan por falta de requisitos exigidos por la Ley para la sentencia o auto; b) Por contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva del fallo; y, c) Cuando no cumpla el requisito de motivación; **b) Causal cuarta.- Errónea interpretación en norma de valoración de la prueba:** El vicio de 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."*[3]*;* Esta causal recoge la llamada por la doctrina violación indirecta, que permite

[1] Ignacio Colemer Hernández." La motivación de la Sentencias: sus exigencias constitucionales y legales." (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2003), 46.
[2] Fernando de la Rúa. Proceso y Justicia, (Buenos Aires: Editores Asociados, 1980), 82.
[3] Tolosa Villabona, L.A. Teoria y Técnica de Casación Ibídem., pp.361.

casar el fallo cuando se configura uno de los vicios antes expuestos y en el caso por alejarse del espíritu de la norma, lo que acarrea como consecuencia la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho en la sentencia recurrida; de ahí que, no se trata de la posibilidad de denunciar un error de hecho en la valoración de la prueba, sino de invocar, con absoluta precisión, cómo fue que el juez no aplicó, aplicó indebidamente o interpretó erróneamente los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Así pues, la violación de la ley sustancial se produce en forma indirecta cuando el juez en la labor de juzgamiento como consecuencia de los errores de apreciación probatoria, incurre en falsos juicios sobre las pruebas, porque infringe la ley probatoria.[4] **c) Causal quinta.- errónea interpretación de normas sustantivas:** el mismo alcance previsto para el vicio analizado en el literal anterior, solo que en relación a una norma sustantiva; así, se debe entender que por este caso, se imputa a la sentencia los errores *in iudicando,* en otras palabras, la violación directa de la norma de derecho o sustantiva, en razón de que no se ha subsumido de manera adecuada los hechos que han sido probados. **DÉCIMO TERCERO: ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES POR LOS VICIOS ACUSADOS.- a) Falta de motivación:** El casacionista considera que el Tribunal *A quo* incurre en una decisión contradictoria, adoptada en la parte dispositiva de la sentencia, puesto que se sustenta en la disposición del artículo 548 segundo inciso del Código Orgánico de Organización, Territorial, Autonomía y Descentralización, que faculta al Concejo Municipal la determinación de la tarifa del impuesto anual de patentes, sin embargo, no considera válido lo dispuesto en la Ordenanza Municipal. Acusa además la incongruencia puesto que, el fallo recurrido no responde el requerimiento de la parte actora, al no establecer el porcentaje del patrimonio de la actora, al no explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, pues distrae conceptos de base imponible y tarifa pese a que la ordenanza se ajusta a lo dispuesto por el artículo 548 del Código Orgánico de Organización, Territorial y Administración Territorial, razón por la que, acusa la falta de motivación de la sentencia recurrida; **b) Errónea interpretación en norma de valoración de prueba:** Los recurrentes consideran que el fallo impugnado incurre en errónea interpretación del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, norma aplicable a la valoración probatoria, cuyo fundamento se sustenta en que el patrimonio de FERTISA en Daule no fue demostrado por el actor en la audiencia de juicio, pues al tratarse del patrimonio, de un hecho material y tangible, constituido por mercadería en almacén e inmuebles, cuando considera que la prueba debió estar dirigida a demostrar esos hechos y no el resultado final, esto es, el patrimonio por lo que, la declaración del impuesto a la renta del año 2017, no conduce por si solo a demostrar ese hecho, ni aun cuando aparezca firmado por el contador de la compañía como refiere la sentencia; error en la norma de valoración de la prueba que habría conducido a la no aplicación de los artículo 8 y 9 de la Ordenanza que establece el cobro del impuesto anual de patente en el cantón Daule; **c) Errónea interpretación de normas sustantivas:** Los recurrentes consideran que el fallo incurre en el vicio de errónea interpretación de los artículos 8 y 9 de la Ordenanza que establece el cobro del impuesto anual de patente en el cantón Daule, puesto que, estas normas recogen con claridad que la base imponible del impuesto es el patrimonio o renta imponible con el que operan los sujetos pasivos, determinado al final del ejercicio económico inmediato anterior de las actividades que configuren el hecho generador tributo. Que los sujetos pasivos que posean su domicilio en el cantón Daule y sucursales o agencias en otros cantones del país; así mismo las sucursales o agencias que funcionen en este cantón con su domicilio principal en otro, para determinar el patrimonio sobre el cual se calcula el impuesto de patente se aplicarán los principios establecidos para el impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales. Y sobre la base imponible determinada en el artículo 8 de la ordenanza se establece el impuesto anual de patente acorde con el cuadro señalado en el artículo 9 de la ordenanza; todo lo cual es interpretado en la sentencia pero, de manera errónea, al sostener que en la ordenanza se trata sobre la base imponible del impuesto y

[4] Luis Armado Tolosa Villaboma: "Teoría y Técnica de la Casación", (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2008), 363-364.

no sobre la tarifa; todo esto fue determinante para que en su parte dispositiva acepte la tesis errada de la parte actora; **d) Errónea interpretación del artículo 425 de la Constitución:** arguyen que no solo el impuesto de patente constituye fuente de obligación tributaria; que en aplicación de la disposición constitucional, lo dispuesto en la ordenanza debe ser considerado en esa jerarquía normativa, que es la misma ley orgánica, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, a través del artículo 548, inciso segundo, dispone que a través de ordenanza se establezca la tarifa del impuesto anual en función del patrimonio; que la errónea interpretación de la norma constitucional conlleva a una nueva errónea interpretación del artículo 458 (SIC) inciso segundo del COOTAD, que condujo a la sentencia a declarar con lugar la demanda.

DÉCIMO CUARTO: ANÁLISIS DE LOS VICIOS ALEGADOS.- Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para resolver los problemas jurídicos planteados, en función de los vicios alegados, considera:

14.1. Falta de motivación (Incongruencia).- 1. Los casacionistas, con evidente falta de cuidado en la formulación, arguyen incongruencias en los razonamientos de los jueces de instancia que afectarían la debida motivación de la sentencia, lo que habría provocado la vulneración del principio a la seguridad jurídica, así como a la falta de motivación prevista en el artículo 76.7, l) de la Constitución de la República, cargo que al no haber sido adecuadamente formulado, habría dado paso para que en el ejercicio de admisión, verificación del cumplimiento de requisitos formales, se inadmita sin más; **2.** No advierten los recurrentes que la causal segunda del artículo 268 del COGEP, contiene tres vicios a saber: i. Que la sentencia o auto no contenga los requisitos de ley; ii) Que se adopten decisiones contradictorias o incompatibles; y, iii) Que no cumpla el requisito de motivación; **3.** En un esfuerzo por entender el cargo, se puede advertir, que se pretende cuestionar la sentencia por al menos dos vicios: decisiones contradictorias y falta de motivación; **4.** Analizado el fallo de instancia, se advierte que el mismo tiene plena coherencia entre la referencia a los hechos, las pruebas que valora y las normas aplicables, sin que se advierta ni contradicción en la decisión que adopta ni que adolezca de falta de motivación, pues el ejercicio de subsumir los hechos al derecho, deviene de los razonamientos que en la sentencia se vierten. Además, como no existe precisión en los cargos que se pretenden en contra de la decisión recurrida, mal se puede advertir que los mismos existan.- Consiguientemente el cargo no puede prosperar.

14.2. Errónea interpretación en norma de valoración de prueba.- 1. El error en normas sobre la valoración de la prueba configura la denominada violación indirecta, pues requiere, primero probar el yerro en la norma de valoración y, como consecuencia de ello, la identificación de la norma de derecho violentada y la forma como ello ocurre; **2.** En el caso, los recurrentes arguyen que el documento denominado "Distribución de Patrimonio por Cantón" no constituye prueba conducente, lo cual habría infringido el artículo 161 del COGEP (norma procesal que no corresponde a valoración de la prueba, sino que establece las cualidades que deben tener las pruebas: conducencia y pertinencia), sin señalar qué vicio se configuraría ni como habría ocurrido el mismo; agregan además, que ello habría infringido el sistema de valoración de prueba previsto en el artículo 164 del COGEP, nuevamente sin establecer la forma de vulneración de la norma, aunque se podría inferir la vulneración de las reglas de la sana crítica; **3.** Luego, también arguyen que la prueba que identifican como "SUSTENTACION DEL INFORME PERICIAL ELABORADO POR VIVIANA NARANJO CHACÓN", el Tribunal juzgador habría infringido el artículo 164 del COGEP, sin señalar la forma de vulneración, salvo el señalamiento de que la misma no es útil ni conducente; **4.** Cierran el razonamiento, indicando que la errónea interpretación, sin sustentar en qué consiste la misma, conduce a la no aplicación de lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la Ordenanza que establece el cobro del impuesto anual de patente en el cantón; **5.** Analizado el fallo en el considerando "**6.- La relación de los probados relevantes para la resolución.",** luego de referir al objeto de la controversia, hace un desagregado de las pruebas anunciadas por la parte actora, admitidas en audiencia preliminar y practicadas en la audiencia de juicio, así como las anunciadas y practicadas por la parte demandada; y, pese a que no se puede verificar los errores imputados, por las deficiencias en la formulación del recurso, esta Sala no advierte que se haya configurado la errónea interpretación en la norma de valoración de la prueba; **6.** Además, los recurrentes sostienen que los errores en la norma de valoración de la prueba habrían conducido a la no aplicación

de lo dispuesto por los artículos 8 y 9 de la Ordenanza que establece el cobro del impuesto anual de patente en el cantón Daule, afirmación que es abiertamente contradictoria con lo manifestado por los propios recurrentes cuando sostienen que: *"La sentencia, en este punto, ignora los artículos 8 y 9 de la Ordenanza pues manifiesta que "la norma del COOTAD lo que hace es remitirse a las Municipalidades EN LO QUE GUARDA RELACION A LA TARIFA QUE SE APLICA SOBRE LA BASE IMPONIBLE". Y digo que en este momento, pues posteriormente, en el numeral 7.15) se remite al Art. 9, al decir…"* (Páginas 4 y 5 del escrito contentivo del recurso); **7.** Revisado el contenido del considerando 7.15 de la sentencia objeto de análisis, se advierte que en el mismo hace expresa referencia al *"…artículo 9 de la Ordenanza Municipal referida en líneas anteriores…"* elemento que deja en evidencia expresa que, por una parte el argumento de los recurrentes resulta contradictorio, pues no es posible sostener, por una parte, que existe errónea interpretación y por otra, la falta de aplicación de la misma norma, así se pretenda tal cometido con causales diferentes, pues resulta evidente que un cargo así anunciado, resiente el sentido común y la lógica. Por estas consideraciones tampoco procede el cargo referido.

14.3. Errónea interpretación en norma sustantiva.- 1. Por las mismas consideraciones expuestas en el numeral 7 del punto 14.2 precedente, pues resulta contradictorio argumentar por una parte la falta de aplicación y por otra la errónea interpretación de una misma norma de derecho, resulta inviable el cargo a la sentencia por errónea interpretación de norma sustantiva, cuando se advierte que dichas normas si fueron aplicadas; **2.** Aun si fuera posible salvar la evidente contradicción en la que incurren los recurrentes respecto a los cargos en el cuestionamiento a la sentencia, verificado el contenido de las aludidas disposiciones de la Ordenanza, se advierte que el Tribunal juzgador, lo que hace es aplicar tales disposiciones para, en base a los hechos probados, que no corresponde a esta Sala verificar, llegar a determinar la cuantía del impuesto en discusión, sin que se advierta la errónea interpretación alegada. Por lo tanto, tampoco se acepta el cargo.

14.4, Errónea interpretación del artículo 425 de la Constitución.- 1. Pese a la deficiencia en la formulación del cargo, pues no señala cuál es la causal de sustento, la Sala se pronuncia por el cargo de una supuesta errónea interpretación del artículo 425 de la Constitución en la que habría incurrido el Tribunal de instancia, que dice relación al inciso final que consagra el principio de competencia en favor de las normas que expidan los gobiernos autónomos descentralizados; **2.** En efecto, la referida norma constitucional contiene el principio de competencia que favorece a las normas que expidan los gobiernos autónomos descentralizados; no obstante, dicho principio no cubre a toda la normativa que pueden expedir los GAD, sino únicamente a aquella que lo hagan en ejercicio de las competencias exclusivas que la propia Constitución les reconoce, de modo expreso, como en el caso de los GAD municipales, las previstas en el artículo 264 de la propia Constitución; **3.** Los recurrentes, en forma equivocada, pretenden defender la validez de las regulaciones expedidas por el Concejo del GAD municipal de Daule, en función del principio constitucional de competencia en análisis, que al caso no aplica, pues, la competencia exclusiva que la Constitución reconoce a favor de los GAD municipales en el artículo 264.5, en materia de tributos, es respecto de tasas y contribuciones especiales de mejoras, no de impuestos, los que tienen reserva de ley, al tenor de lo preceptuado en el artículo 301 de la Constitución de la República; **4.** Los GAD municipales respecto de los impuestos, lo que pueden hacer es facilitar su aplicación mediante normas reglamentarias, sin innovar, modificar o contradecir la norma de creación. En el caso del impuesto de patentes municipales, la norma que regula tanto la base imponible como la tarifa es el artículo 548 del COOTAD, la que en su segundo inciso prevé que el concejo [municipal] mediante ordenanza establezca la tarifa del impuesto anual en función del patrimonio de los sujetos pasivos del impuesto, dentro del cantón, ejercicio normativo que debe hacerlo sin contradecir el contenido esencial del impuesto, que está regulado en los artículos 546 y 547 del COOTAD. Cuando el GAD municipal introduce como mecanismo para establecer la tarifa del impuesto un mal denominado por el recurrente "principio" de otro impuesto, está rebasando el alcance de sus atribuciones.- Por lo expuesto, tampoco es procedente el cargo formulado en contra de la sentencia en análisis. **DÉCIMO QUINTO.- DECISIÓN.-** Por las consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORI-**

DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", resuelve **NO CASAR** el fallo emitido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, el 24 de septiembre de 2019, las 16h09.- Sin costas.**- Notifíquese, Publíquese y Devuélvase.-**
f) Dr. José Dionicio Suing Nagua, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Ortega Cardenas Fernando, CONJUEZ NACIONAL, Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela, JUEZ NACIONAL (E).

II

Juicio Nro. *17505-2005-23685*
Resolución Nro. *186-2020*
Fecha: *8 de septiembre del 2020, las 10h10,*

TEMA: Facultad para proponer recurso de revisión tributario en sede administrativa y necesidad de declaratoria previa de lesividad para su procedencia, en relación con la doctrina de los actos propios.

ASUNTO

La fundación FONFO ECUATORIANO POPULORUM PROGRESSIO FEPP impugna la resolución No. 917012005RREV000388 de 27 de octubre de 2005, emitida por la Directora General del Servicio de Rentas Internas, por medio de la cual se resolvió los recursos de revisión iniciados de oficio, por petición del Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, y a través de la cual se dejaron sin efecto varias resoluciones de devolución de IVA a favor de dicha fundación.

En la causa se discute si el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas estaba facultado para presentar un recurso de revisión sobre actos administrativos emitidos por esa misma autoridad, al amparo de lo que determina el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 96 sobre los actos propios y si se requiere para ello una declaratoria, de forma previa, de lesividad por parte del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el artículo 97 ibídem.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, señala que el objeto de la controversia se centra en establecer si la resolución No. 917012005RREV000388, emitida por la Directora General del Servicio de Rentas Internas, a través de la cual se resolvió los recursos de revisión iniciados de oficio, por petición del Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, para dejar sin efecto varias resoluciones de devolución de IVA a favor de la actora, es legítima.

El tribunal estima que la propia autoridad que emitió los actos administrativos contenidos en las resoluciones que se revisaron, insinuó estos recursos, situación que no se ajusta al precepto legal del artículo 139 del Código Tributario, que expresamente dispone que la única autoridad facultada para iniciar de oficio un recurso de revisión, en contra de un acto administrativo firme o resolución ejecutoriada de naturaleza tributaria, es el Director General del Servicio de Rentas Internas, que es la máxima autoridad de la institución.

Además, el órgano jurisdiccional resalta que la propia administración tributaria catastró los convenios suscritos con instituciones internacionales para el financiamiento de los proyectos que la fundación ejecuta, declarando que tenía derecho a la devolución del IVA; por lo que los actos administrativos emitidos y sus con secuencias posteriores no podían ser extinguidos por la administración tributaria bajo el amparo de los artículos 93 y 94 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, puesto que son actos propios, que no admiten una declaratoria de nulidad de pleno derecho sustentada en sus equivocaciones. Por ello, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito declaró inválida la resolución impugnada y aceptó la demanda de impugnación.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 17505-2005-23685
Juez Ponente: Dr. Fernando Antonio Cohn Zurita

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

Quito, martes 8 de septiembre del 2020, las 10h10,

VISTOS: Agréguese el escrito presentado el viernes 4 de septiembre de 2020 a las 11h43 por la parte actora del proceso de instancia, por el que se autoriza al abogado Santiago Vinueza Morales a fin de que *"acuda a la audiencia de sustanciación del recurso de casación interpuesto por el Servicio de Rentas Internas"*. Al respecto se deja constancia que el presente proceso se lleva a cabo conforme a la Ley de Casación, de acuerdo a la primera disposición transitoria del Código Orgánico General de Procesos, por lo que no está contemplada la realización de audiencia, salvo la de estrados, que se celebra a petición de parte, y que de acuerdo al artículo 14 de la Ley de Casación debía pedirse dentro del término de 3 días posteriores al término para contestar la casación. El lapso para contestar la casación venció el lunes 17 de febrero de 2020, por lo que el término para solicitar la audiencia de estrados venció el jueves 20 de febrero, sin que hasta esa fecha se haya presentado la misma, por lo que se rechaza por improcedente y extemporánea la petición contenida en el escrito que se provee.

En atención a que el proceso se encuentra en estado de resolver, se lo hace a continuación:

El abogado Diego Cevallos Izquierdo, en calidad de procurador judicial de la Directora General del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación en contra de la sentencia de 16 de mayo de 2018, a las 15h44 emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, dentro del juicio No. 17505-2005-23685, accionado por el señor Giuseppe Tonello Foscarini, en su calidad de representante legal de la Fundación Fondo Ecuatoriano Populorum Progressio FEEP, de impugnación a la Resolución No. 917012005RREV000388 a través de la cual se resolvió el recurso de revisión iniciado de oficio, por petición del Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas para dejar sin efecto varias resoluciones de devolución de IVA pagado, emitidas a favor de la referida Fundación.

PRIMERO: COMPETENCIA.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación en conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 1 de la Codificación de Ley de Casación en concordancia con la disposición transitoria primera del Código Orgánico General de Procesos.

SEGUNDO: DECISIÓN DE INSTANCIA.- La sentencia recurrida acepta la demanda y declara la invalidez de la resolución del recurso de revisión.

TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.- El recurso de casación presentado el 31 de mayo de 2018 fue calificado de oportuno y de cumplir los requisitos formales establecidos en el artículo 6 de la Ley de Casación, por lo que se dispuso concederlo y elevar el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

CUARTO: ADMISIÓN.- Mediante auto de admisión de 10 de febrero de 2020, a las 09h24, el doctor Paúl Alejandro Rengel Maldonado, en su calidad de Conjuez de esta Sala, declaró la admi-

sibilidad del recurso de casación propuesto, que se basó en el numeral 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del párrafo primero del artículo 139 del Código Tributario vigente en el ejercicio fiscal 2002 (actual artículo 143), aplicación indebida de los artículos 96 y 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) y falta de aplicación de los artículos 13 y 140 del Código Tributario, vigente en el ejercicio fiscal 2002 y del artículo 139 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE). En dicho auto se dispuso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 13 de la Ley de Casación, correr traslado a la contraparte de la admisión del recurso, para que dé contestación dentro del término de cinco días. La parte actora del proceso de instancia contestó el traslado mediante escrito presentado el 17 de febrero de 2020, en el que se solicita que se rechace el recurso de casación.

QUINTO: INTEGRACIÓN TRIBUNAL JUZGADOR.- Mediante sorteo de la causa, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores José Dionicio Suing Nagua (juez titular), Gustavo Adolfo Durango Vela (juez encargado) y Fernando Antonio Cohn Zurita (juez encargado y ponente de esta causa).

Mediante acción de personal No. 301-UATH -2020-OQ de 22 de junio del 2020 suscrita por la Jefe de la Unidad Administrativa y Talento Humano de la Corte Nacional de Justicia, en concordancia con la Resolución No. 065-2020 de 18 de junio de 2020 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, se legaliza el reintegro del Dr. José Suing Nagua en calidad de Juez Nacional y por Resolución No. 08-2020 de 24 de junio de 2020, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integra al doctor José Suing Nagua a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario.

De la acción de personal No. 302-UATH -2020-OQ de 22 de junio del 2020 suscrita por la Jefe de la Unidad Administrativa y Talento Humano de la Corte Nacional de Justicia, en concordancia con la Resolución No. 065-2020 de 18 de junio de 2020 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, se legaliza el reintegro del Dr. Gustavo Durango Vela en calidad de Conjuez Nacional. Mediante Oficio 635-SG-CNJ de 1 de julio de 2020 la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia llama al Dr. Gustavo Durango a asumir el despacho en la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, avalado por la acción de personal Nro. 317-UATH-2020-OQ de la misma fecha.

En virtud de las Resoluciones No. 188-2019 y 197-2019 emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura y el oficio No. 2363-SG-CNJ-ROG de fecha 03 de diciembre de 2019, suscrito por la doctora Paulina Aguirre Suárez, en calidad de Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, y en la acción de personal No. 278-UATH-2019-OQ, se designó al doctor Fernando Antonio Cohn Zurita en calidad de Juez Nacional encargado, en la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en el despacho que estaba a cargo del doctor José Luis Terán Suárez.

SEXTO: VALIDEZ PROCESAL.- De la revisión del proceso no se observa ninguna circunstancia que puede afectar su validez procesal y tampoco existe nulidad alguna que declarar, por lo que se declara la plena validez del mismo.-

SÉPTIMO: SENTENCIA RECURRIDA.- En el fallo se señala como antecedentes que la parte actora es una fundación que obtuvo financiamiento internacional para el desarrollo de sus actividades sin fines de lucro, habiendo inscrito en el SRI los convenios para sus actividades, en el catastro de ejecutores de convenios internacionales, y solicitado en los años 2002 y 2003 la devolución de IVA por cada proyecto, de acuerdo al [segundo párrafo] del artículo 69B de la Ley de Régimen Tributario Interno (73 de acuerdo a numeración en la codificación del año 2004), las que fueron aprobadas por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas; que posteriormente la misma autoridad propuso recurso de revisión ante el Director General del SRI, en atención a que los convenios celebrados entre la fundación y las organizaciones que le proveían los fondos tenían el carácter de privados y no se encasillaban en el supuesto previsto en el artículo 69B de la Ley de Régimen Tributario de la época; que el Director General del SRI consideró que los actos a través de los cuales se dispuso la devolución del IVA habían incurrido en error de derecho (al no cumplir los convenios con la condición prevista en la norma), por lo que se dispuso que la fundación restituya los valores que le fueron devueltos. En la parte considerativa el Tribunal anotó que es improcedente que la misma autoridad que emitió los actos administrativos de devolución de IVA, que llegaron a ejecutoriarse, insinúe revisión de los mismos, pues dicha situación no se ajusta al precepto legal del artículo 139 del Código Tributario (según numeración de la época, 143 según numeración conforme a la codificación del

año 2005), pues la única autoridad que puede iniciar de oficio el recurso es el Director General del SRI y que ese criterio que ha sido expresado por la Sala Especializada de lo Fiscal de la ex Corte Nacional de Justicia dentro del recurso de casación No. 261 publicado en el Registro Oficial No. 198 de 25 de octubre de 2007, en el que se indica que la insinuación no puede ser realizada por la autoridad que emite el acto objeto de revisión; que habiéndose sustentado la autoridad en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) para dejar sin efecto los actos que no tenían base legal, debía tomar en cuenta también los artículos 96 y 97 del mismo cuerpo legal, que establece que bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por actos u omisiones de la administración, que esta conocía o debía conocer, y que la anulación por parte de la administración de actos no anulables, requiere declaratoria previa de lesividad y su impugnación ante el Tribunal Contencioso Administrativo; que ha sido la propia administración la que, sin proceder con el análisis de los requisitos determinados en el artículo 69B de la Ley de Régimen Tributario Interno, ha catastrado los convenios suscritos por la actora y así ha declarado que tenía derecho a la devolución del IVA, lo que implica que los actos administrativos no podían ser declarados extinguidos por el SRI en función de los artículos 93 y 94 del ERJAFE, pues los mismos incurren en la definición de actos propios, ya que le correspondía a la administración tributaria analizar que los convenios reúnan los requisitos legales para que sirvan de fundamento al derecho a la devolución del IVA a la actora. En la parte resolutiva el Tribunal concluye que no podía la administración tributaria sustentarse para la revisión en su propio error, ni el recurso podía ser insinuado por la misma autoridad que emitió los actos objeto de la revisión, ni utilizando una vía no idónea para dejar sin efecto las resoluciones de devolución de IVA.

OCTAVO: ERRORES ALEGADOS.- El recurrente expresa que en la sentencia se ha incurrido en violación de las siguientes normas de derecho, conforme a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación: i) errónea interpretación del artículo 139 (actual 143) del Código Tributario, al excluir a la autoridad que emite los actos objeto de la revisión de la posibilidad de insinuar la misma, cuando la norma no detalla esa restricción, y que sobre ese particular ya se ha pronunciado la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia dentro del recurso de casación No. 17751-2014-0568 del 29 de septiembre de 2017; ii) aplicación indebida de los artículos 96 y 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), ya que según el artículo 139 del mismo Estatuto, las disposiciones relacionadas al procedimiento que este contiene, no son aplicables a los procedimientos tributarios, que se regirán por las respectivas disposiciones legales y reglamentarias de la materia; criterio en que participa el fallo No. 17751-2014-0568 ya citado; iii) falta de aplicación del artículo 13 del Código Tributario que establece supletoriedad de otros cuerpos legales, que de haberse aplicado hubiera conducido a la conclusión de que no hay vacío en el Código Tributario, ya que si bien este no contempla la lesividad, si reconoce la institución del recurso de revisión; iv) Falta de aplicación del 140 del Código Tributario, que es el que permite revisar el acto contrario a la ley, que fue el que siguió la administración; v) falta de aplicación del artículo 139 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), que se relaciona con el cargo de la indebida aplicación de los artículos 96 y 97 del mismo Estatuto, cuya alegación se ha detallado en líneas anteriores.

NOVENO: CONTENIDO DE LA CAUSAL.- La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, de modo expreso establece que procede el recurso existe *"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".*

DÉCIMO: ALCANCE DE LOS ERRORES ALEGADOS.- Humberto Murcia Ballén enseña que la falta de aplicación de norma ocurre *"cuando el dictar la sentencia el juez no la aplica, debiendo haberla aplicado en ella"* y que ello *"significa, en todo caso, el desconocimiento de la verdadera y real voluntad del legislador expresada en el precepto legal no aplicado; por lo tanto, la decisión resulta absolutamente contraria a lo que en derecho corresponde"*; que la aplicación indebida ocurre cuando *"entendida rectamente la norma de derecho en su alcance y significado, se la aplica a un caso que no es el que ella contempla",* y que la errónea interpretación, al contrario de las otras violaciones legales (falta de aplicación y aplicación indebida), no se trata de un yerro sobre la *"relación entre el hecho específico*

concreto y el hecho hipotetizado en la norma jurídica, sino de un error acerca del contenido de esta" (Recurso de Casación Civil, Sexta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, Bogotá Colombia, páginas 328 a 334)

UNDÉCIMO: NORMAS CUYA VIOLACIÓN ACUSA EL RECURSO:

Código Tributario (según numeración vigente al ejercicio económico 2002; cuyo texto no se modificó al momento de la insinuación del recurso de revisión, ni en la codificación del año 2005, vigente a la fecha de emisión de la resolución del recurso de revisión)

Art. 13.- *Normas supletorias.- Las disposiciones, principios y figuras de las demás ramas del Derecho, se aplicarán únicamente como normas supletorias y siempre que no contraríen los principios de igualdad y generalidad.*

La analogía es procedimiento admisible para colmar los vacíos de la Ley, pero en virtud de ella no pueden crearse tributos ni exenciones.

Art. 139.- *El Director General del Servicio de Rentas Internas, en la Administración Tributaria Central y los Prefectos Provinciales y Alcaldes, en su caso, en la Administración Tributaria Seccional y las máximas Autoridades de la Administración Tributaria de excepción, tienen la potestad facultativa extraordinaria de iniciar, de oficio o por insinuación debidamente fundamentada de una persona natural o jurídica, que sea legítima interesada o afectada por los efectos jurídicos de un acto administrativo firme o resolución ejecutoriada de naturaleza tributaria, un proceso de revisión de tales actos o resoluciones que adolezcan de errores de hecho o de derecho, en los siguientes casos: (…)*

Art. 140.- *Tramitación del recurso.- Cuando la autoridad competente tuviere conocimiento, por cualquier medio, que en la expedición de un acto o resolución se ha incurrido en alguna de las causales del artículo anterior, previo informe del departamento jurídico, si lo hubiere, o de un abogado designado para el efecto, dispondrá la instauración de un expediente sumario con notificación a los interesados, siempre y cuando se trate de cuestiones que requieran de la presentación o actuación de pruebas. Si el recurso se refiere a cuestiones de puro derecho no se requerirá la apertura del referido expediente sumario. El sumario concluirá dentro del término fijado por la Administración Tributaria el cual no será menor a cinco días ni mayor a veinte días, dentro de los cuales se actuarán todas las pruebas que disponga la administración o las que presenten o soliciten los interesados.*

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

Art. 96.- ACTOS PROPIOS.- **(texto vigente durante la tramitación del recurso de revisión).-** *Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado.*

Art. 97.- LESIVIDAD.- **(texto vigente durante la tramitación del recurso de revisión).-** *La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación entre el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente.*

La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.

Art. 139.- **(texto vigente desde la publicación del Decreto No. 2428 a través del cual se expidió el ERJAFE, en el Registro Oficial No. 536 del lunes 18 de marzo de 2002, hasta la derogatoria del artículo mediante la parte final del artículo 24 del Decreto No. 2772 del 25 de junio de 2002, publicado en el Registro Oficial No. 616 del jueves 11 de julio de 2002; Decreto reformatorio que cobró vigencia a partir de su publicación, de acuerdo al artículo 26 del mismo).-** *PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS.- Las disposiciones de este estatuto con relación a los procedimientos no serán aplicables a los procedimientos tributarios, los mismos que se regirán por las respectivas disposiciones legales y reglamentarias de la materia (…)"*

DUODÉCIMO SEGUNDO: ANÁLISIS DE LOS TEMAS CONTROVERTIDOS.- Esta Sala

Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para resolver el problema jurídico planteado, derivado del cuestionamiento a la sentencia, considera: 12.24) Aun cuando se ha señalado que la sola aplicación del artículo 96 justifica la decisión del Tribunal para dejar sin efecto la revisión efectuada por el SRI respecto de las resoluciones de devolución del IVA, se entra a analizar el cargo de errónea interpretación del artículo 139 del Código Tributario (según texto y numeración previa a su codificación en el año 2005), que a decir del Tribunal de instancia impedía al emisor de las resoluciones de devolución de IVA, a insinuar su revisión.

12.1) En cuanto al cargo de errónea interpretación del artículo 139 (actual 143) del Código Tributario, debe analizarse si dicho artículo permite o imposibilita que el recurso de revisión pueda ser impulsado a iniciativa de la autoridad que emitió el acto o resolución que debe ser revisado. El artículo 139 del Código Tributario establecía que la insinuación del recurso podía ser realizada por insinuación de legítima interesada o afectada por los efectos jurídicos del acto o resolución administrativos.

12.2) En el concepto "legítima interesada o afectada", que puede insinuar el recurso de revisión, se entiende que está comprendido el propio contribuyente o quien, sin tener esa calidad, podría eventualmente sufrir una consecuencia por la firmeza o ejecutoriedad de los actos o resoluciones administrativas. En esa categoría estarían comprendidas las mismas personas que están habilitadas para impugnar un acto o resolución que no está firme ni ejecutoriada (art. 234 del Código tributario de la época, que hace referencia a los "contribuyentes o interesados directos"), y por tanto resultaría altamente discutible que en esa categoría pueda estar incurso quien emitió el acto objeto del recurso de revisión, por las consecuencias administrativas que le podría conllevar el emitir una acto o resolución errado. Sin perjuicio de ello, la iniciativa de un funcionario que comunique a la máxima autoridad de la administración de la existencia de un acto o resolución que incurre en una de las causales para la revisión, estaría comprendido entre las acciones "de oficio", que nacen de la misma entidad, siendo inconcebible que la máxima autoridad tributaria pueda en forma directa conocer de aquellos actos que son susceptibles de ser revisados, sin la participación de los funcionarios que conforman la entidad, entre ellas las que emitieron los actos o resoluciones a revisarse, que son las que más estarían al tanto de los errores incurridos, por ser quienes los cometieron. Por tanto, el hecho de que el mismo funcionario que emitió los actos o resoluciones que son objeto de la revisión, haya suscitado su iniciación, no ocasiona su nulidad, aun cuando su actuación haya sido denominada como insinuación, pues no se produce ninguno de los supuestos previstos en el artículo 132 del Código Tributario de esa época (actual 139), ya que finalmente el recurso es sustanciado y resuelto por la autoridad competente y no se ha impedido el derecho de defensa, ni el hecho de que se denomine como insinuación a la iniciativa interna del funcionario que dictó los actos o resoluciones para que los mismos se revisen, influya en la decisión de la causa. Por tanto SE ESTABLECE QUE EL TRIBUNAL HA INTERPRETADO ERRÓNEAMENTE EL ARTÍCULO 139 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO DE LA ÉPOCA, AL CONSIDERAR QUE COMO EFECTO DEL MISMO SE HA VIOLADO EL TRÁMITE DEL RECURSO DE REVISIÓN.

12.3) En virtud de que el artículo 139 del ERJAFE cuya falta de aplicación el recurrente acusa, es uno de los sustentos de otros cargos (indebida aplicación de los artículos 96 y 97 del mismo cuerpo normativo) y que su texto ya no estaba vigente a la fecha de tramitación del recurso de casación, esta Sala considera que ese es el fundamento que debe ser analizado a continuación.

12.4) En materia tributaria prevalece el principio de irretroactividad, conforme el artículo 257 de la Constitución del año 1998 vigente en la época del trámite de recurso de revisión (cuando se aplique en perjuicio del contribuyente), que se consagra también en el artículo 300 de la Constitución vigente. En función de que la Constitución del año 1998 estaba en vigencia a la época de la Codificación del Código Tributario en el año 2005, se incorporó en el artículo 5 de este último el principio de irretroactividad.

12.5) El correcto alcance de ese principio se lo debe vincular con el artículo 10 del Código Tributario (del año 1975, artículo 11 en la Codificación del año 2005), esto es, que la norma tributaria rige desde el día siguiente al de la publicación en el Registro Oficial, salvo que se fije fecha especial posterior, y que cuando la norma se refiera a tributos cuya determinación o liquidación por períodos anuales, se aplicará desde el primer día del siguiente año o desde el primer día del mes siguiente cuando se trate de períodos menores. De esa forma se garantiza la seguridad jurídica, a fin de que los

contribuyentes puedan prever las consecuencias de sus actos.

12.6) Por tanto, la irretroactividad tributaria guarda relación con su ámbito sustantivo, más no con el procedimental, de tal suerte que la forma y condiciones para iniciar los trámites administrativos y judiciales no están anclados a la normatividad vigente a la fecha en que se produjo el hecho generador de los tributos, sino que se rigen con las normas vigentes al momento de la instauración del proceso. Su excepción se da respecto a los trámites ya iniciados al amparo de una norma procedimental, que continuarán bajo su regulación (ultraactividad de norma procedimental). Así, el numeral 20 del artículo 7 del Código Civil señala: *"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente". De igual manera, y para fines netamente ejemplificativos cabe mencionar la primera disposición transitoria del COGEP: "Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación"*. El Código Tributario no fue ajeno a esa regla, pues al momento de su expedición en el año 1975 (Registro Oficial Suplemento No. 958, del martes 23 de diciembre de 1975) el legislador dispuso su vigencia desde su publicación en el Registro Oficial (artículo 447), pero que las reclamaciones que al momento de la expedición del Código se hallaren aún pendientes de resolución continuarán tramitándose de acuerdo con las normas vigentes al momento de su presentación.

12.7) En atención a que a la fecha del inicio del trámite del recurso de revisión (con su insinuación en el año 2004) no estaba vigente el texto original del artículo 139 del ERJAFE del año 2002 (que establecía que las disposiciones referentes a los procedimientos no serán aplicables a los de carácter tributario), pues el mismo fue derogado antes de dicha iniciación, mediante la parte final del artículo 24 del Decreto No. 2772 (del 25 de junio de 2002, publicado en el Registro Oficial No. 616 del jueves 11 de julio de 2002), no tiene sustento el cargo formulado por el recurrente de falta de aplicación del mismo, ya que al momento de la iniciación de la sustanciación del trámite la norma invocada ya no estaba vigente, siendo irrelevante el hecho de que el recurso de revisión haya recaído respecto de devoluciones de IVA por transacciones realizadas antes de la derogatoria (e incluso en ese caso, no todas las transacciones habían sido efectuadas antes de la abrogación normativa, pues algunas se realizaron con posterioridad a la misma). POR TANTO, SE RECHAZA EL CARGO DE FALTA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 139 DEL ERJAFE.

12.8) En cuanto al cargo de indebida aplicación de los artículos 96 y 97 del ERJAFE, el recurrente lo fundamentó no solo en la falta de aplicación del artículo 139 ibídem (sustento que ha sido ya rechazado), sino también en que el recurso de revisión debía seguir el procedimiento fijado en las normas específicas para la materia (artículo 140 del Código Tributario cuya falta de aplicación acusa el recurrente) sin necesidad de recurrir a normas supletorias (artículo 13 del Código Tributario, que también el casacionista señala que fue dejado de aplicar).

12.9) El artículo 140 del Código Tributario (según numeración antes de su codificación del año 2005) detallaba el procedimiento que debía seguirse en el recurso de revisión, esto es, que la máxima autoridad de la correspondiente administración tributaria, al tener conocimiento de que en la expedición de un acto o resolución se haya incurrido en una de las causales previstas en el artículo 139 ibídem, sustancia un trámite para su revisión, con sumario en caso de que haya prueba que practicar. El artículo 13 del Código Tributario dispone que cabe la aplicación de normas de otras ramas del derecho en forma supletoria, esto es, en caso de que los hechos analizados carezcan de normas propias de la materia. El artículo 96 del ERJAFE bajo el título de actos propios señala que bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por las entidades, cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades conocían o debían conocer (que no hayan sido provocados por el particular interesado), que debían ser solicitados o llevados a cabo. El artículo 97 del ERJAFE dispone que la anulación por parte de la administración de los actos declarativos de derechos y no anulables requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su im-

pugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

12.10) En suma, a través de los cargos respecto a 4 artículos (falta de aplicación de los artículos 13 y 140 del Código Tributario, e indebida aplicación de los artículos 96 y 97 del ERJAFE), el recurrente arguye que para la procedencia de aplicación de norma supletoria debía existir un vacío normativo del cuerpo legal de la materia (conforme al artículo 13 del Código Tributario), y que tal carencia no existía, pues estaba previsto el trámite del recurso de revisión en la normatividad de la materia (artículo 140 del Código Tributario), por lo que mal podía exigirse una declaratoria de lesividad previa ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (art. 97 del ERJAFE), ni establecer una limitación o impedimento para la revisión basada en la doctrina de los actos propios (prevista en el art. 96 del ERJAFE).

12.11) La jurisprudencia tributaria se ha pronunciado respecto a la procedencia o improcedencia de exigir la declaratoria de lesividad previo a la revisión administrativa de actos o resoluciones ejecutoriadas de orden tributario. Inicialmente, en los casos 261-2006 (3 de septiembre de 2007, Registro Oficial No. 198 del 24 de julio de 2007, Registro Oficial No. 198 del jueves 25 de octubre de 2007) y 130-2008 (19 de septiembre de 2008, Registro Oficial Suplemento No. 84 del miércoles 9 de diciembre de 2009) la en ese entonces Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia consideró que la facultad de autotutela de la administración se ve limitada cuando ha dictado un acto o resolución que ha adquirido firmeza o ejecutoriedad, requiriendo para su anulación el sometimiento a los jueces, que en nuestro país se da a través del artículo 97 del ERJAFE, siendo nula la revisión que no haya sido encausada a través de la declaratoria de lesividad y demanda de nulidad del acto o resolución ante el Tribunal Contencioso Administrativo. Dicha postura fue abandonada por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario en la sentencia emitida el 7 de junio de 2010 dentro del caso No. 48-2010 (Registro Oficial, Edición Especial No. 473 del martes 26 de enero de 2016), en la que se señaló *que "En materia tributaria, los autores del Código, no previeron la institución del recurso de lesividad, típico del Derecho Contencioso Administrativo, porque el recurso de revisión, que se lo presenta siempre ante la máxima autoridad administrativa, vino a sustituirlo, justamente para corregir, enmendar o eliminar los efectos de un acto firme o una resolución ejecutoriada"*. Ulteriormente la misma Sala confirmó esa nueva posición mediante sentencia emitida el 16 de agosto de 2017 dentro del recurso de casación No. 568-2014 relacionado con el juicio de impugnación 09501-2013-0133, en la que se cita otras sentencias similares en los juicios 445-2013, 568-2014 y 047-2014.

12.12) En lo relacionado a la **lesividad**, esta Sala coincide con el cambio de postura referido en la sentencia emitida dentro del caso 48-2010 reseñada en el apartado precedente, pues en el Código Tributario está perfectamente contemplado desde su promulgación en el año 1975, el procedimiento para la revisión de actos o resoluciones firmes o ejecutoriados, que es distinto al previsto en el ERJAFE para los actos administrativos en general; así, en materia administrativa no tributaria, se efectúa la declaratoria de lesividad que está sometida al escrutinio del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo conforme al artículo 23 literal d de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente en ese entonces (y ulteriormente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo en caso de recurso de casación de lo dispuesto por el Tribunal); en cambio, en materia administrativa tributaria, la revisión nace por decisión de la máxima autoridad administrativa, de oficio o por insinuación de parte, en un trámite con intervención del contribuyente, que finaliza con una resolución que puede ser objeto de impugnación judicial (art. 234 numeral 5 del Código Tributario según numeración de texto original, art. 220 numeral 5 de acuerdo a numeración en codificación del año 2005; art. 320 numeral 5 del COGEP), y posteriormente de recurso de casación. En consecuencia, EN LO RELACIONADO A LA PROCEDENCIA DEL TRÁMITE DE LESIVIDAD, HA HABIDO FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 140 Y 13 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO (SEGÚN TEXTO Y NUMERACIÓN ORIGINALES) E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 97 DEL ERJAFE. Estando previsto en el Código Tributario el procedimiento para la revisión administrativa de actos o resoluciones ejecutoriadas (art. 140 CT), no cabía aplicar norma procedimental de otro cuerpo legal (art. 97 ERJAFE), al no cumplirse el requisito de carencia de norma para la supletoriedad (art. 13 CT).

12.13) En relación al cargo de indebida aplicación del artículo 96 del ERJAFE que recoge la doctrina de los **actos propios**, por el que se dispone que

los administrados no podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por la administración en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo, esta Sala debe dilucidar si dicha norma es o no aplicable a la materia tributaria administrativa.

12.14) Como fue indicado en apartados anteriores, el trámite para el recurso de revisión está plenamente previsto en el Código Tributario, por lo que no cabe aplicar supletoriamente normas de otros cuerpos legales en lo relacionado al procedimiento, esto es, a las fases que debe seguir un trámite; sin embargo, el artículo 96 del ERJAFE no regula propiamente el procedimiento sino que impone una regla de conducta de la administración, propia de la doctrina de los actos propios. Por ello, la administración ha aplicado en su resolución del recurso de revisión artículos del ERJAFE, que aunque se encuentren dentro de un capítulo de procedimiento, no tratan específicamente sobre una fase del trámite. Así, como señala la sentencia recurrida (que puede corroborarse en el texto de la resolución impugnada en el mismo, párrafos 10 a 12, foja 35 del expediente), la administración tributaria sustentó su decisión en normas del ERJAFE (artículos 93 y 94) que se encuentran dentro de un capítulo referido a trámites.

12.15) La doctrina de los actos propios introduce el factor ético en las relaciones entre la administración y los administrados, inspirado en el principio de buena fe, como neutralizador de posturas contradictorias.

12.16) La buena fe domina todo el tráfico jurídico, en la órbita del derecho privado y público, el derecho administrativo y procesal, pues *"tan intensa y múltiple es la intervención estatal en la vida cotidiana de los particulares, que la no vigencia del principio respecto de la Administración significaría que un vasto sector de las relaciones jurídicas quedarían fuera del amparo de una regla tan cardinal. Poco avanzaría el derecho si paralelamente a los progresos del derecho privado al incorporar pautas cada vez más elevadas de comportamiento, se operara la continua expansión de un derecho público que no respetara tales pautas"* (Héctor Mairal, La doctrina de los propios actos y la administración pública, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, página 52).

12.17) Por el principio de buena fe, las personas naturales y jurídicas tienen que velar que su comportamiento no suscite en la contraparte confianzas fundadas, que sean posteriormente defraudadas; con ello se exige de todo sujeto una conducta coherente (Luis Diez Picazo, La Doctrina de los Propios Actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Editorial Bosch, Barcelona, 1963, página 142)

12.18) Puede definirse a la doctrina de los actos propios como la regla derivada del principio de buena fe, que impone una limitación el ejercicio de los derechos consagrados en las leyes, a los sujetos que, con una conducta anterior, han suscitado en otro sujeto una confianza o expectativa que luego se pretende desconocer, si la primera conducta impulsó a su receptor a actuar en función de la misma. En los países de tradición latina, el principio se encuentra recogido en el brocardo "venire contra factum proprium non valet", que significa que no se puede actuar contra los propios actos.

12.19) En el presente caso, tal como reconocen ambas partes, la parte actora buscó financiamiento de terceros, basada en varios convenios, cuya inscripción fue realizada por el SRI a fin de considerar al ejecutor como beneficiario de la devolución de IVA en función de lo establecido en el artículo 69B de la Ley de Régimen Tributario Interno. En función de la inscripción de los convenios (catastrado por el SRI con el único propósito de que el ejecutor se considere beneficiario de la devolución de IVA) había una expectativa legítima de que finalmente el gasto de la ejecución del convenio comprendería únicamente el monto de las transacciones, pues el IVA seria finalmente recuperado en aplicación del artículo 69B de la Ley de Régimen Tributario Interno.

12.20) La Fundación, ejecutora de los convenios, solicitó la devolución del IVA en diferentes trámites, que le fue admitida por varias resoluciones. Posteriormente el SRI señala que fue un error la devolución, y que la inscripción/catastro de los convenios que le precedieron, también fue producto de un error, ya que los mismos no estaban incursos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 69B de la Ley de Régimen Tributario Interno. Con ello, el monto a desembolsar que el ejecutor previó (en función de la inscripción de los convenios), no va a comprender solo los montos cobrados por los proveedores, sino también los correspondientes valores de IVA (que inicialmente tuvo que desembolsar y que recuperó al solicitar su devolución, y de los que el SRI dispuso su restitución).

12.21) Esta Sala debe decidir si el artículo 96 del ERJAFE no se aplica al SRI. Como ya fue indicado, el referido precepto no regula las fases de procedimiento (que ya están plenamente previstas en el Código Tributario para el recurso de revisión en el ámbito tributario), sino una norma de conducta que impide a la administración perjudicar a los administrados por los errores de aquella, si el error no estuvo propiciado por una acción del mismo administrado; por lo que no colisiona con los artículos 140 y 13 del Código Tributario.

12.22) Al tramitarse la inscripción de los convenios para los propósitos previstos en el artículo 69B de la Ley de Régimen Tributario Interno, el SRI pudo revisar su contenido, y evaluar si los mismos se encuadraban en alguno de los presupuestos establecidos en la norma. Al haberse inscrito los convenios, el ejecutor tuvo una expectativa legítima, provocada por la misma administración, de que finalmente no incurriría en pagos definitivos de IVA (pues los montos desembolsados por ese concepto serían finalmente recuperados).

12.23) EN FUNCIÓN DE ELLO, ESTA SALA CONSIDERA QUE SÍ ERA PERTINENTE AL CASO LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 96 DEL ERJAFE. Esa aplicación, por sí misma (y dejando a un lado los restantes sustentos legales expuestos en la sentencia recurrida, que en los anteriores apartados de este fallo se desestiman), justifica la decisión del Tribunal para que se deje sin efecto la revisión de las resoluciones de devolución de IVA, pues el SRI, contrariando la legítima expectativa del administrado que nació de un error de la administración, no provocada por el administrado, consistente en la inscripción de los convenios, desconoce el efecto de su error, que indujo al ejecutor a realizar las transacciones (y al organismo proveedor de los recursos, a financiar los proyectos), confiado en que el desembolso final solo comprendería los montos cobrados por los proveedores de las transacciones realizadas en la ejecución (pues el IVA sería final y definitivamente recuperado).

DÉCIMO TERCERO: Por las consideraciones precedentes (en especial lo señalado en los apartados 12.11 a 12.23), esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA",** resuelve NO CASAR la sentencia emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia del Pichincha, el 16 de mayo de 2018, a las 15h44, dentro del juicio de impugnación No. 17505-2005-23685. Sin costas. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Cohn Zurita Fernando Antonio, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. José Dionicio Suing Nagua, JUEZ NACIONAL; Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela, JUEZ NACIONAL (E).

ACLARACIÓN
Juicio No. 17505-2005-23685

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

Quito, viernes 18 de septiembre del 2020, las 12h14,

VISTOS: Proveyendo el escrito de aclaración planteado por la parte demandada en el proceso de instancia, se considera lo siguiente: i) Conforme al artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, la aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; ii) El recurrente sostiene que al haber la Sala admitido ciertos cargos formulados en la casación, correspondía casar la sentencia y expedir otra, por el mérito de los hechos establecidos en el fallo, conforme el artículo 16 de la Ley de Casación; iii) Tal como fue referido en el fallo objeto del recurso de aclaración, hubo múltiples razones por las que el Tribunal de instancia admitió la demanda, que se reseñaron en el ordinal séptimo de la sentencia de esta Sala; iv) En el fallo que se recurre, esta Sala rechazó la fundamentación de varios de los supuestos en que se fundamentó el Tribunal para admitir la demanda, salvo uno de ellos, que por sí solo provocaba que la pretensión del actor de todas maneras deba declararse con lugar; particular del que se dejó constancia en el apartado 12.23 de la sentencia de esta Sala, por lo que el fallo del Tribunal no debía ser casado, ya que los yerros detectados no tenían incidencia en el resultado final, que es el requisito previsto para la causal primera

del artículo 3 de la Ley de Casación para que el recurso prospere (que los yerros "hayan sido determinantes en su parte dispositiva"); v) De la atenta lectura del fallo, se constata que tales particulares están plenamente evidenciados, por lo que no hay aclaración que realizar.**Dr. Cohn Zurita Fernando Antonio, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. José Dionicio Suing Nagua, JUEZ NACIONAL; Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela, JUEZ NACIONAL (E).**

III

Juicio Nro. *17510-2017-00471*
Resolución Nro. *243-2020*
Fecha: *26 de octubre del 2020, las 14h57*

TEMA: Facultad para verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo.

ASUNTO

La compañía PRODUCTOS AVON (ECUADOR) impugna la resolución No. 117012017RREC111106 de 19 de junio de 2017, emitida por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, que niega el reclamo administrativo de impugnación del acta de determinación correspondiente al impuesto a los consumos especiales del periodo febrero a diciembre de 2011.

El punto de debate se centra en definir si la administración tributaria, bajo la potestad de verificar sus propios actos de determinación, puede incluir en esta actividad hechos que no fueron considerados en la fiscalización primigenia o debe centrarse únicamente en los aspectos que fueron materia de determinación inicial.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, fija como objeto de la controversia el establecer la legalidad y validez de la resolución No. 117012017RREC111106, acto administrativo mediante el cual se vuelve a determinar por parte del Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas el impuesto a los consumos especiales correspondientes al período febrero a diciembre de 2011, a cargo de la compañía PRODUCTOS AVON (ECUADOR).

El órgano jurisdiccional concluye que lo realizado por la administración tributaria no se trató de una verificación del acta de determinación por el impuesto a los consumos especiales de importación, sino que consistió en volver a determinar este gravamen con respecto a los productos de fabricación nacional elaborados por un contribuyente que provee a PRODUCTOS AVON (ECUADOR), lo que contraría lo dispuesto en el artículo 94.3 del Código Tributario, en virtud de que una verificación del acta de determinación significa que no se pueden incluir hechos que no fueron abordados allí, esto es, que no se pueden incorporar otros hechos que no fueron materia de fiscalización o determinación inicial.

El tribunal agrega que, al estar el acta de determinación en firme, al no haber sido objeto de impugnación, no podía ser modificada sino a través de los recursos que la ley prevé, como por ejemplo el recurso de revisión en sede administrativa.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 17510-2017-00471
Juez Ponente: Dr. Fernando Antonio Cohn Zurita

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

Quito, lunes 26 de octubre del 2020, las 14h57,

VISTOS:

La abogada Alejandra Álvarez Castillo, procuradora fiscal del Director Zonal 9 del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, interpone recurso de casación en contra de la sentencia del 9 de agosto de 2018, a las 10h22, emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; dentro del juicio No. 17510-2017-00471, accionado por la compañía PRODUCTOS AVON (ECUADOR) , en contra de la Resolución No. 117012017RREC111106, de 19 de junio de 2017, en la que niega el reclamo administrativo de impugnación al Acta de Determinación No. 17201624901318644, correspondiente al Impuesto a los Consumos Especiales del periodo comprendido de febrero a diciembre del ejercicio fiscal 2011.

PRIMERO: COMPETENCIA.-

La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos y artículos 184 y 185 -segunda parte, numeral 1- del Código Orgánico de la Función Judicial.

SEGUNDO: DECISIÓN DE INSTANCIA.-

La sentencia recurrida acepta la demanda presentada por la compañía PRODUCTOS AVON ECUADOR S.A, representada por el señor Juan Pablo Cuesta Quinteros; y declara la nulidad de la Resolución No. 117012017RREC111106 de 19 de junio de 2017 incluyendo su antecedente el Acta de Determinación No. 17201624901318644, de 9 de diciembre de 2016.

TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.-

El recurso de casación fue calificado como oportuno por el Tribunal de origen, mismo que dispuso elevar los autos a la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

CUARTO: ADMISIÓN.-

Mediante auto del 8 de agosto de 2019, a las 08h23, el doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño, en su calidad de Conjuez de esta Sala, admitió a trámite el recurso de casación.

QUINTO: CONTESTACIÓN AL RECURSO.-

La parte actora del proceso de instancia contestó el recurso de casación mediante escrito presentado el 20 de septiembre de 2019, en el que solicitó que se deseche el recurso.

SEXTO: INTEGRACIÓN TRIBUNAL JUZGADOR.- Mediante sorteo de la causa realizado el 17 de agosto de 2020, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores José Dionicio Suing Nagua (juez titular), Gustavo Adolfo Durango Vela (juez encargado) y Fernando Antonio Cohn Zurita (juez encargado y ponente de esta causa).

Mediante acción de personal No. 301-UATH-2020-OQ de 22 de junio del 2020 suscrita por la Jefe de la Unidad Administrativa y Talento Humano de la Corte Nacional de Justicia, en concordancia con la Resolución No. 065-2020 de 18 de junio de 2020 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, se legaliza el reintegro del Dr. José Suing Nagua en calidad de Juez Nacional y por Resolución No. 08-2020 de 24 de junio de 2020, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integra al doctor José Suing Nagua a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario.

De la acción de personal No. 302-UATH -2020-OQ de 22 de junio del 2020 suscrita por la Jefe de la Unidad Administrativa y Talento Humano de la Corte Nacional de Justicia, en concordancia con la Resolución No. 065-2020 de 18 de junio de 2020 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, se legaliza el reintegro del Dr. Gustavo Durango Vela en calidad de Conjuez Nacional. Mediante Oficio 635-SG-CNJ de 1 de julio de 2020 la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia llama al Dr. Gustavo Durango a asumir el despacho en la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, avalado por la acción de personal Nro. 317-UATH-2020-OQ de la misma fecha.

En virtud de las Resoluciones No. 188-2019 y 197-2019 emitidas por el Pleno del Consejo de

la Judicatura y el oficio No. 2363-SG-CNJ-ROG de fecha 03 de diciembre de 2019, suscrito por la doctora Paulina Aguirre Suárez, en calidad de Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, y en la acción de personal No. 278-UATH-2019-OQ, se designó al doctor Fernando Antonio Cohn Zurita en calidad de Juez Nacional encargado, en la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en el despacho que estaba a cargo del doctor José Luis Terán Suárez.

SÉPTIMO: VALIDEZ PROCESAL.-

De la revisión del proceso no se observa ninguna circunstancia que puede afectar su validez procesal y tampoco existe nulidad alguna que declarar, por lo que se declara la plena validez del mismo.

OCTAVO: ERROR ALEGADO.- El recurrente cuestiona el fallo emitido, al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP, por errónea interpretación del art. 94 numeral 3 del Código Tributario.

NOVENO: CONTENIDO DE LAS CAUSALES.-

9.1 El caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, de modo expreso establece: *"5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto".*

DÉCIMO: ALCANCE DOCTRINARIO DEL ERROR.-

10.1 Luis Armando Tolosa Villabona, en su obra "Teoría y Técnica de la Casación", Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia 2008, página 361, en lo referente a la errónea interpretación manifiesta que: *"Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo. El sentenciador acierta en la norma pero falla en su verdadero significado, alejándose de su espíritu y finalidad"*. En otras palabras la errónea interpretación de normas de derecho consiste en la falta en que incurre el Juez, al dar erradamente a la norma jurídica aplicada un alcance mayor o menor o distinto que el descrito por el legislador.

DÉCIMO PRIMERO: ARGUMENTOS DEL RECURRENTE POR EL VICIO SEÑALADO.-

11.1 En el recurso de casación el Servicio de Rentas internas señala que el Tribunal de Instancia restringe lo establecido en el artículo 94 numeral 3, pues menciona que en un acto de verificación no se deben establecer hechos nuevos; que el alcance correcto de la norma es que dicho numeral contempla la verificación de un acto de determinación, entendiéndose como tal al proceso determinativo en su conjunto, que el presente caso correspondió al ICE de febrero a diciembre del 2011, es decir la norma no realiza restricción alguna sobre los presupuestos que debe contener dicha verificación y peor aún no determina que no se puede realizar dicha verificación de actos firmes; que lo que la norma contempla son los términos en los que se debe realizar dicha verificación, términos que han sido cumplidos a cabalidad por la Administración Tributaria; que el accionar del SRI se fundamenta en lo establecido en el artículo 68 del Código Tributario; que en la especie el SRI en la verificación del acto administrativo determinó un mismo impuesto esto es ICE, lo que se ha advertido es que el contribuyente a más de ser sujeto pasivo de ICE en calidad de importador, es también sujeto pasivo de ICE en calidad de fabricante, sin que se pierda el sentido de la verificación del acta de determinación inicial, tanto es así que los valores consignados a favor de la AVON mediante esta acta fueron también considerados en el Acta de Determinación No. 172016624901318644; que no es admisible que se declaren nulos los actos administrativos, pues no se encuentran enmarcados en ningunos de los presupuestos establecidos en el artículo 139 del Código Tributario, tomando en cuenta que la Administración ha motivado en legal y debida forma dichos actos.

DÉCIMO SEGUNDO: ANÁLISIS DEL CARGO PLANTEADO.-

12.1 A fin de establecer si se configura o no el cargo alegado, este Tribunal Especializado empieza su análisis transcribiendo la norma de derecho que el recurrente estima erróneamente interpretada:

CÓDIGO TRIBUTARIO.

"Art. 94.- Caducidad.- Caduca la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria, sin que se requiera pronunciamiento previo:

(…)

3. En un año, cuando se trate de verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo o en forma mixta, contado desde la fecha de la notificación de tales actos".

12.2 En virtud de que el vicio alegado por el recu-

rrente es que el Tribunal de instancia en la sentencia ha realizado una errónea interpretación del artículo antes detallado, es importante señalar lo que el fallo manifiesta sobre dicho precepto y asuntos conexos, en el considerando SEPTIMO:

"SÉPTIMO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN RELACIÓN A LA IMPUGNACIÓN PLANTEADA Y MOTIVACIÓN DEL TRIBUNAL.- *(…) 7.5.- Del Acta de Determinación No. 17201624901318644, (fs. 1383 a 1410), se establece que fue emitida el 8 de diciembre del 2016 y notificada el día 9 del mismo mes y año, como resultado de la re-determinación iniciada a la compañía PRODUCTOS AVON ECUADOR S.A., sobre la base del Acta de Determinación No. 17201401357813 de 24 de diciembre de 2014, por Impuesto a los Consumos Especiales (ICE) de los meses febrero a diciembre del año 2011. Sin embargo, dicha acta de determinación, conforme el cuadro No. 3 identifica dos actas de determinación: La realizada a PRODUCTOS AVON ECUADOR S.A., y la realizada a QUALIPHARM LABORATORIO FARMACEUTICO S.A., pero la determinación a AVON fue respecto del ICE de Importación de aguas de colonias y de tocador, de la cual la Administración Tributaria estableció un saldo a favor de AVON. Mientras el Acta de Determinación practicada a QUALIFARM, que sin ser la misma empresa, ni ser parte de AVON, no era materia de la determinación hecha a AVON, ni tampoco en dicha acta se determinó el Impuesto a los Consumos Especiales (ICE) a los productos de fabricación nacional. Lo que se evidencia del numeral 3.6.1.2., en el que señala que la Administración Tributaria considerará los valores declarados y pagados por QUALIPHARM LABORATORIO FARMACEUTICO S.A., correspondiente al impuesto a los consumos especiales (ICE), generado por la "fabricación de perfumes y agua de tocador en el periodo comprendido entre enero a diciembre del ejercicio fiscal 2011", porque supuestamente dicho contribuyente presentó las declaraciones a nombre de PRODUCTOS AVON ECUADOR S.A.; lo cual no solo es incomprensible, el procedimiento de la administración, sino que dicha actuación no se enmarca en el presupuesto del artículo 94 numeral tres que señala: "3.- En un año, cuando se trate de verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo o en forma mixta, contado desde la fecha de la notificación de tales actos". En el caso que nos ocupa, conforme lo señalado, lo realizado por la Administración Tributaria no se trató de una verificación del acta de determinación No. 17201401357813 de 24 de diciembre de 2014, por el ICE de importación; sino de una Re-determinación y la misma se la practicó al Impuesto de los Consumos Especiales, pero a los productos de fabricación nacional fabricados por QUALIPHARM, pero no fabricados por AVON, esto es, de otro contribuyente, QUALIPHARM proveedor de AVON y distinto a éste, lo cual consta en la misma acta numeral 3.6.1.2. Lo cual no solo distorsiona el fin de la verificación prevista en el numeral 3 del artículo 94 del Código Tributario, sino que el acto determinativo de 24 de diciembre de 2014, por el ICE de importación del 2011, no fue objeto de impugnación, por ende se encontraba en firme, conforme lo previsto en los artículos 82, 83 y 84 del Código Tributario (…). En cuyo caso, al estar el acto de determinación firme el mismo no podía ser modificado sino a través de los recursos que la ley prevé; por lo que correspondía a la Autoridad Tributaria, activar las acciones o bien el Recurso de Revisión de oficio, según lo previsto en el Art. 143 del Código Tributario, que da la potestad a la Administración Tributaria, de manera extraordinaria de iniciar, de oficio la revisión de un acto administrativo firme o resolución ejecutoriada de naturaleza tributaria, cuando adolezcan de errores de hecho o de derecho (…). Aunque se debe tener en claro que la Administración Tributaria, practicó la re-determinación sobre la base de información contable y declarada por un tercero no de AVON, sino por la información reportada por dicho tercero, procediendo a modificar las cabeceras de las declaraciones de QUALIPHARM afectando resultados de AVON, sin conocimiento y participación de éste, esto es trasladando las operaciones o transacciones de QUALIPHARM como de AVON; sin que esta sea un pronunciamiento del alcance de dichas operaciones o de su procedencia y legalidad de la misma; sino que aquello evidencia la forma que la Autoridad Tributaria realizó la determinación o el procedimiento, como resultado del control de legalidad del acto. (…) 7.8.- Es necesario señalar, que el artículo 329 del Código Orgánico General de Procesos, establece que "Los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad. Serán ejecutables, desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados. Los actos administrativos pueden ser suspendidos conforme con las disposiciones de este código". Así las cosas, de lo señalado en los*

numerales anteriores, se concluye que, tanto jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia No. 38-20 de 13-IX-78; como la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Recurso No. 225-2009, concluyen que la Autoridad Tributaria solo podía pronunciarse en su Resolución exclusivamente sobre los hechos constantes en el acta de determinación-fiscalización, en íntima relación con lo que la propia Autoridad Tributaria determinó en el acta que reconoció crédito tributario al administrado, por ende no es posible incorporar otros hechos que no fueron materia de fiscalización o determinación inicial o que no fueron considerados en el acta de determinación iniciada de oficio por la Administración Tributaria. Así mismo, que el supuesto de la re-determinación practicada por la Administración Tributaria sirve a otro propósito, porque el haber afrontado en la verificación re-determinación, asuntos no considerados en la determinación inicial, constituye una violación de trámite que incide en la resolución. (…)"

12.3 Como se puede apreciar, la sentencia consideró la improcedencia de la redeterminación de ICE realizada, por dos circunstancias: i) que la administración partió de transacciones realizadas por otro sujeto pasivo; ii) que se incluyeron transacciones relacionadas a la fabricación nacional, que son distintas de las analizadas en el proceso de determinación inicial, que se circunscribía a las importaciones.

12.4 Dado que el recurso planteado por la parte demandada en el proceso de instancia solo cuestiona el segundo motivo por el que se declaró con lugar la demanda (verificación respecto de un tipo de transacciones no analizadas en la determinación inicial), aunque se considere procedente dicho reproche, no se afectaría el sentido de la sentencia, que como fue indicado, también se basó en otra situación que el Tribunal consideró anómala, y que no ha sido objeto del recurso (que en la verificación se hayan considerado transacciones realizadas por un sujeto pasivo distinto). Sin perjuicio de ello, la Sala estima pertinente realizar su función nomofiláctica, y establecer el alcance de la norma citada; en específico del numeral 3 del artículo 94 del Código Tributario.

12.5 La figura de la caducidad, en materia tributaria, es la pérdida de la facultad para ejercer la facultad de determinadora al no haber sido realizada dentro del tiempo previsto en la ley. José Vicente Troya Jaramillo al referirse a la caducidad dice: *"… Para el orden tributario consiste en el enervamiento de la facultad determinadora de obligaciones tributarias que ostenta la administración activa. Ocurre por el transcurso del tiempo. Dicho de otro modo, dentro de lo que en el derecho administrativo se considera la oportunidad, los actos administrativos de determinación de obligación tributaria deben emitirse tempestivamente (…) La caducidad es institución de derecho público. Opera de oficio y debe ser reconocida y declarada a petición de parte o sin ella, por autoridades administrativas y jueces*". (José Vicente Troya Jaramillo, "Manual de Derecho Tributario"; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-2014; páginas 258 a 259).

12.6 El art. 94 del Código Tributario especifica los plazos para realizar la determinación, fijándolo en un año cuando se trata de verificar un acto de determinación previo practicado por la Administración. 12.6 La norma establece una facultad (verificar) y un objeto sobre el cual recae esa atribución (acto determinativo previo). No se trata entonces de una nueva oportunidad para efectuar los actos de determinación a que hacen referencia los numerales 1 y 2 del artículo 94 del Código Tributario, esto es, de volver a determinar la declaración, o de volver a realizar una determinación por falta total o parcial de la declaración. Se trata de corregir una determinación previa, por lo que el ámbito de actuación de la administración tributaria es más limitado del que esta dispone en una determinación inicial.

12.7 En consecuencia no puede entenderse la verificación de un acto de determinación como una nueva determinación que se extienda a tipos de transacciones que no fueron objeto de análisis en la determinación inicial.

12.8 En el presente caso el Servicio de Rentas Internas en el Acta de Determinación No. 17201624901318644, emitida el 8 de diciembre del 2016 y notificada el día 9 del mismo mes y año, incorpora nuevos hechos (ICE en producción nacional) que no fueron materia de fiscalización o determinación inicial, en el Acta de Determinación No. 17201401357813 de 24 de diciembre de 2014 (que se constreñía a ICE en importación).

12.9 Por lo expuesto, es correcto lo señalado por el Tribunal de instancia, en el sentido de cuestionar la actuación de la Administración Tributaria, al no haber verificado el acta de determinación No. 17201401357813 de 24 de diciembre de 2014, por el ICE de importación, y más bien haber practicado una nueva determinación a título de verifi-

cación. Al haber recaído la determinación respecto de tipos de transacciones por las que ya había caducado la facultad determinadora, la administración actuó sin competencia, por razón del tiempo (art. 85 literal c del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva), por lo que la actuación de la administración se encasilló en el supuesto previsto en el numeral 1 del artículo 139 del Código Tributario.

12.10 Se reitera el pronunciamiento que esta Sala ya emitiera en el caso No. 225-2009 (ordinal quinto), publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 355 del lunes 29 de octubre de 2012, que fue citado en el apartado 7.7 de la sentencia recurrida:

> *"QUINTO.- (…) Habiéndose efectuado un proceso de determinación por parte de la administración, con posterioridad se ha efectuado una verificación del mismo. Dentro de este actuar verificador, no cabe que se afronten nuevos ámbitos, pues, verificar connota reexaminar lo antes fiscalizado. Dicho de otro modo, ese año de que habla la disposición que se comenta, no es plazo ampliatorio para reiniciar el proceso de control y fiscalización global a que tiene derecho la administración. Los tres y seis años a los que aluden los numerales 1 y 2 del indicado artículo 94, corresponden al tiempo que la Ley considera adecuados para la acción de verificación, control y fiscalización por parte de la administración".*

12.11 Del análisis que antecede, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario establece que no se configura la errónea interpretación del art. 94 numeral 3 del Código Tributario, al amparo de caso 5 del art. 268 del COGEP.

DÉCIMO TERCERO:

Por las consideraciones precedentes, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, resuelve NO CASAR la sentencia del 9 de agosto de 2018, a las 10h22, emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; dentro del juicio No. 17510-2017-00471. Sin costas. **Notifíquese, Publíquese y Devuélvase.-**

f) Dr. Fernando Antonio Cohn Zurita, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela, JUEZ NACIONAL (E); Dr. José Dionicio Suing Nagua, JUEZ NACIONAL.

IV

Juicio Nro. *17508-2014-0097*
Resolución Nro. *290-2020*
Fecha: *27 de noviembre del 2020, las 14h57,*

TEMA: Conversión de la acción contencioso tributaria.

ASUNTO

La compañía AEROLANE LÍNEAS AÉREAS NACIONALES DEL ECUADOR S. A. impugna el acta de determinación No. 0920140100107 emitida el 28 de agosto de 2014 por el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, con respecto a varias glosas por concepto de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2010. En el acta de determinación la autoridad tributaria estableció un saldo de impuesto a la renta a pagar de ejercicio económico 2010 de USD 3'226.936,27, más intereses y recargo por la determinación de la obligación del 20%. Una vez contestada la demanda, la actora, habiendo efectuado el pago total de la obligación tributaria, solicita la conversión de la acción de impugnación a la acción directa de pago indebido, de conformidad con lo previsto en el último inciso del artículo 221 del

Código Tributario, radicando la controversia en determinar si el pago realizado por la compañía es debido o, de no serlo, tiene derecho a la restitución más los intereses de ley.

El tribunal agrega que cuando el demandante optó por cambiar de acción cesó en su interés de impugnación y eligió la reclamación de un crédito, asumiendo el conocimiento de que las dos acciones tiene características diferentes. Es así que el órgano jurisdiccional aclara la empresa accionante no efectuó ningún reclamo del acta de determinación, en virtud de que el artículo 221.5 del Código Tributario prescribe que para que opere la acción directa de pago indebido es presupuesto previo que el pago se hubiere efectuado luego de ejecutoriada una resolución que atienda una reclamación de un acto de liquidación o determinación tributaria.

El tribunal considera que la acción directa de pago indebido interpuesta por la compañía AEROLANE LÍNEAS AÉREAS NACIONALES DEL ECUADOR S. A. no cumple con los presupuestos previstos en el artículo 221.5 del Código Tributario, por lo que no prospera y deviene en improcedente, rechazando la demanda presentada por la actora. Código Tributario, radicando la controversia en determinar si el pago realizado por la compañía es debido o, de no serlo, tiene derecho a la restitución más los intereses de ley.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 17508-2014-0097
Juez Ponente: Dr. José Dionicio Suing Nagua

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.
Quito, viernes 27 de noviembre del 2020, las 14h57,
VISTOS: El doctor Manuel Maximiliano Naranjo Iturralde en calidad de gerente general y representante legal de la compañía Aerolane Líneas Aéreas Nacionales del Ecuador S.A., presenta recurso de casación (fs. 10225 a 10327 de los autos) en contra del fallo de mayoría dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha el 06 de diciembre de 2018, las 14h33, que resolvió rechazar la demanda de impugnación planteada contra el Director Regional del Litoral del Servicio de Rentas Internas.
PRIMERO: COMPETENCIA.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 185 segunda parte numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, numeral 2 del artículos 201 del Código Orgánico de la Función Judicial reformado por mandato de la Disposición Reformatoria Segunda número 4 del Código Orgánico General de Procesos; y, artículo 1 de la Ley de Casación. **SEGUNDO: DECISIÓN DE INSTANCIA.-** El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el 06 de diciembre de 2018, las 14h33, resolvió rechazar la demanda presentada por el doctor Manuel Maximiliano Naranjo Iturralde, en calidad de apoderado y representante legal de la compañía AEROLANE LINEAS AÉREAS NACIONALES DEL ECUADOR S.A. por las razones de hechos y derechos expuestas en el considerando cuarto del mencionado fallo. **TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.-** Con fecha 14 de enero de 2019, las 11h51, el doctor Manuel Maximiliano Naranjo Iturralde en calidad de gerente general y representante legal de la compañía Aerolane Líneas Aéreas Nacionales del Ecuador S.A., interpone recurso de casación, mismo que es calificado por el Tribunal de instancia, en auto de 16 de enero del 2019, las 12h31, en los términos de los artículos 7 y 8 de la Ley de Casación, para ante los Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, competentes para conocer y resolver este recurso.

CUARTO: ADMISIÓN.- Mediante auto de admisión de 24 de junio de 2020 las 08h28, el Dr. Paúl Alejandro Rengel Maldonado declaró la admisibilidad del recurso de casación propuesto, al acusar las causales segunda y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación por considerar que la sentencia incurre en los siguientes vicios: A) Aplicación indebida del artículo 221 numeral 5 del Código Tributario, B) Errónea interpretación del inciso final del artículo 221 del Código Tributario; C) Falta de aplicación del artículo 273 del Código Tributario; y, D) Por no haber resuelto todos los puntos de la litis (citra petita). **QUINTO: CONTESTACIÓN AL RECURSO.-** La Administración Tributaria en escrito de 01 de julio del 2020, las 16h28, ha solicitado que la Sala Especializada resuelva en sentencia no casar la sentencia de mayoría emitida por el Tribunal Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. **SEXTO: INTEGRACIÓN TRIBUNAL JUZGADOR.-** Mediante sorteo de la causa No. 17508-2014-0097(1), realizado el 24 de septiembre de 2020, las 16h48, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores: Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E), Fernando Antonio Cohn Zurita, Juez Nacional (E); y, José Suing Nagua, Juez Nacional, en calidad de Ponente en la causa. En razón de la acción de personal No. 301-UATH-2020-OQ de 22 de junio del 2020 suscrita por la Jefe de la Unidad Administrativa y Talento Humano de la Corte Nacional de Justicia en concordancia con la Resolución No. 065-2020 de 18 de junio de 2020 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, se legaliza el reintegro del Dr. José Suing Nagua en calidad de Juez Nacional. Mediante Resolución 08-2020 de 24 de junio de 2020 el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integra al Dr. José Suing Nagua a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. Con acción de personal No- 317-UATH-2020-OQ de 01 de julio del 2020 y mediante oficio No. 635-SG-CNJ, la Señora Presidenta de la Corte Nacional de Justicia llama al doctor Gustavo Durango Vela para que asuma el despacho de la Sala Contencioso Tributaria en reemplazo de la doctora Ana María Crespo Santos, ocupada temporalmente por la doctora Mónica Heredia Proaño, hasta que se designe un nuevo titular. De la misma forma, con acción de personal No. 1278-UATH-2019-OQ, mediante la cual designó al doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, en calidad de Juez Nacional encargado. En razón de la acción de personal No. 301-UATH-2020-OQ de 22 de junio del 2020 suscrita por la Jefe de la Unidad Administrativa y Talento Humano de la Corte Nacional de Justicia en concordancia con la Resolución No. 065-2020 de 18 de junio de 2020 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, se legaliza el reintegro del Dr. José Suing Nagua en calidad de Juez Nacional. Mediante Resolución 08-2020 de 24 de junio de 2020 el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integra al Dr. José Suing Nagua a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. Con acción de personal No- 317-UATH-2020-OQ de 01 de julio del 2020 y mediante oficio No. 635-SG-CNJ, la Señora Presidenta de la Corte Nacional de Justicia llama al doctor Gustavo Durango Vela para que asuma el despacho de la Sala Contencioso Tributaria en reemplazo de la doctora Ana María Crespo Santos, ocupada temporalmente por la doctora Mónica Heredia Proaño, hasta que se designe un nuevo titular. De la misma forma, con acción de personal No. 1278-UATH-2019-OQ, mediante la cual designó al doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, en calidad de Juez Nacional encargado. **SÉPTIMO: VALIDEZ PROCESAL.-** No se observa del proceso ninguna circunstancia que puede afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar, por lo que, se declara el proceso válido. **OCTAVO: AUTOS PARA RESOLVER.-** Con fecha 23 de noviembre del 2020, la Sala Especializada, emitió autos para resolver la presente causa. **NOVENO: ERRORES ALEGADOS.-** El recurrente considera que el fallo de mayoría emitido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito de 06 de diciembre del 2018, las 14h33 incurre en: Causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación por los vicios de: A.1.) Aplicación indebida del artículo 221 numeral 5 del Código Tributario, A.2.) Errónea interpretación del inciso final del artículo 221 del Código Tributario; A.3.) Falta de aplicación del artículo 273 del Código Tributario .Casual cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación por el vicio de citra petita. **DÉCIMO: NORMASSEÑALADASCOMOINFRINGIDAS.-**Las norma que el recurrente considera infringidas son: Código Tributario: Art. 221.- "Igualmente, el Tribunal Distrital de lo Fiscal es competente para conocer y resolver de las siguientes acciones directas que ante él se presenten: 1a. De las que se deduzcan para obtener la declaración de prescripción de los créditos tributarios, sus intereses y multas; 2a. De las de pago por consignación de créditos tribu-

tarios, en los casos establecidos en este Código o en leyes orgánicas y especiales; 3a. De las de nulidad del procedimiento coactivo por créditos tributarios que se funden en la omisión de solemnidades sustanciales u otros motivos que produzcan nulidad, según la ley cuya violación se denuncie. No habrá lugar a esta acción, después de pagado el tributo exigido o de efectuada la consignación total por el postor declarado preferente en el remate o subasta, o de satisfecho el precio en el caso de venta directa, sin perjuicio de las acciones civiles que correspondan al tercero perjudicado ante la justicia ordinaria; 4a. De nulidad del remate o subasta en el caso 4 del artículo 207; y, 5a. De las de pago indebido o del pago en exceso, cuando se ha realizado después de ejecutoriada una resolución administrativa que niegue la reclamación de un acto de liquidación o determinación de obligación tributaria. La acción de impugnación de resolución administrativa, se convertirá en la de pago indebido, cuando, estando tramitándose aquella, se pague la obligación." 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 mismo, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o actos impugnados, aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derechos, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos.". **DÉCIMO PRIMERO: CONTENIDO DE LAS CAUSALES SEGUNDA Y CUARTA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN.-** La causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación se configura 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." En tanto que, la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación se configura cuando: "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" **DÉCIMO SEGUNDO: ALCANCE DOCTRINARIO DE LOS VICIOS ACUSADOS.-** 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." Falta de aplicación.- "El concepto de violación de la norma sustancial también llamado no aplicación o inaplicación se presenta cuando al dictar la sentencia el juez no la aplica debiendo haberla aplicado en ella y como tal omisión implica el desconocimiento del derecho que claramente consagra el precepto legal, dicho texto resulta entonces vulnerado." Citra Petita: Cuando se deja de resolver sobre algo de lo pedido **DÉCIMO TERCERO: ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE POR LOS VICIOS ACUSADOS.-** El casacionista fundamenta el vicio de aplicación indebida del numeral 5 del artículo 221 del Código Tributario, señalando que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario de Quito aceptó la conversión de la acción de impugnación por la de pago indebido conforme lo dispone la norma cuestionada como infringida, centrando su argumento en la práctica de elementos probatorios de los que considera las principales son la exhibición de documentos contables y la reproducción del expediente administrativo, misma que fue aceptada y practicada conforme consta en autos. Sin embargo, aduce el recurrente que los juzgadores de instancia incurren en un error al aplicar el artículo 221 en el considerando 4.5 del fallo recurrido, arguye que es aplicable en otras circunstancias no a las del presente caso. La norma indebidamente aplicada por el Tribunal señala que la acción directa de pago indebido puede presentarse en contra de una resolución administrativa que niegue en todo o en parte una reclamación de un acto de liquidación o determinación de obligación tributaria, sin embargo, dicha circunstancia en el presente caso no es aplicable puesto que, AEROLANE decidió impugnar en la vía contencioso tributaria el acta de determinación, mediante una acción de impugnación, es decir, no se agotó la vía administrativa, no existe un reclamo presentado y menos aún una resolución. Que AEROLANE no permitió la ejecutoria del acta de determinación, caso contrario el Tribunal habría declarado la prescripción de la acción de

impugnación, no siendo factible aplicar lo establecido en el numeral 5 del artículo 221 del Código Tributario tal y como pretende el Tribunal de instancia en el fallo recurrido. Esta aplicación indebida ocurre dado que dicha judicatura asimila la acción directa de pago indebido, exclusivamente como determina la norma infringida, entendiendo que la conversión de la acción de impugnación por la de pago indebido debe cumplir con los mismos requisitos del numeral quinto en mención, lo cual no es correcto. En cuanto a la errónea interpretación del inciso final del artículo 221 del Código Tributario que nada tiene que ver con la acción de pago indebido, al cometer un error en la interpretación los juzgadores al equipararla con la una acción directa de pago indebido previsto en el numeral 5 del artículo 221 del Código Tributario, la única condición necesaria es que se pague la obligación que se encuentra en controversia mientras que la acción directa de pago indebido, para que se configure es necesario exista una reclamación en la vía administrativa, sobre el acto de determinación tributaria y que respecto a la resolución que finalice el reclamo se espere que se ejecutoríe, razón por la que indica son acciones distintas con origen y requisitos diferentes. Arguye el casacionista que la sentencia recurrida incurre en la falta de aplicación del artículo 273 del Código Tributario al considerar que, al convertir la acción por pago indebido, los hechos que suscitaron el inicio de este proceso que constan debidamente expuestos en la demanda de impugnación por lo que las pruebas que se actuaron para desvirtuar el acto administrativo inicialmente impugnado son válidas. El Tribunal se ha centrado en realizar un análisis exclusivo y limitado de la conversión de la acción de impugnación a la de pago indebido omitiendo resolver y pronunciarse respecto a las pruebas que el propio Tribunal, en el momento procesal oportuno, aceptó que se practiquen, así como pronunciarse sobre los temas que comportan un control de legalidad, en los términos de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 273 del Código Tributario. Finalmente el recurrente considera que no se han resuelto todos los puntos que fueron objeto de la controversia, que el proceso es producto del pago realizado por AEROLANE de la obligación tributaria contenida en el acta determinación No. 0920140100107 emitida por el impuesto a la renta 2010, toda vez que las pruebas practicadas en la acción de impugnación o en una acción de pago indebido son las mismas, el origen de la controversia fue el desvirtuar el contenido de las glosas establecidas en el acto administrativo, desvirtuando de tal forma la validez del acto administrativo. Al omitir analizar glosa por glosa y contrastar dicho análisis con los informes periciales presentados dentro del juicio a fin de validar la legalidad y pertinencia de la misma, el no analizar los documentos exhibidos por las partes y analizados por los peritos dentro de sus respectivos informes, no existía forma de establecer la justa medida del impuesto por lo que era indispensable contrastar con el contenido del acto administrativo con base en los soportes documentales exhibidos y analizados por los peritos dentro del juicio, pruebas que el Tribunal no lo analizó. **DÉCIMO CUARTO: ANÁLISIS DE LOS VICIOS ALEGADOS.-** Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para resolver el problema jurídico planteado derivado del cuestionamiento al fallo de instancia, con fundamento en las causales segunda y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, admitido por el Conjuez de la Sala, considera: **CAUSAL SEGUNDA.-** La Sala procede a analizar los tres vicios sustentados con base en esta causal en tanto, son complementarios, a pesar de haber sido argumentados de forma independiente: A.1. Aplicación indebida.- i. Este error se produce "(…) cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alance y significado, más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla." En tanto que para Calamandrei, el vicio de aplicación indebida puede llegarse "(…) por dos distintos modos que son perfectamente aplicables en nuestra técnica: porque, o puede errarse al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego (yerro de diagnosis jurídica), o pueda padecerse equivocación al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto."; ii. El recurrente sostiene que se produce la aplicación indebida del artículo 221.5 del Código Tributario, porque el Tribunal lo aplica al caso, cuando ello no corresponde, ya que la acción no tiene sustento en una resolución que niega el reclamo de pago indebido conforme la exigencia de la norma, sino que es consecuencia de la conversión de una acción de impugnación de un acto de determinación, en una acción de pago indebido, al tenor de lo previsto en el artículo 221, inciso final; iii. El presente caso, se trata de una acción de impugnación que a petición expresa de la parte actora, se convierte en una acción de pago indebido,

prevista en el artículo 221, inciso final del Código Tributario, que expresamente prevé que "La acción de impugnación de resolución administrativa, se convertirá en la de pago indebido, cuando, estando tramitándose aquella, se pague la obligación", conversión que, de modo expreso es aceptada por el Tribunal juzgador, como lo expone en la sentencia en análisis, con el mismo sustento legal; iv. El Tribunal de instancia para resolver la controversia, argumenta que en función del artículo 221.5 del Código Tributario, para que opere la acción de pago indebido es presupuesto previo que el pago se hubiere efectuado luego de ejecutoriada una resolución que atiende una reclamación de un acto de liquidación o determinación; v. El Tribunal sin embargo, equivoca su decisión con tal argumento, en tanto no advierte que son dos circunstancias diferentes las del artículo 221.5 del Código Tributario y la del inciso final del mismo artículo; la acción directa de pago indebido prevista en el artículo 221.5 del Código Tributario, exige que el pago se hubiere efectuado luego de ejecutoriada una resolución que atiende una reclamación; por su parte, la que prevé el inciso de final del mismo artículo 221, para el cambio de acción de impugnación a una acción directa de pago indebido, no requiere de la misma condición, de que se realice el pago luego de una resolución ejecutoriada, pues es suficiente que la impugnación se encuentre en trámite; vi. En el presente caso, la empresa actora, al haber planteado la acción de impugnación del acto de determinación, que es perfectamente factible, pues no se requiere agotar la vía administrativa para intentar la vía judicial, ni siquiera formuló reclamo administrativo, por lo que resulta un imposible jurídico poner como condición que exista una resolución ejecutoriada como exige la norma aplicada por el Tribunal juzgador, que jamás se puede dar porque el actor no formuló el correspondiente reclamo; sostener lo contrario, tampoco habría sido pertinente aceptar el cambio de la acción de impugnación a la acción de pago indebido, que el Tribunal acepta de manera expresa, con la anuencia de la Administración Tributaria; vii. Habiendo sido declarado procedente el cambio de la acción de impugnación a la acción de pago indebido, el Tribunal debió pronunciarse de manera expresa respecto a la procedencia o no de los pagos, esto es si fueron debidos o no, con base en la misma documentación que han presentado las partes. A.2. Respecto a la errónea interpretación, al encontrarse procedente y aceptarse la indebida aplicación del artículo 221.5 del Código Tributario, en los términos precedentes, queda en evidencia también que existió una errónea interpretación del inciso final del artículo 221 del mismo Código, al poner como condición para la acción de pago indebido las exigencias del numeral 5 del mismo artículo, por lo que también se encuentra procedente el vicio alegado. A.3. Respecto a la falta de aplicación del artículo 273 del Código Tributario, también como consecuencia del error por la aplicación indebida del artículo 221.5 del Código Tributario, ha omitido resolver sobre la pertinencia de la condición del pago, si es debido o indebido; el vicio se configura en tanto el Tribunal se concentra en resolver si es procedente o no la acción de pago indebido, omitiendo hacerlo y pronunciarse sobre el tema central de la controversia, esto es, si los pagos realizados por el contribuyente son debidos o no debidos. Por las consideraciones expuestas, se aceptan los errores alegados con sustento en la causal segunda del artículo 268 del COGEP. Al no existir pronunciamiento de mérito respecto al tema central de la controversia, al tenor de lo previsto en el artículo 14, inciso segundo de la Ley de Casación, el expediente debe regresar al Tribunal de instancia, a para que emita la sentencia que corresponda. **CAUSAL CUARTA.- i.-** Habiéndose aceptado los errores, con sustento en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, es improcedente dar paso al análisis del vicio argüido al amparo de la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. **DÉCIMO QUINTO.- DECISIÓN.-** Por las consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve CASAR el fallo de mayoría dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha el 06 de diciembre de 2018, las 14h33, declarar la nulidad de la indicada sentencia y disponer que el expediente regrese al Tribunal de instancia a efectos de que el Tribunal juzgador, con otros integrantes, pronuncie sentencia de mérito.- Sin costas.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.- Fdo. Drs. Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E), Fernando Antonio Cohn Zurita, Juez Nacional (E); y, José Suing Nagua, Juez Nacional, Ponente.**

V

Juicio Nro. *17510-2018-00317*
Resolución Nro. *312-2020*
Fecha**:** *03-diciembre-2020, las 11h22*

TEMA: Contabilización del término para ejercer la acción contencioso tributaria de impugnación o directa.

ASUNTO

Sebastián Mateo Corral Bustamante presenta una demanda contra la resolución que niega el reclamo administrativo de impugnación del acta de determinación emitida el 7 de mayo de 2018 por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, por concepto de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2013. En la contestación a la demanda, la administración tributaria presenta la excepción previa del Art. 153.6 del Código Orgánico General de Procesos, relativa a la prescripción del derecho de la parte actora para presentar la acción, siendo el punto de derecho sobre el cual deben pronunciarse los juzgadores.

RESUMEN DE INSTANCIA

Ante la demanda presentada, la administración tributaria propone la excepción previa contenida en el Art. 153.6 del Código Orgánico General de Procesos: la prescripción. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, establece que es un hecho no controvertido que la resolución No. 117012018RREC122984, que niega el reclamo administrativo de impugnación, fue notificado el 7 de mayo de 2018 y que la demanda fue presentada el 31 de julio de 2018.

El tribunal observa que entre la fecha de notificación del acto administrativo tributario impugnado y la fecha de presentación de la demanda han transcurrido más de 60 días, excediendo el término para proponer la demanda de impugnación que preceptúa el artículo 306.5 del Código Orgánico General de Procesos, lo que deviene en que se cumplan los presupuestos jurídicos de la excepción previa formulada por la parte demandada. Por lo tanto, el órgano jurisdiccional aceptó la excepción previa prevista en el artículo 153.6 del Código Orgánico General de Procesos, declarando sin lugar la demanda y ordenando su archivo.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2018-00317

Juez Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.

Quito, 03 de diciembre 2020, las 11h22.

VISTOS: El señor Sebastián Mateo Corral Bustamante, por sus propios y personales derechos, interpone recurso de casación en contra de la sentencia que declara sin lugar la demanda y ordena el archivo de la causa, dictado el 19 de noviembre de 2018, a las 16h42, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, dentro del juicio de impugnación No. 17510-2018-00317, propuesto por él en contra de la Resolución No. 117012018RREC122984, de 4 de mayo de 2018, emitida por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, en la que se resuelve negar el reclamo administrativo en contra del Acta de Determinación No. 17201724901024755, por concepto de impuesto a la renta del ejercicio económico 2013.

PRIMERO: COMPETENCIA.- La Sala Espe-

cializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador, numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos y artículos 184 y 185 segunda parte numeral primero del Código Orgánico de la Función Judicial.

SEGUNDO: INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL JUZGADOR.- Mediante sorteo de la causa, realizado el 14 de febrero de 2020, a las 12h00, se radica la competencia en la Sala integrada por la doctora Mónica Alexandra Heredia Proaño, Jueza Nacional Ponente (E), doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional (E) y doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, Juez Nacional (E). Mediante acción de personal No. 301-UATH -2020-OQ de 22 de junio del 2020 suscrita por la Jefe de la Unidad Administrativa y Talento Humano de la Corte Nacional de Justicia, en concordancia con la Resolución No. 065-2020 de 18 de junio de 2020 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, se legaliza el reintegro del Dr. José Suing Nagua en calidad de Juez Nacional y por Resolución No. 08-2020 de 8 de julio de 2020, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integra al doctor José Suing Nagua y al doctor Gustavo Durango a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. De la acción de personal No. 302-UATH -2020-OQ de 22 de junio del 2020 suscrita por la Jefe de la Unidad Administrativa y Talento Humano de la Corte Nacional de Justicia, en concordancia con la Resolución No. 065-2020 de 18 de junio de 2020 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, se legaliza el reintegro del Dr. Gustavo Durango Vela en calidad de Conjuez Nacional. Mediante Oficio 635-SG-CNJ de 1 de julio de 2020 la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia llama al Dr. Gustavo Durango a asumir el despacho de la ex Magistrada doctora Mónica Heredia Proaño (quien reemplazaba a la doctora Ana María Crespo), avalado por la acción de personal Nro. 317-UATH-2020-OQ de la misma fecha. De la misma forma con acción de personal No. 1278-UATH-2019-OQ, se designó al doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, en calidad de Juez Nacional, encargado del despacho del doctor José Luis Terán.

TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.- En escrito de fojas 209 a 215 de los autos, el señor Sebastián Mateo Corral Bustamante, por su propios y personales derechos, presenta recurso extraordinario de casación el 4 de diciembre de 2018, a las 13h37, el cual es calificado por la Sala juzgadora de oportuno, que cumple requisitos de ley y se dispone subir los autos al Superior, a través de auto del 16 de diciembre de 2018, a las 13h30, conforme a lo señalado en el art. 270 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), y remite el proceso a esta Corte Nacional de Justicia.

CUARTO: ERRORES ALEGADOS Y ADMITIDOS.- Mediante auto de 15 de octubre de 2019, a las 15h29, y su aclaración de 16 de octubre de 2019, a las 16h24, dictado por el doctor Patricio Adolfo Secaira Durango, Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, se admite el recurso de casación interpuesto por el señor Sebastián Mateo Corral Bustamante, fundado en el caso 1 del artículo 268 del COGEP, por los vicios de: **a) Errónea interpretación** del art. 306.5 del COGEP y **b) Falta de aplicación** de los arts. 86 del Código Tributario, 77, 307, 153 numeral 6 del COGEP y 33 del **Código Civil**.

QUINTO: VALIDEZ PROCESAL.- De la revisión del proceso no se observa ninguna circunstancia que puede afectar su validez procesal y tampoco existe nulidad alguna que declarar, por lo que se declara la plena validez del mismo.

A la presente sentencia, le antecedió la audiencia única vía telemática prevista en el Art. 272 del COGEP, llevada a efecto el día martes 1 de diciembre de 2020, a las 11h00, en la cual fueron escuchadas las partes procesales a través de sus procuradores judiciales, como se podrá verificar del acta de audiencia que obra del proceso, así como del CD que contiene la grabación íntegra de la misma.

Tomada que fue la decisión en forma unánime por parte de la Sala, se la expuso oralmente por parte del juez ponente. Se cumple ahora con la notificación por escrito conforme lo dispone a ley.

SEXTO: ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.- El presente recurso de casación se fundamenta en el caso primero del artículo 268 del COGEP, que establece:

> "*Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: 1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido*

subsanada en forma legal (…)".

SÉPTIMO: ARGUMENTOS DEL RECURRENTE POR LOS VICIOS SEÑALADOS.- El señor Sebastián Mateo Corral Bustamante, en el escrito de casación y en la defensa técnica en la audiencia convocada para conocer y resolver el presente recurso de casación, alegó y manifestó: El Tribunal A quo al emitir su sentencia, comete una evidente **errónea interpretación del art. 306.5 del COGEP;** existe norma expresa que determina la oportunidad para presentar la demanda contencioso tributaria, pero equivoca en la forma de cómputo de los términos; que la interpretación dada a la norma, es que se contabilice el término de 60 días desde que se notificó el acto impugnado, considerando este día como el primer día del conteo, sin tomar en cuenta que de ese primer día ya han transcurrido varias horas hasta la notificación; que al computar incluyendo el día de la notificación, se le quita horas al derecho a la defensa, reduciéndose a 59 días el ejercicio de este derecho; que indicar que los términos de acceso a la justicia contencioso tributarios son especiales y distintos y que no se cuentan completos sino parcialmente, atenta a los principios jurídicos del debido proceso, el derecho la defensa, la seguridad jurídica y el acceso a la justicia; que el Tribunal debió aplicar los arts. 86 del Código Tributario, 77 del COGEP y 33 del Código Civil respecto al cómputo y vencimiento de los términos que coinciden que los plazos y términos corren a partir del siguiente día de la notificación; que el vicio de la sentencia se da al interpretar equivocadamente el art. 306 del COGEP. En cuanto a la **falta de aplicación de los arts. 86 del Código Tributario, 77, 307, 153 numeral 6 y 306 del COGEP y 33 de Código Civil** señala que, las normas referidas mandan a que cualquier término o plazo comienzan a correr desde el día hábil siguiente a la notificación y tal aplicación, según los términos del art. 33 del Código Civil, se refiere a días completos; que las normas deben ser aplicadas dentro de un contexto y no de manera aislada e independiente; que la falta de aplicación de los arts. 77 del COGEP, 33 del Código Civil y 86 del Código Tributario, derivó en que el Tribunal realizará una interpretación errónea del art. 306 del COGEP, como consecuencia, considere que la demanda fue interpuesta fuera del término, aceptando la prescripción del art. 307 y la excepción previa del art. 153 numeral 6 del COGEP, declarando sin lugar a la demanda y ordenando su archivo.

OCTAVO: CONTESTACIÓN AL RECURSO.- El Servicio de Rentas Internas, dentro de término concedido al efecto y en la audiencia prevista en el COGEP, contesta el recurso de casación interpuesto, en los siguientes términos: el argumento de la casación no es consistente, pues si bien se denuncia la errónea interpretación del art. 306 numeral 5 del COGEP, como norma procesal, ese vicio está sujeto a la falta de aplicación de normas que no precisamente son procesales ni son subsumibles a los presupuestos a ser analizados; que la Sala A quo ha interpretado en forma literal la norma contenida en el art. 306.5 del COGEP, que dispone que el término para proponer una demanda empieza a contar desde que se notifica el acto administrativo, por lo que no existe oscuridad de la norma como para consultar su espíritu, cuando el legislador quiere disponer que el término para interponer una acción corra desde el día siguiente a la notificación, lo dice de forma expresa; que la reforma dada al referido artículo, aclara que se contará desde el siguiente día, el legislador no emitió una norma interpretativa sino que lo reformó cambiando su esencia, evidenciando que la intención del legislador siempre fue que los términos transcurran desde el día de la notificación del acto a impugnar; que la norma referida, no fue declarado inconstitucional, por lo que en su vigencia gozó de la presunción de constitucionalidad, por lo que los jueces garantizaron el derecho al debido proceso, con lo cual no existe una errónea interpretación de esta norma. En cuanto a la falta de aplicación del art. 86 del Código Tributario, dice que no constituye una norma de orden procesal que pueda ser considerada dentro del caso primero del Art. 268 del COGEP, pues se refiere a plazos dentro del ámbito administrativo y no se asimila a los términos y plazos de los procesos judiciales; que el art. 77 del COGEP comprende los términos relacionados a las citaciones y notificaciones judiciales, definidas en los arts. 53 y 65 del COGEP, por lo que no guardan relación con los términos o plazos para interponer una demanda; que si bien el art. 307 del COGEP dispone la obligación de los jueces de revisar si la acción propuesta no es extemporánea, también es cierto que la prescripción constituye una excepción previa dispuesta en el mismo COGEP; que la nulidad que busca que se declare, debería retrotraerse a la calificación de la demanda, lo cual traería el mismo efecto que la sentencia hoy recurrida; que el art. 33 del Código Civil, debe ser entendido como supletorio a las disposiciones del COGEP, por lo que no puede ser aplicable cuan-

do existe una norma clara y específica como el art. 306.5 del COGEP, pues su art. 302 establece que sus normas prevalecen sobre cualquier otra disposición, por tanto, no es procedente aplicar ningún tipo de supletoriedad; que el recurrente en ningún momento identifica la causal de nulidad prevista en la norma que vicie el proceso judicial, por lo que no cabe se declare la nulidad de la sentencia recurrida.

NOVENO: CONSIDERACIONES DE LA SALA DE CASACIÓN AL AMPARO DEL CASO PRIMERO DEL ARTÍCULO 268 DEL COGEP.-

9.1 Corresponde a esta Sala de Casación resolver sobre la violación a las normas que el recurrente estima infringidas, al amparo del caso 1 del art. 268 del COGEP, normas cuyo contenido es el siguiente:

Código Tributario:

*"**Art. 86**.- Cómputo y obligatoriedad de los plazos.- Los plazos o términos establecidos, en este Código o en otras leyes tributarias orgánicas y especiales, se contarán a partir del día hábil siguiente al de la notificación, legalmente efectuada, del correspondiente acto administrativo, y correrán hasta la última hora hábil del día de su vencimiento. Los plazos o términos obligan por igual a los funcionarios administrativos y a los interesados en los mismos*".

Código Orgánico General de Procesos:

"***Art. 77**.- Comienzo y vencimiento del término. El término empieza a correr en forma común, con respecto a todas las partes, desde el día hábil siguiente a la última citación o notificación. Su vencimiento ocurre el último momento hábil de la jornada laboral*".

*"**Art. 153**.- Excepciones previas. Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes: (…) 6. Prescripción…*".

"***Art. 306.- Oportunidad para presentar la demanda.** Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente: (…) 5. En las acciones contencioso tributarias de impugnación o directas, el término para demandar será de sesenta días desde que se notificó con el acto administrativo tributario o se produjo el hecho o acto en que se funde la acción...".*

*"**Art. 307.- Prescripción**. En el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen la prescripción del derecho de ejercer la acción, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda".*

Código Civil:

*"**Art. 33**.- Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán, además, hasta la media noche del último día del plazo. El primero y el último día de un plazo de meses o años deberán tener una misma fecha en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de veintiocho, veintinueve, treinta o treinta y un días, y el plazo de un año de trescientos sesenta y cinco o trescientos sesenta y seis días, según los casos...".*

9.2 Alcance doctrinario del vicio esgrimido.- Este caso se refiere a la violación de normas procesales o también llamados errores *in procedendo*, los mismos que pueden viciar el proceso, tanto por nulidad insanable como por haber provocado indefensión, siempre y cuando hubieren influido en la decisión de la causa y que esta nulidad no hubiera quedado convalidada legalmente; pues no toda violación de procedimiento es causa de nulidad, para que se configure la misma, deben cumplirse los principios de especificidad y trascendencia, es decir, que el vicio esté contemplado en la ley como causa de nulidad o causado indefensión y que incida en la decisión de la causa.

Según el autor Luis Armando Tolosa Villabona, en el libro "Teoría y Técnica de la Casación", Bogotá – Colombia Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pág. 361, en referencia a la errónea interpretación dice:

> "*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*".

En relación a la falta de aplicación alegada por el recurrente, Humberto Murcia Ballén, en la obra "Recurso de Casación Civil", Bogotá – Colombia Ediciones Jurídicas Gustavo Ibánez C. Ltda., página 327, sostiene que esta consiste en:

"*…el juez, al dictar su sentencia, la primera investigación que debe hacer consiste en la selección de la aplicable, o sea determinar la existencia y validez de ésta. Será necesario entonces que considere los problemas de la ley en el tiempo y en el espacio, precisando los límites personales, temporales y espaciales de la regla jurídica…*".

Por su parte, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil la Corte Suprema de Justicia (Resolución N° 473 del 7 de septiembre de 1999, R.O. 332 de 3 de diciembre de 1999) ha sido sabia, al considerar sobre el error *in procedendo:*

"…Ante todo es necesario tener presente la finalidad del derecho procesal, para de acuerdo a ello determinar si se puede o no imputar a un fallo el vicio de la casual segunda del artículo 3 de la Ley de Casación (actual 268.1 del COGEP) *por haberse trasgredido esta clase de disposiciones legales. Al respecto, debe recordarse que el fin del derecho procesal es garantizar la tutela del orden jurídico y por tanto la armonía y la paz sociales, mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho objetivo abstracto en los casos concretos, gracias al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado a través de funcionarios públicos especializados. Las normas procesales no tienen vida por sí mismas, sino en razón o en función del derecho sustantivo cuya vigencia tutela; por lo tanto, solamente la violación de la norma procesal que afecte a la aplicación de ese derecho sustantivo, en forma tal que impida esa aplicación, determina que la sentencia deba ser casada por vicios in procedendo."*

9.3 El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario de Quito, en la sentencia impugnada, en lo pertinente, en el numeral 4.8 (fs. 207 vta.) señala que: "*4.8. - En conclusión, conforme el análisis que precede y de conformidad con la verdad procesal, este Tribunal observa que entre la fecha de notificación del acto administrativo tributario impugnado (léase 7 de mayo de 2018) y la fecha de presentación de la demanda (léase 31 de julio de 2018), han transcurrido más de los sesenta días que establece como término para proponer la demanda de impugnación el artículo 306 numeral 5 del COGEP (en acciones "contencioso tributarias "), lo que deviene en que se cumplan los presupuestos jurídicos de la excepción previa propuesta por la parte demandada*".

9.4 Esta Sala Especializada, para resolver la controversia respecto a la errónea interpretación de las normas que rigen el plazo para presentar una demanda de impugnación tributaria, debe realizar las siguientes consideraciones: **i)** El recurrente sostiene que el art. 306.5 del COGEP dispone que el término para proponer una demanda de impugnación de carácter tributario es de 60 días desde la notificación del acto impugnado, pero no que esa notificación ya se cuente como un día, pues se estaría quitando horas para ejercer su derecho de defensa, y reduciéndose únicamente a 59 días para presentarla. **ii)** La sentencia recurrida establece que desde la fecha de notificación del acto impugnado (7 de mayo de 2018), hasta la fecha de presentación de la demanda (31 de julio de 2018), han transcurrido 61 **días** hábiles. **iii)** Por lo tanto, la errónea interpretación se circunscribe a la que ha hecho el Tribunal de instancia, respecto del art. 306 numeral 5 del COGEP, norma que establece: "*En las acciones contencioso tributarias de impugnación o directas, el término para demandar será de sesenta días desde que se notificó con el acto administrativo tributario o se produjo el hecho o acto en que se funde la acción"* (El subrayado fuera de texto). **iv)** Se observa que, el precepto no dice textualmente que en el cómputo del término para interponer la demanda se contabilice el día de la notificación, tampoco que sea desde el día siguiente, como reclama el recurrente, sino desde que ésta se efectuó, lo que implica determinar si el término de 60 días corre desde "el día en" (que se notificó el acto administrativo), o en su defecto, desde "el momento en" que se cumplió (con la notificación) haciendo referencia a un acto que se realiza en un momento específico y sin perder de vista que la notificación no es sino el "acto por el cual se hace saber a una persona natural o jurídica el contenido de un acto o resolución administrativa" (art. 105 del Código Tributario). **v)** Esto implica que pueden presentarse dos supuestos: 1. Que el primer día (para empezar el término) corre desde las 00h00 del día de la notificación, hasta el momento de la notificación; o, 2. Que el primer día corre desde el momento mismo que se notificó con el acto impugnado, hasta la finalización de ese día; en el primer caso, se transgrede la norma, pues el término no se contaría desde que se notifica el acto impugnado sino desde un momento anterior, aun cuando sea del mismo día (desde las 00h00), de ser este el caso, el contribuyente no podría impugnar un acto del cual no tiene conocimiento, pues solo con la notificación del acto administrativo este adquiere eficacia (art. 85 del Código Tributario); en tanto que con la segunda opción, se consideraría que el primer día para que corra el término, sea contabilizado desde la hora de la notificación hasta el fin

de ese día (24h00), con lo cual se está fraccionando dicho día, pues solo podría impugnarse el acto administrativo, desde la hora de la notificación hasta la hora de atención al público por el Tribunal juzgador, es decir podría reducirse ese día a pocos minutos, en tanto que los restantes 59 días sí se considerarán completos (24h00); supuestos éstos que a todas luces resultan errados, pues la ley no dispone que los días de término sean diferenciados (un día de menos de 24 horas), pues el concepto "término" no determina únicamente hasta cuando puede incoarse una acción, sino que establece que los días inmersos en ese término (desde el primero hasta el último), deben ser de una misma extensión de tiempo (desde las 00h00 hasta las 24h00). **vi)** Debe advertirse que nuestro ordenamiento jurídico acoge la modalidad del *cómputo de días considerados en su extensión natural, esto es, desde las 00h00 hasta las 24H00 (sin perjuicio de su limitación a la jornada laboral);* con lo cual se puede descartar la acepción de que los días se puedan contabilizar desde la hora en que se produce la notificación. Al respecto, el mismo COGEP lo remarca en el artículo 77 al señalar que el término empieza a correr en forma común a todas las partes (limitándolo solamente hasta la hora de finalización de la jornada laboral), en su momento lo hizo el artículo 118 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (como actualmente lo hace el art. 158 del Código Orgánico Administrativo) y lo continúa haciendo el art. 86 del Código Tributario (con relación al fin de una actuación administrativa con la notificación), normas todas ellas que señalan que los plazos o términos, se contarán a partir del día hábil siguiente al de la notificación, so pena de una inminente violación del debido proceso, así como al derecho a la defensa del accionante. **vii)** El tema en cuestión, doctrinariamente ha sido objeto de análisis, el jurista Alfredo Pérez Guerrero (Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano, Universidad Central, 1973, Quito, página 403) expresa que "*en la vida práctica sería difícil probar con exactitud la hora y minuto en que comienza un término para saber hasta qué hora y minuto concluye. La regla legal evita esas dificultades, y los juicios y discrepancias correspondientes*". Por su parte Juan Larrea Holguín (Derecho Civil del Ecuador, Cuarta Edición, I Parte General y Personas, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1984, páginas 325 a 326), señala que ese sistema exigiría entrar en averiguaciones de hora que constituyen un serio inconveniente para las relaciones jurídicas. Finalmente, Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen I, De las Personas, Editorial Jurídica de Chile, 2013, página 150) manifiesta que el término jurídico no corresponde al matemático, por lo que el legislador busca la mayor fijeza posible, evitando tomar en cuenta la hora de arranque del plazo, que solo origina dificultades y disputas para la determinación precisa del momento de finalización del plazo. Bajo estas consideraciones, una interpretación sistémica de la contabilización de términos en el ámbito administrativo y judicial, considerando el ordenamiento normativo interno, determina por una parte, que la única interpretación admisible es que cada uno de los 60 días del término para demandar, son iguales (en el mismo sentido que lo hace el art. 33 del Código Civil); así como, que se los debe considerar en su sentido natural, esto es, del día que inicia a las 00h00 y concluye a las 24h00, sin perjuicio de las limitaciones fijadas en las normas, por el inicio y finalización de la jornada laboral. Es por esto que aun cuando la norma (art. 306 del COGEP), haga referencia a la contabilización del término desde que se notifica el acto que se impugna, se debe observar que los días término fijados deben ser completos, todos y cada uno de ellos; por lo expuesto resulta claro que el Tribunal de instancia, yerra en su apreciación respecto a los términos establecidos en el art. 306 numeral 5 del COGEP. **viii)** Es oportuno observar que el numeral 5 del art. 306 del COGEP, fue reformado con posterioridad (sustituido por el art. 48 de la Ley s/n, R.O. 517-S, 26-VI-2019) estableciendo que el término para demandar será de sesenta días a partir del día siguiente al que se notificó con el acto administrativo tributario; de lo cual queda claro que la intensión del legislador es adecuar *ésta disposición, al* sistema procesal ecuatoriano. Esto ratifica la errónea interpretación que realiza el Juzgador de instancia, respecto la aplicación del art. 305.5 del COGEP, lo que indudablemente deviene (tal como lo sostiene el recurrente) en una violación al debido proceso, obstando el derecho a la defensa del contribuyente. Configurado que ha sido el vicio de errónea interpretación, no es necesario analizar la otra causal por falta de aplicación denunciada en este recurso.

DÉCIMO: DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.-

10.1 Por los fundamentos expuestos, al tenor del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, la Corte Nacional de Justicia, Sala Es-

pecializada de lo Contencioso Tributario, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** RESUELVE **CASAR** la sentencia que ordena el archivo del proceso, dictada el 19 de noviembre de 2018, a las 16h42, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, dentro del juicio de impugnación No. 17510-2018-00317 y declara su nulidad.

10.2 Se dispone que se remita el proceso al órgano judicial de instancia para que, previo el sorteo legal se asigne dicho proceso a un nuevo Tribunal para que se le dé el trámite que corresponda, sin que pueda rechazar la demanda por razones de oportunidad.

10.3 Sin costas.

10.4 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

Actúe como Secretaria Relatora dentro de este proceso, la doctora Ligia Marisol Mediavilla en virtud de la Acción de Personal No. 117-UATH-2020-OQ, de 28 de enero de 2020. **Fdo. Drs. Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E) Ponente, Fernando Antonio Cohn Zurita, Juez Nacional (E); y, José Suing Nagua, Juez Nacional.**

VI

Juicio Nro. *17751-2020-00001*
Resolución Nro. *253-2020*
Fecha: *17 de diciembre del 2020, las 13h58*

TEMA: Procedencia del recurso de casación contra sentencias que resuelven la impugnación de actos normativos de carácter general en materia tributaria

ASUNTO

La Cámara de Comercio de Guayaquil presenta demanda de impugnación en contra de un acto normativo, consistente en la resolución No. SENAE-2019-0049-RE de 26 de junio de 2019, emitida por la Directora General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, que establece condiciones para la transmisión de declaraciones aduaneras, en virtud de la facultad establecida en el artículo 320.2 del Código Orgánico General de Procesos.

En sentencia de 4 de noviembre de 2020, el tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia declaró con lugar la demanda y determinó la ilegalidad y nulidad de la resolución No. SENAE-2019-0049-RE. Inconforme con este pronunciamiento, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador interpuso recurso extraordinario de casación.

En la presente causa, lo que se busca dilucidar, y lo que es objeto del recurso de hecho formulado, es si procede el recurso de casación contra sentencias expedidas por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, que resuelven la impugnación de actos normativos de carácter general en materia tributaria.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17751-2020-00001

Juez Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela

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

Quito, jueves 17 de diciembre del 2020, las 13h58,

VISTOS: Agréguese el escrito presentado por la Abogada Sara Raquel Vicuña Abril, en su calidad de Procuradora Judicial de la Dirección General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador -SENAE-, entidad demanda en el juicio de impugnación de actos normativos, quien interpone recurso de casación de la sentencia dictada dentro de la presente causa, el día 4 de noviembre de 2020, las 13h32; correspondiendo a esta Sala, pronunciarse al respecto:

PRIMERO: Previamente a resolver sobre la petición propuesta por la accionada, es menester indicar que el recurso de casación tiene el carácter de extraordinario, formal y excepcional, constituyendo un mecanismo fundamental para el control de la actividad jurisdiccional de los jueces de instancia, que según lo refiere Santiago Andrade Ubidia, es: *"…de naturaleza pública, la defensa del derecho objetivo y la unificación de jurisprudencia; hay otro interés adicional, de naturaleza privada, el procurar la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido …"* (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 35).

El artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) señala que: *"El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo".*

En este contexto, el recurso de casación exclusivamente cabe contra sentencias, autos o providencias finales y definitivos, dictados por las cortes provinciales y por los tribunales distritales de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo. Precisamente, Luis Cueva Carrión en su obra La casación en materia civil, segunda edición ampliada y actualizada, Ediciones Cueva Carrión, 2011 p. 166, explica: *"En términos generales, son denunciables en casación, las sentencias, los autos y las providencias a las que la Ley de Casación se refiere en el art. 2 en forma precisa; entonces, no se puede proponer el recurso de casación contra otras piezas procesales que las taxativamente señaladas por la Ley y bajo las condiciones y requisitos que ella exige. Concretamente son denunciables en casación: a) las sentencias y los autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo; y, b) las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento. Sobre estas piezas procesales, y solamente sobre estas, se puede interponer el recurso de casación y contra ninguna más".*

SEGUNDO: Está Sala de Especializada de lo Contencioso Tributario, siendo el órgano jurisdiccional competente para resolver el objeto de la controversia, que se centró en establecer si la Resolución No. SENAE-2019-0049-RE de 26 de junio de 2019, suscrita por la Directora General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, transgredió o no lo establecido en el marco jurídico, resolvió declarar con lugar la demanda y en consecuencia su ilegalidad, por tanto la nulidad del acto administrativo indicado.

En este sentido, la Procuradora Judicial de la Dirección General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador SENAE-, interpone recurso de casación del fallo dictado dentro de esta causa, sin considerar que el primer párrafo del artículo 266 del COGEP prevé que el recurso de casación prospera respecto de procesos de conocimiento en contra de sentencias o autos definitivos dictados por Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo, sin que se pueda siquiera considerar que se trata de asuntos de fuero en que la Sala de la Corte Nacional de Justicia haya hecho las veces de los órganos jurisdiccionales a que hace referencia la norma.

Además, el numeral 2 de la segunda parte del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial prevé que las decisiones referentes a normas infra legales con fines de anulación son de conocimiento privativo de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, cuya decisión se debe publicar en el Registro Oficial, de lo que se colige sin error a equivocarse, que es irrecurrible, sin perjuicio de las acciones de orden constitucional a que hubiere lugar. El artículo 250 del COGEP, establece que se concederán únicamente los recursos previstos en la ley; y, serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad; por ende, el recurso propuesto por la Dirección General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador -SENAE- deviene en improcedente. **Notifíquese.-**

f) Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. Marco Aurelio Tobar Solano, CONJUEZ NACIONAL;
Dr. Jose Dionicio Suing Nagua JUEZ NACIONAL.

RECURSO DE HECHO
Juicio No. 17751-2020-00001

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

Quito, lunes 11 de enero del 2021, las 17h09,

VISTOS: a) Agréguese el escrito presentado por Juan Carlos Díaz-Granados Martínez en su calidad de apoderado de la Cámara de Comercio de Guayaquil, en el cual solicita que el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador -SENAE- de cumplimiento al fallo dictado dentro de la presente causa; al respecto, una vez que se encuentre ejecutoriada la sentencia emitida, se dispondrá lo que en derecho corresponda.

b) En relación al escrito propuesto por la abogada Sara Raquel Vicuña Abril, Procuradora Judicial de la Dirección General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador -SENAE-, en el que interpone recurso de hecho en contra del auto de fecha 17 de diciembre de 2020, las 13h58, esta Sala se pronuncia en el siguiente sentido:

1.- Principales argumentos del recurso de hecho: La autoridad demandada interpone recurso de hecho fundamentado en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República, que reconoce el derecho a recurrir del fallo o resolución en todos los procedimientos; y Art. 82 ibídem, que trata sobre la seguridad jurídica y el de tutela judicial efectiva.

Al respecto sostiene que la providencia recurrida que contiene la negativa de la concesión del recurso de casación al fallo emitido en esta causa- es atentatoria a todo principio y derecho constitucional *"reconocidos a todo ciudadano e institución pública en su calidad de parte procesal"*, aduciendo que se ha restringido de forma arbitraria e inmotivada el ejercicio del derecho a recurrir de la sentencia dictada el día 4 de noviembre de 2020.

La parte recurrente señala que *"… el presente caso ha sido conocido y resuelto en instancia o grado de Corte Nacional precisamente por haberse radicado la competencia en esta Sala, en virtud de los establecido en el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, pero insisto, dicha competencia ha sido determinante por fuero de corte; lo que guarda íntima relación con la garantía al derecho que todo ciudadano tiene a ser juzgado por su juez competente (76 numerales 3 y 7 literal k), considerando que la autoridad demandada dentro del presente proceso de impugnación a un acto normativo de autoridad pública, es precisamente la Directora General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, autoridad con rango Ministro y que posee fuero de corte nacional (sic)…"*.

En relación a lo transcrito, el recurrente señala que el "fuero de corte" tiene como efecto jurídico dentro del proceso, la determinación de la competencia del juzgador que conoce la causa, sin que eso modifique en forma alguna el proceso establecido en la Ley, refiriéndose a lo indicado en los artículos 302, 303 y 320 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

Además, indica que el fallo emitido por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es recurrible en casación, por mandato del artículo 266 del COGEP.

De igual manera sustenta su recurso en el artículo 2 de la Resolución No. 02-2014, de 4 de junio de 2014, publicado en el Registro Oficial No. 276 de 26 de junio del mismo año.

2.- Consideraciones generales del recurso de hecho: El Código Orgánico General de Procesos en el artículo 251 establece los medios de impugnación aplicables, los cuales son: aclaración, reforma, ampliación, revocatoria, apelación, casación y de hecho.

Al caso en estudio, compete remitirse al recurso de hecho, que opera contra la negativa del tribunal inferior, cuando a criterio de la parte recurrente su recurso extraordinario de casación fue negado infundadamente.

El artículo 278 del COGEP dispone que este recurso procede contra las providencias que niegan un recurso de apelación o de casación, a fin de que la o el juzgador competente las confirme o las revoque.

En función de lo previsto en el último inciso del artículo 279 de la norma adjetiva pertinente, corresponde al juzgador a quo previamente a elevar el proceso- determinar si el recurso de hecho interpuesto, está enmarcado dentro de las causas bajo cuales no procede el mismo, que son las siguientes:

1. Cuando la ley niegue expresamente este recurso o los de apelación o de casación.
2. Cuando el recurso de apelación o el mismo de hecho no se interpongan dentro del término legal.

3. Cuando, concedido el recurso de apelación en el efecto no suspensivo, se interponga el de hecho con respecto al suspensivo.

En este contexto, este Tribunal procederá a revisar el recurso interpuesto y de considerarlo debidamente interpuesto, se procederá conforme lo establece el indicado cuerpo legal.

3.- Análisis y resolución del recurso interpuesto por la parte recurrente.

La presente causa tenía como objeto establecer si la Resolución No. SENAE-2019-0049-RE de 26 de junio de 2019, suscrita por la Directora General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, transgredió o no lo establecido en el marco legal y por tanto, incumbía declararlo nulo.

En relación a lo indicado, el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, contempla los asuntos que son competencia de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia; específicamente, a esta última, le ha correspondido los recursos de casación en las causas en materia tributaria incluso la aduanera y las acciones de impugnación que se propongan en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario, cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos legales y se persiga, con efectos generales, su anulación total o parcial.

En concordancia con la norma jurídica señalada, el artículo 1 de la Resolución No. 02-2020, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia prevé: *"La competencia para conocer y resolver las acciones de impugnación que se propongan en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario, cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos legales y se persiga, con efectos generales, su anulación total o parcial, corresponde exclusivamente a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en aplicación del artículo 185.2 segunda parte, del Código Orgánico de la Función Judicial".*

Como se puede observar, el legislador ha previsto que los conflictos derivados de impugnaciones planteadas en contra de normas tributarias que tengan efectos generales y de rango inferior a la ley, sean conocidos y resueltos por una de las salas del máximo órgano de administración de justicia ordinaria -Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia-, es así, que esta competencia nace de una disposición legal específica, que no guarda relación a la calidad o función de las personas demandadas, como infundadamente afirma la institución recurrente.

En este contexto, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador por intermedio de su Procuradora Judicial, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 4 de noviembre de 2020, las 13h32, por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, expedida con la competencia prevista en el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, el mismo que fue negado en auto de 17 de diciembre del presente año.

La normativa adjetiva artículo 250 del COGEP- ha establecido que serán recurribles las providencias de las cuales la ley haya previsto esta posibilidad, de esta forma, para establecer la pertinencia del recurso de hecho propuesto, se debe partir del artículo 266 del COGEP, que de forma expresa instituye que el recurso de casación prospera en contra de sentencias o autos definitivos dictados en procesos de conocimiento, por Cortes Provinciales de Justicia, Tribunales Contencioso Tributarios y Contencioso Administrativos, presupuesto que en el caso bajo examen no ocurre; no siendo procedente el recurso de casación en contra del fallo emitido en esta causa, tampoco es procedente conceder el recurso de hecho, por disposición del artículo 279 numeral 1 del COGEP.

Cabe agregar que la Corte Constitucional en sentencia No. 007-16-SCN-CC, caso 0141-14-CN, señaló que *"… existen procesos en los cuales la ley expresamente no prevé la posibilidad de presentar recursos, lo cual no significa una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, sino por el contrario, implica el acceso a la justicia bajo un marco de certeza jurídica"*

Por consiguiente, el recurso de hecho propuesto por la abogada Sara Raquel Vicuña Abril, Procuradora Judicial de la Dirección General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador -SENAE, se inadmite por carecer de sustento legal. **Notifíquese.- f) Dr. Gustavo Durango Vela, JUEZ NACIONAL (E) PONENTE; Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL; Dr. Marco Tobar Solano, JUEZ NACIONAL (E).**

Gaceta Judicial

año 2020

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

I

Juicio Nro. *09281-2018-01666*
Resolución Nro. *95-2020*
Fecha: *16 de enero del 2020, las 09h49.*

TEMA: Aplicación del principio non reformatio in pejus.

ASUNTO

El presente proceso lo sigue la Fiscalía en contra del señor M. A. L. O., por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado en el artículo 220 numeral 1 literal b del Código Orgánico Integral Penal.

En la causa se discute la aplicación del principio non reformatio in pejus, consagrado en el artículo 77 numeral 14 de la Constitución de la República del Ecuador, en virtud de que en primera instancia se condena al procesado al cumplimiento de tres años de pena privativa de libertad y en segunda instancia se incrementa la pena a cinco años de privación de libertad.

PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Delitos Flagrantes del cantón Guayaquil declara la culpabilidad del señor M. A. L. O., procesado por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado en el artículo 220 numeral 1, literal b) del Código Orgánico Integral Penal, por lo que lo condena al cumplimiento de una pena de TRES AÑOS de privación de libertad.

SEGUNDA INSTANCIA:

El tribunal de la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas rechaza el recurso de apelación interpuesto por el procesado, confirmando en todas sus partes la sentencia subida en grado que lo declara culpable, por haber incurrido en el delito tipificado en el artículo 220 numeral 1, literal b) del Código Orgánico Integral Penal, modificando la pena privativa de libertad a CINCO años.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09281-2018-01666

Juez Ponente: Dr. Iván León Rodríguez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, jueves 16 de enero del 2020, las 09h49.

VISTOS: Agréguese al expediente, forme parte del mismo y tómese en cuenta, el escrito presentado por el procesado recurrente Marco Antonio Loor Ortiz, mediante el cual indica que se suma a su defensa técnica el abogado Lenyn Campoverde Cruz, y señala el correo electrónico lenynm1968@hotmail.com para recibir notificaciones. En lo principal; El ciudadano Marco Antonio Loor Ortiz (procesado), interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, de fecha 20 de noviembre de 2018, las 14h42; la cual, niega su recurso de apelación, confirma en todas sus partes el fallo subido en grado, declarándolo culpable del delito tipificado y sancionado en el artículo 220.1,b) del Código Orgánico Integral Penal (COIP); e imponiéndole la pena de privación de la libertad de 5 años.

Al haberse agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de dictar la sentencia por escrito, para hacerlo se considera:

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Hechos

Los hechos que dieron inicio a esta causa, según lo que consta fijado en la sentencia de primer nivel ahora impugnada, son los siguientes:

> *" **(…) CUARTO**: La relación de los hechos según el parte de detención suscrito por los agentes CboS. Vallejo Vallejo Ángel Wladimir, CboS. González Rivera Carlos Alfredo, Poli. Lascano Saltos William Josthing, Poli. Matamoros Desantiago Carlos Andrés y Poli Murillo Yépez Stefania Lisbeth de fecha 04 de abril del 2018, a las 22h20, es el siguiente: '…personal de la SIDPRO-BAC 09 de Octubre (Movilidad), que luego de realizar técnicas de recolección de información y mediante colaboración de información por parte de una fuente humana (reservada) se pudo tener conocimiento que en las calle San Martin y calle Abel Castillo aparentemente se encuentra un ciudadano de sexo masculino con las siguientes características; quien viste una camiseta color azul obscuro, bermuda color crema y zapatos deportivos, el mismo que al parecer se encontraría expendiendo sustancias sujetas a fiscalización, por tal motivo el personal de campo se desplegó hasta la dirección antes mencionada, logrando visualizar a un ciudadano con las similares características detalladas anteriormente, acto seguido se procedió a neutralizar al ciudadano que se identificó como LOOR ORTIZ MARCO ANTONIO con C.C 09102 9306-7 de 55 años de edad, no sin antes identificarnos como agentes de la Policía Nacional y explicarle el motivo de nuestra presencia, por lo que se procedió a realizar un registro minucioso encontrándole en su poder a la altura del bolsillo trasero de su bermuda la cantidad de cincuenta dólares americanos con cuarenta centavos, en el bolsillo derecho de su bermuda un teléfono de color negro, marca Mobile y a lado derecho del ciudadano LOOR ORTIZ MARCO ANTONIO junto a una llanta de color negra se pudo visualizar una funda de color negro en cuyo interior contenía ciento ochenta y dos sobres de papel con una sustancia blanquecina presumiblemente droga, el mismo que corresponde a los nombre de LOOR ORTIZ MARCO ANTONIO con C.C 091029306-7 de 55 años de edad, por lo que procedimos a su inmediata aprehensión no sin antes darle a conocer sus derechos constitucionales estipulados en el artículo 77 numeral 2,3,4 de la constitución de la república, para posterior ser traslado hasta la unidad de flagrancia (Albán Borja) a ser puesto a órdenes de la autoridad competente (…)"*[1]

1.2.- Actuaciones procesales relevantes

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación presentado por el encartado Marco Antonio Loor Ortiz, le anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

i. Sentencia de primer nivel dictada en procedimiento directo por la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del cantón Guayaquil, de fecha 12 de junio de 2018, las 09h338, mediante la cual se declara a Marco Antonio Loor Ortiz, autor del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización mínima escala- [art. 220.1,a) COIP]; imponiéndole, inter alia, la pena privativa de libertad de 3 años y multa de 2 salarios básicos unificados del trabajador en general (sbutg).

ii. Sentencia de segundo nivel, dictada por la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, de 20 de noviembre de 2018, las 14h42, la cual señal: *"… RECHAZA el recurso interpuesto y confirma en todas sus partes la sentencia subida el grado que declara al procesado LOOR ORTIZ MARCO ANTONIO culpable de haber incurrido en el delito tipificado y reprimido en el artículo 220 numeral a literal B del Código Orgánico Integral Penal y a cumplir la pena privativa de libertad de Cinco años. (…)".*

iii. Mediante escrito de fecha 23 de noviembre de 2019 (fs. 23), la defensa técnica del procesado Marco Antonio Loor Ortíz solicita aclaración, la cual es negada mediante auto de 11 de diciembre de 2018, las 11h25 (fs. 26 y 26 vta.).

iv. Persistiendo en su afán impugnatorio el encartado interpone recurso de casación (fs. 28-31), mismo que es despachado en auto de 2 de enero de 2019, las 15h16, mediante el cual se dispone remitir a la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto por el encartado Marco Antonio Loor Ortiz.

v. Mediante sorteo de 1 de febrero de 2019, las 15h59, ante la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial

[1] Ver sentencia de la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del cantón Guayaquil (procedimiento directo), que obra de fs. 98 a 101 vta. (cita a fs. 98 y 98 vta.)

y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia; se conformó el Tribunal de Casación para conocer la presente causa; tribunal que de manera primigenia quedó integrado por los doctores: Miguel Jurado Fabara, como Juez Nacional Ponente; Luis Enríquez Villacres y Edgar Flores Mier, Jueces Nacionales.

vi. Mediante auto de fecha 12 de julio de 2019, las 15h41, el Tribunal de Casación, resuelve admitir a trámite el recurso de casación interpuesto por el procesado Marco Antonio Loor Ortiz, *"exclusivamente la alegación de contravención expresa del artículo 77.14 de la Constitución de la República del Ecuador."*

vii. Mediante resoluciones No. 188-2019 y 197-2019, dictadas por el Pleno del Consejo de la Judicatura y oficios Nos. 2278-SG-ROG-CNJ, 2279-SG-ROG-CNJ y 2366-SG-CNJ-ROG, de 19 de noviembre (los dos primeros) y 3 de diciembre de 2019, suscritos por la señora doctora Paulina Aguirre Suarez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se encarga a los doctores David Jacho Chicaiza, Wilman Terán Carrillo e Iván León Rodríguez [Jueces Nacionales (e)], los despachos de los ex Jueces Nacionales Edgar Flores Mier, Luis Enríquez Villacres y Miguel Jurado Fabara.

viii. Mediante oficio No. 2383-SG-ROG-CNJ de 4 de diciembre de 2019, suscrito por la señora doctora Paulina Aguirre Suarez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se encarga al doctor José Layedra Bustamante [Conjuez Nacional (e)], el despacho del magistrado Wilman Terán Carrillo, ante la licencias a él concedida.

ix. Mediante auto de 16 de diciembre de 2019, las 15h33 el Tribunal Casacional convoca a los sujetos procesales a la audiencia oral pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación.

x. Audiencia oral, reservada y de contradictorio de fundamentación del recurso, evacuada el 19 de diciembre de 20119, las 16h00, en la que intervinieron: el abogado Lenin Martín Campoverde, como defensa técnica del procesado recurrente Marco Antonio Loor Ortiz; y, la doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de la señora Fiscal General del Estado.

1.3.- Audiencia de fundamentación del recurso de casación

1.3.1.- Fundamentación del recurso interpuesto por el procesado Marco Antonio Loor Ortiz.

Durante la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso, el doctor Marco Salinas Peñaloza, en representación del indicado procesado y recurrente, con relación al cargo admitido a trámite: ***"contravención expresa del artículo 77.14 [CRE]"***, arguyó en lo medular-:

- En ejercicio de su derecho a recurrir (art. 76.7,m) CRE), lo hace respecto a la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas de 20 de noviembre de 2018 *"por considerar que en ella se han violado preceptos constitucionales, esto es, el mandato del artículo 77.14, que señala que al resolver la impugnación de una sanción no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre"*.
- En el numeral 7° de la sentencia, al resolver los señores jueces dicen: *"…ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPÚBLICA, RECHAZA el recurso interpuesto y confirma en todas sus partes la sentencia subida el grado que declara al procesado LOOR ORTIZ MARCO ANTONIO, culpable de haber incurrido en el delito tipificado y reprimido en el artículo 220 numeral 1 literal B del Código Orgánico Integral Penal y a cumplir la pena privativa de libertad de cinco años"; con ello "indudablemente, los señores jueces de la Sala transgreden los preceptos constitucionales violando lo que dice el artículo 77.14, pues el sentenciado Marco Antonio Loor Ortiz fue juzgado por el Juez de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes de Guayaquil mediante procedimiento directo, en el que el señor Juez de primer nivel lo acusó como autor del delito que reprime el artículo 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal y, le impuso una pena privativa de libertad de tres años. Frente a esta sentencia se interpuso recurso de apelación recayendo en una de las salas especializadas de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil, donde los señores jueces declararon sin lugar el recurso y confirmaron la sentencia subida en grado, pero al notificar la sentencia fundamentada por escrito los señores jueces transgredieron la disposición legal de la Constitución, 77.14."*

Pretensión:

Solicita: *"… se case la sentencia emitida por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas en el sentido de que el señor Marco Antonio Loor Ortiz fue sentenciado a tres años y no a cinco años."*

1.3.2.- Contradicción por parte de Fiscalía General del Estado

La doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de

la señora Fiscal General del Estado, manifestó en lo principal-:

- *"… la sentencia en la parte pertinente claramente dice 'se confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado', es decir, se confirma la sentencia del A quo, por lo que en definitiva debió haberse confirmado tres años de privación de libertad…."*
- *Considera que no existe un error de derecho sino simplemente de tipeo y que los Jueces Nacionales como conocedores de la materia sabrán analizar si es un error de derecho o una equivocación de tipo mecanográfico.*

2.- ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1.- Competencia

i. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2018, de 26 de enero de 2018, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) en su artículo 183, sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al COFJ, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013; así también emitió el respectivo instructivo para la distribución de causas en caso de renovación parcial de los miembros de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 02-2018, de 01 de febrero de 2018.

ii. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso de casación, conforme lo establece el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), artículo 10 inciso 2, 184 y 186.1 del COFJ; y, artículo 656 y siguientes del COIP.

iii. Conforme ya quedara referido en el subpunto 1.2, el Tribunal al cual le ha correspondido conocer y resolver el presente medio de impugnación ha quedado integrado por los doctores: Iván León Rodríguez (Juez Nacional Ponente), José Layedra Bustamante, y David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (e) y Conjuez Nacional.

2.2.- Trámite

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del COIP, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde emplear las normas vigentes al tiempo de inicio del proceso; por consiguiente, las normas aplicables son las contenidas en el referido código Orgánico.

2.3. Validez procesal

El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 656 y siguientes COIP, en observancia de lo contemplado en el artículo 76.3 de la CRE, por lo que se declara su validez.

2.4.- Reflexiones acerca del recurso de casación

La naturaleza del recurso de casación está íntimamente ligada con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 CRE[2]; es por ello, que en efecto, las personas tienen el derecho a reclamar el debido respeto y aplicación de la normativa vigente, al momento en que se presenta, en la realidad, cierta situación jurídicamente relevante que puede afectar a sus intereses y derechos. Dentro del proceso judicial, cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, que tenga como catalizador la actuación del juzgador al emitir su resolución, encuentra solución mediante el recurso de casación, el cual tiene como finalidad fundamental la corrección de errores de derecho.

De lo advertido deviene, que la casación es un medio de impugnación extraordinario, contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado; es por ello, que a la casación se la considera una sede extraordinaria de control de legalidad, y por ende, de corrección de errores tras-

[2] La Corte Constitucional del Ecuador, en torno a la seguridad jurídica ha señalado *"… [que] se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela.."*[Sentencia Nro. 006-09-SEP-CC. de 19 de mayo de 2009].

cendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso.[3]

El recurso de casación, como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades específicas determinadas en la ley (violación de la ley, ya por: **i)** contravención expresa de su texto; **ii)** indebida aplicación; y/o, **iii)** errónea interpretación); circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo impugnado.

En cuanto a las "causales" para que opere este recurso extraordinario, aquellas han sido descritas por este órgano jurisdiccional, de la siguiente forma:

> *(…)* ***a)*** *Error de omisión, que es al que se refiere el mentado artículo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente;* ***b)*** *Error de pertinencia, referido por el artículo 349 ejusdem, como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia fáctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta; y,* ***c)*** *Error de interpretación, en el que el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, en definitiva, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada. (…)* [4]

2.5.- Examen de Casación

Ubicados que han quedado, por un lado, el escenario causal del argumento del recurrente; así como, por otro, los parámetros de este medio de impugnación, se procederá a despejar y/o dar respuesta al cargo esbozados, desde el marco de las causales establecidas en la ley.

2.5.1.- El suscrito Tribunal Casacional, desde su rol como órgano de control de la legalidad de los fallos emitidos por los jueces de instancia, y de subsanador de yerros jurídicos en la sentencia -en el caso de haberlos-; al remitirse y/o despejar el argumento –entiéndase alegaciones o reproches planteados por el casacionista-, desde la óptica estricta de las causales casacionales o errores *in iure* que prevé la norma, que para este caso ha sido la atinente al "error de omisión o contravención expresa"; parte de dejar precisado -una vez más- que el medio de impugnación que ahora nos ocupa se trata, primero, de un recurso extraordinario y, segundo, de uno de orden eminentemente técnico, que obliga al casacionista a desarrollar un esfuerzo técnico-jurídico en la manera de cómo presentar los cargos[5] casacionales.

---

[3] Samuel Ramírez Poveda en su obra *"Los Errores de Hecho en Sede de casación Penal"* (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., 2002, p. 19) señala: *"La actual casación penal ha de concebirse como un recurso extraordinario, mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico limitado de derecho, sobre los procesos de los cuales han surgido sentencias que no han adquirido el carácter de firmeza, con el propósito de hacer efectivo el derecho sustantivo y las garantías debidas a quienes intervienen en el proceso penal, unificar la jurisprudencia nacional como criterio auxiliar del derecho (..) y reparar agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado a los intervinientes. Se trata entonces coetáneamente, de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad. [-sic-] En sentido lato, se trata de un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva."*

[4] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Resolución Nro. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el Nro. 508-2013.
El tema medular de la casación es la violación de la ley ya sea por: i) contravención expresa de su texto; lo cual implica la comparación de la narración con el supuesto fáctico. Hay que señalar que cuando se alega esta causal, lo que el recurrente indica es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador, es por ello, que en este sentido, se debe hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el juzgador y el supuesto fáctico de la norma, sí ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error; ii) indebida aplicación (error de pertinencia); la indebida aplicación es el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo. Al igual que el error anterior, se debe hacer una contraposición de estos dos elementos, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado; y, iii) errónea interpretación (error de interpretación propiamente dicho); que implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; este yerro a diferencia de los anteriores, no se provoca en la adecuación de la narración fáctica que hace el juzgador con el supuesto de hecho de la norma; cuando el recurrente alega esta causal, se acepta que la norma utilizada por el juez es la correcta, empero, se impugna la manera en la que éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.

[5] Entendiendo tal concepto como la manifestación de la inconformidad del recurrente, en contra de un razonamiento especifico del juzgador que ha emitido la sentencia impugnada

La Corte Nacional y la ex Corte Suprema de Justicia a hecho esfuerzos en cuanto a explicar cuál es la técnica adecuada para la debida presentación y sustentación del recurso, conceptualizando cada una de las causales y explicando la manera correcta de cada una de ellas.

2.5.2.- Reproche de que en el fallo dictado por el ad-quem se ha contravenido expresamente el artículo 77.14 CRE"

Conforme quedó ya precisado en el numeral 1.3.1 de este fallo, para lo cual, en lo medular el recurrente ha esgrimido: que se impugna a la sentencia dictada por la Sala especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil, dictada el día 20 de noviembre de 2018, a las 14h42 –la cual dicho sea de paso, mediante auto de fecha 11 de diciembre de 2018, a las 12h25, consta que se ha negado el pedido de aclaración-; que, el cuestionamiento en concreto, estriba en que se habría contravenido la disposición del artículo 77.14 CRE; que se ha vulnerado el principio *non reformatio in pejus*, pues, al ser el único recurrente, la Corte Provincial no podía haber agravado su situación jurídica.

Planteada así la alegación, para despejar la misma, es menester señalar que el presente reproche se lo ha realizado bajo la causal de contravención expresa (error de omisión); de allí que, resulta pertinente señalar que este tipo de yerro *in iure* –desde el marco de la técnica jurídica necesaria- implica obligatoriamente la comparación de la narración realizada por el juzgador en su sentencia versus el supuesto fáctico que prevé la norma (en este caso el artículo 77.14 CRE); ahora bien, se debe reparar que, cuando se alega esta causal o cargo, lo que el recurrente debe indicar, imperiosamente, es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador (falta de aplicación); es por ello que, en este sentido, huelga reiterar, que amerita hacerse una comparación entre la narración de los hechos que hace el Tribunal *Ad quem* –juzgador en este caso concreto se dice en la parte resolutiva- y el supuesto fáctico de la norma, cuando señala que *"al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre."*; y, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error.

Es así que, una vez precisado que ha quedado identificado el yerro *in comento*, acorde con lo alegado por la defensa del casacionista y que consta detallado en el punto 1.3.1; este Tribunal, luego de la revisión y/o análisis correspondiente del fallo impugnado observa que:

- En materia penal, uno de los principios básicos, es aquel conocido como *"non reformatio in pejus"*, o de no reforma en perjuicio del recurrente; el cual implica la prohibición al juzgador superior de agravar la situación jurídica del recurrente –en este caso del apelante y procesado Marco Antonio Loor Ortiz-, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario –esto es, FGE-. Este principio, se lo conoce también como la interdicción de reforma en peor, y se trata de una garantía procesal, con rango constitucional, que le impide al superior jurisdiccional jerárquico empeorar la situación de un sentenciado que ha recurrido una providencia.
- El artículo 76.14 CRE, señala: *"Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre"*; de su parte el artículo 5.7 COIP, recoge dicha garantía constitucional, casi de manera textual, y establece que: *"Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única que recurre".*
- Acorde con el principio constitucional, y con las normas citadas, deviene que en el caso de los condenados en procesos penales, no se podrá incrementar la pena -entendida en esta, tanto la privación de libertad, como la multa, impuestas-, cuando solo haya impugnado el o los condenados, que para efectos de cabal entendimiento, representan una sola parte procesal (la persona procesada). El escenario, se torna distinto, cuando sea la Fiscalía (acusación oficial) quien apele unilateralmente, o lo haga a la par del condenado, e incluso de la acusación particular; en tal situación, el órgano superior jerárquico puede aumentar la pena impuesta al procesado si es que la declara fundada la impugnación, lo cual no ocurre en el *sub judice*.
- En el presente caso, la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, cuando en la parte final de su sentencia resuelve: *"… RECHAZA[R] el recurso interpuesto…"* que cabe reparar fuera planteado únicamente por el procesado; y, "confirma[r] en todas sus partes la sentencia subida e[n] grado..", es esto es la de primer nivel que declaró al encartado y ahora casacionista Marco Antonio Loor Ortíz culpable del delito tipificado y reprimido en el artículo 220.1,b) COIP, imponiéndole la pena privativa

de libertad de 3 años; empero, cuando el *Ad quem* señala: *"a cumplir la pena privativa de libertad de Cinco años"*; contraviene el principio y la norma constitucional indicado *ut supra.*

- Por lo tanto, este Tribunal Casacional, al evidenciar que efectivamente los jueces están vedados o impedidos de agravar la situación jurídica de quien recurre en un proceso, deviene que no se puede admitir que se trate de un asunto de mera forma el yerro que se hace mención en la aplicación de la normativa por la Corte Provincial de Justicia, cuando –conforme quedó señalado-, por un lado se resuelve aceptar y confirmar la sentencia subida en grado, más, en la imposición de la pena privativa de libertad, por otro lado, considera que se debe cumplir cinco años.
- Ahora bien, cabe resaltar incluso, que el sentenciado y ahora recurrente pidió en su momento que se aclare el particular, lo cual tampoco fue atendido y fue finalmente negado por la Sala de la Corte Provincial que conoció este caso; consiguientemente este Tribunal estima de forma unánime que efectivamente el reproche planteado resulta pertinente, por lo que se acepta el recurso de casación interpuesto, y como contrapartida amerita casarse la sentencia emitida por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas de fecha 20 de noviembre de 2018, las 14h42, virtud de que se ha vulnerado el artículo 77.14 de la Constitución de la República, por tanto se debe reformar la parte final resolutiva respecto a que la pena privativa de libertad que debe cumplir el procesado señor Marco Antonio Loor Ortiz, es la de 3 años conforme así lo ha impuesto el juez de primer nivel y que la Corte de Apelación, en sentido general, ha confirmado tal fallo, pero comete el lapsus o yerro al establecer una pena distinta.

3.- RESOLUCIÓN

Sobre la base de lo queda expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, al tenor del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, resuelve por unanimidad:

3.1.- Aceptar por procedente el recurso de casación interpuestos por el procesado Marco Antonio Loor Ortiz, al haberse justificado, conforme a derecho, su argumentación.

3.2.- Casarse la sentencia emitida por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas de fecha 20 de noviembre de 2018, las 14h42, por contravención expresa del artículo 77.14 de la Constitución de la República, por tanto, reformar la parte final resolutiva respecto a que la pena privativa de libertad que debe cumplir el procesado señor Marco Antonio Loor Ortiz, es la de 3 años.

3.3.- Una vez ejecutoriado el fallo de casación, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen. **Notifíquese y Cúmplase.**

f) Dr. Iván León Rodríguez, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. José Layedra Bustamante, CONJUEZ NACIONAL; Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E).

II

Juicio Nro. *11282-2017-01416*
Resolución Nro. *104-2020*
Fecha: *17 de enero del 2020, las 17h03*

TEMA: Nexo causal entre la prueba, la infracción y la persona procesada en el delito de lesiones.

ASUNTO
El presente proceso lo sigue el señor W. S. F., en contra del señor E. R. K., por

el delito de lesiones, tipificado y sancionado en el artículo 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, en un procedimiento de acción penal privada.
PRIMERA INSTANCIA
El Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Loja desestima la querella presentada por el señor W. S. F., en contra del señor E. R. K., procesado por el delito de lesiones, tipificado en el artículo 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, a quien se le ratifica el estado de inocencia, debido a que el querellante no justificó la materialidad de la infracción de la que aduce haber sido objeto y por ende tampoco la responsabilidad del querellado, por lo tanto, al no tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable, y al no haber desvirtuado mediante suficiente prueba la presunción de inocencia de la cual goza el querellado, el juzgador considera que no hay lugar a las pretensiones del accionante.
SEGUNDA INSTANCIA
El tribunal de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja acepta el recurso de apelación interpuesto por el querellante W. S. F. y revoca la sentencia subida en grado, declarando la responsabilidad penal del querellado E. R. K., como autor directo del delito de lesiones, tipificado en el artículo 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, en base a que, a criterio del tribunal, la prueba expuesta permite arribar al convencimiento de los hechos, circunstancias materia del delito y a la responsabilidad del procesado.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 11282-2017-01416
Juez Ponente: Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO.
Quito, viernes 17 de enero del 2020, las 17h03.
VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por Eknath Ramrao Kadam, a la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, la misma que revoca la resolución de la jueza a quo[1], y declara la culpabilidad del querellado Eknath Ramrao Kadam, en torno al delito de lesiones, tipificado y sancionado por el artículo 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal; el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa, para resolver el recurso extraordinario planteado; mediante auto respectivo se determinó la admisión a trámite del medio de impugnación.- Convocada la audiencia para la fundamentación del recurso; instalada la misma el jueves 9 de enero de 2020, escuchados los sujetos procesales, el suscrito Tribunal, en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 656 y otros pertinentes del Código Orgánico Integral Penal aplicable al caso in examine, estimó improcedente el recurso de casación interpuesto; sin embargo, en ejercicio de su facultad ex officio, casó la sentencia, por indebida aplicación de la ley; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como el artículo 76 numeral

[1] Sentencia de 14 de noviembre de 2018, las 14h38, emitida por la abogada Jenny Jaramillo Serrano, Jueza e la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Loja.

7 literal l) de la Constitución de la República; y, las reglas procesales pertinentes, al siguiente tenor:

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. 209-2017, 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 reemplazaron en sus funciones a las y los salientes.

El 26 de enero de 2018, el Consejo de la Judicatura posesionó a las juezas y los jueces que se integran a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador mediante Resoluciones Nº. 01-2015, de 28 de enero de 2015 y 01-2018, de 26 de enero de 2018, conformó sus seis Salas especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

Previo sorteo de ley de 22 de mayo de 2019, las 16h24, acorde a lo prescrito en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Tribunal asignado a la presente causa, signada con el número 11282-2017-01416, quedó integrado por los doctores Miguel Jurado Fabara y Luis Enríquez Villacrés, ex Jueces Nacionales; y el doctor Edgar Flores Mier, ex Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 y 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

De conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 6 de la Resolución N° 02-2012, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, llama al doctor David Isaías Jacho Chicaiza[2], Conjuez Nacional, para que reemplace al doctor Edgar Flores Mier, ex Juez Nacional, en virtud de la ausencia definitiva del mentado operador de justicia.

Asimismo, debido a la ausencia definitiva de los doctores Miguel Jurado Fabara y Luis Enríquez Villacrés, ex Jueces Nacionales, la doctora Paulina Aguirre Suárez, llama a los doctores Wilman Terán Carillo[3], Conjuez Nacional y al doctor Xavier León Rodríguez, Conjuez Nacional (t), para que remplacen a los mencionados ex magistrados.

Ergo, queda conformado el Tribunal de Casación de la Sala especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por los doctores Wilman Terán Carrillo y Xavier León Rodríguez, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) Ponente.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal; ergo, por cuanto los ciudadanos ecuatorianos como los extranjeros que cometan delitos dentro del territorio de la República están sujetos a la jurisdicción penal del Ecuador, y siendo el querellado, de nacionalidad hindú, en contra de quien se ha propuesto cargos por delitos cometidos en territorio ecuatoriano, se encuentra bajo la jurisdicción penal de la República del Ecuador, según prescripción constante en el artículo 400 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal; en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador; y, las garantías normativas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, en el ámbito espacial, temporal, personal y material, para conocer y resolver el recurso de casación planteado; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio de la presente resolución.

[2] Oficio No. 2278-SG-CNJ-ROG, de 19 de noviembre de 2019
[3] Oficio No. 2279-SG-CNJ-ROG, de 19 de noviembre de 2019

SEGUNDO:
VALIDEZ PROCESAL.

El recurso de casación ha sido tramitado conforme lo establecido en los artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, que en su parte final declara el principio de legalidad procesal (Solo se podrá juzgar a una persona con el trámite propio de cada procedimiento), en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley penal[4], ergo, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya *error in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

TERCERO:
ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.
3.1) ANTECEDENTES FÁCTICOS:

Mediante querella presentada en la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, el 07 de diciembre de 2017, el señor Stanley Wayne, acusa los siguientes hechos:

> *"(...) el día 08 de noviembre de 2017, a las 16h00, aproximadamente mientras mi esposa la señora Ellen Lewis Moore, la señora Judy Love Hosler y mi persona estábamos en la vía de acceso a nuestras propiedades, llegaba el señora Kadamm con varias personas transportando tierra y arena causando los mismos problemas de contaminación y daños en nuestras propiedades por lo que, estando presentes todos los comparecientes le pedimos nuevamente al señor Kadamm que proceda a actuar de forma adecuada con sus vecinos, ante lo cual el señor empezó a insultarnos y sin respetar nuestra condición de adultos mayores sufrimos una agresión física que detallo a continuación: Específicamente en mi caso el señor Kadamm procedió a propinarme una bofetada y por la fuerza del impacto se desprendió el aparato de audición que usaba ese día, mismo que quedó totalmente destruido y además un traumatismo en el ojo derecho, complicado con lesiones en mi mandíbula con un pronóstico de 10 días de incapacidad conforme indica en el examen médico legal adjunto (...)".*

3.2) ANTECEDENTES PROCESALES.

3.2.1) El señor Wayne Satanley Funk, mediante querella, presentada el 07 de diciembre de 2017, acusa al señor Eknath Kadamm, por supuestamente haber incurrido en la conducta descrita en el artículo 152 numeral 2[5] del Código Orgánico Integral Penal.

3.2.2) Mediante sentencia de 14 de noviembre de 2018, las 14h38, el Jueza de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, ratifica el estado de inocencia del querellado, al siguiente tenor:

> *"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, desestima la querella planteada por el señor STANLEY WAYNE FUNK en contra del señor EKNATH RAMRAO KADAM con PASAPORTE L5167506 a quien se ratifica el estado de inocencia, a la querella no se la califica como maliciosa ni temeraria, por cuánto la misma no reúne los presupuestos doctrinariamente considerados necesarios para tal declaración Sin constas ni honorarios que regular (…)"*[6].

3.2.3) Respecto del fallo referido en el acápite que antecede, el señor Stanley Wayne Funk, querellante, interpuso recurso de apelación, por tal motivo, la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, mediante sentencia de 12 de abril de 2019, las 16h23, resolvió aceptar el recurso planteado, disponiendo lo siguiente:

> *"(...) Aceptar el recurso de apelación interpuesto por el querellante, Stanley Wayne Funk, revocar*

---

[4] **Código Orgánico Integral Penal:** *"**Art.16.**- Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos el proceso penal y laso los juzgadores observarán las siguientes reglas: 1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión (…)"*

[5] Art. 152.- Lesiones.- La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas: (…) 2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad e dos meses a un año.

[6] Expediente de la Sala Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, Juicio No. 11282-2017-01416, fjs. 226 a 247, vta.

la sentencia subida en grado, declara la culpabilidad, y por ende la responsabilidad penal del querellado, Eknath Kadam, cuyas generales de ley constan de autos, como autor directo del delito de lesiones, tipificado y reprimido por el Art. 152, numeral segundo del Código Orgánico Integral Penal, a quien se le impone la pena de dos meses de privación de libertad (...) multa de tres salarios básicos del trabajador en general, pago de daños y perjuicios en la suma de tres mil cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (...)" (sic)[7]

3.2.4) De esta resolución, el querellado, señor Eknath Kadam Ramrao, interpuso recurso extraordinario de casación.

3.2.5) Mediante auto de 06 de agosto de 2019, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, resolvió admitir a trámite el recurso de casación interpuesto por el querellado, en el siguiente *contexto:*

"(…) este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, resuelve:

Aceptar a trámite el recurso interpuesto por el procesado Eknath Ramrao Kadam únicamente por los cargos desarrollados en los numerales 4.22; 4.2.5; y 4.2.6 de este auto (esto es contravención expresa del art. 76.7.i), de la Constitución de la República del Ecuador; art. 5.9; 21 y 406; contravención expresa de los artículos 26; 42.1 y 152.2; y, errónea interpretación de los arts. 29 y 33 del Código Orgánico Integral Penal) y en los términos que allí se hacen constar, el que deberá fundamentarse en audiencia oral y contradictoria (cuya fecha será señalada en el momento procesal oportuno), sin variar su contenido; recordando, además, la prohibición que tiene el impugnante de alterar los hechos que se consideran como probados en la sentencia impugnada, devenida del segundo inciso del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal (…) .

3.2.6) Posteriormente, dado que los jueces que integraron el Tribunal de casación que admitió y escuchó a las partes en audiencia pública y contradictoria, cesaron definitivamente en sus cargos, sin haber motivado su resolución por escrito, el suscrito Tribunal, mediante auto de 18 de diciembre de 2019, las 15h50, resolvió declarar la nulidad procesal de la presente causa, a partir de la audiencia de fundamentación del recurso de casación[9].

3.2.7) El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas de los artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.

CUARTO:

ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y DE CONTRADICTORIO, EN TORNO AL RECURSO PLANTEADO

4.1) Señor Eknath Kadam, querellado y casacionista.

El doctor Luis Daniel Cordero Espinoza, defensor técnico del casacionista, señor Eknath Kadam, con la finalidad de sustentar el recurso de casación propuesto, manifestó en lo principal que:

- *Las personas involucradas en este conflicto son los señores Stanley Wayne Funk que es el querellante, su esposa Ellen Lewis Moore y una amiga de estas personas, la señora Judy Love Hosler; como contraparte, su defendido, el señor Eknath Kadam. Estas personas residen en San Pedro de Vilcabamba, en la Hacienda San Joaquín, que es una especie de condominio privado donde viven aproximadamente unas 60 familias, en su mayor parte extranjeras.*
- *Los hechos se suscitan a partir del mes de octubre y noviembre de 2017.*
- *Su defendido tiene una casa de habitación en esa residencia y como consecuencia del invierno se produjeron unos daños en la estructura, situación que le obligó a contratar una*

[7] Expediente de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, Juicio No. 11282-2017-01416, fjs 712 a 722.

[8] Expediente de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia No. 11282-2017-01416, fjs. 3 a 11.

[9] Expediente de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, Juicio No. 11282-2017-01416, fjs. 34 a 39, vta.

retroexcavadora y volqueta para realizar el desalojo de material, y construir un muro para proteger su vivienda, se hicieron varios viajes para realizar el desalojo del material.

- *Estos hechos molestaron a estas tres personas, quienes comenzaron a tener actitudes hostiles, impidiendo la circulación de las volquetas, razón por la que su defendido se comunicó con las autoridades del GAD municipal, quienes se comunicaron con estas personas y les manifestaron que no podían bloquear las vías; incluso fueron multados por las autoridades de tránsito por bloquear las vías.*
- *El tema se desencadenó el 8 de noviembre de 2017, cuando las volquetas circulaban cargando material, en horas de la mañana, sin embargo, el chofer fue impedido de circular, por lo que se retiró, no obstante, regresó en la tarde a realizar estos viajes acompañado de la señora Diana Toledo, funcionaria del GAD Municipal de Vilcabamba y de la esposa del señor Eknath Kadam, por lo que comenzaron a realizar nuevamente los viajes.*
- *Cuando regresaron a la casa para realizar otro viaje fueron bloqueados en la vía por el querellante, su cónyuge y la señora Judy Love Hosler, quienes, armados con un palo, no los dejaron pasar, y de forma agresiva los insultaron, ante esto, la esposa de su defendido lo llamó, y él bajó en su camioneta parqueándose frente a frente con la volqueta, en este momento, se acercó el señor Stanley Wayne Funk, con el palo, con su cónyuge, y golpearon con el palo su vehículo, impidiendo la circulación de su defendido, quien se bajó del vehículo con la finalidad de quitarle el palo al querellante, quien no le permitió, por lo que regresó al vehículo y tomó su teléfono para filmar estos hechos, sin embargo, es golpeado en su brazo, ocasionando que su teléfono caiga al suelo y se rompa.*
- *Conforme lo establece la doctrina, la casación es extraordinaria cuando existe lo que se denomina error de subsunción; es decir, el imputar al fallo, hallarse incurso en errores de violación directa a la norma sustantiva, porque no se ha subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados.*
- *Toda norma jurídica tiene una estructura hipotética, un antecedente fáctico y una consecuencia jurídica.*
- *Un yerro en casación se produce cuando, los hechos admitidos por el Tribunal, no son correctamente subsumidos en la norma jurídica;*
- *Lo fundamental en un recurso de casación es, primero, establecer cuáles son los hechos admitidos por el Tribunal como probados, esos hechos constan en el considerando quinto del fallo objetado y coinciden con aquello narrado como antecedente para poner en contexto dichos hechos.*
- *Ahora bien, por qué se produce este error de subsunción, en primer lugar, existe contravención expresa de los artículos 26, 42 numeral 1 y 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal; con respecto a lo que se llama juicio de imputación, como es de conocimiento del Honorable Tribunal de casación, la teoría general del delito, para establecer la responsabilidad penal de un procesado, hace un análisis por partes de la conducta, es decir, primero hace el juicio de imputación, para establecer la imputación objetiva y subjetiva, posteriormente, se analiza la antijuridicidad y finalmente la culpabilidad.*
- *El Código Orgánico Integral Penal es un código finalista, a diferencia de lo que era el Código Penal, que era causalista, pues, en este Código se puede establecer que el dolo está dentro del título de la tipicidad; consecuentemente, al Tribunal de apelación le correspondía realizar el análisis de tipicidad, posteriormente, el análisis de antijuridicidad, y finalmente, el análisis de culpabilidad; no obstante, la Sala de apelación actuó de forma causalista y no realizó un análisis de la tipicidad.*
- *La tipicidad tiene dos elementos, objetivo y subjetivo, en este último se encuentra el dolo.*
- *Como ha dicho la doctrina, la tipicidad objetiva se configura cuando el autor del delito crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, todas las personas tenemos roles genéricos, cuando nosotros traspasamos esos roles, y generamos un riesgo jurídicamente desaprobado, se configura el primer elemento de la tipicidad objetiva que es la imputación objetiva, pero además es también necesario que se analice la tipicidad subjetiva, es decir, el dolo.*
- *El artículo 152 del Código Orgánico Integral Penal que habla sobre las lesiones, establece que este delito es eminentemente doloso, y la doctrina ha establecido que el dolo tiene dos elementos, cognitivo y volitivo (conocer y querer), es decir, para que exista dolo, es necesario que el autor conozca y quiera.*

- *Claus Roxin ha establecido que, para que exista dolo, la conducta delictiva debe ser parte de un plan, es decir, debe estar planificado hacer, el autor tiene que querer hacer lo que hizo y tiene que conocer que hizo lo que hizo.*
- *En el presente caso, si se revisan los hechos que fueron admitidos por el Tribunal de apelación, se podrá evidenciar que su defendido jamás creó un riesgo jurídicamente desaprobado, por el contrario, el Tribunal reconoce que llegó en su vehículo, que se quiso retirar, que el querellante le impidió que se retire, que fue el querellante que lo golpeó primero con el palo en su vehículo, y luego en su mano, consecuentemente, no se analizó el elemento de la imputación objetiva, y el riesgo desaprobado, pero, tampoco se analizó el elemento de la tipicidad que es el dolo, pues, en ninguna parte de la sentencia se determinó que la actuación de su defendido haya sido dolosa.*
- *El Tribunal de apelación efectuó un análisis con un enfoque eminentemente causalista, violando lo previsto en el artículo 26, 42 numeral 1 y 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal.*
- *En cuanto a la errónea interpretación de los artículos 29 y 33 del Código Orgánico Integral Penal, en el supuesto jamás consentido de que el Tribunal de apelación haya realizado el juicio de tipicidad, es decir, haya determinado la imputación objetiva e imputación subjetiva, le correspondía analizar la antijuridicidad.*
- *A criterio del Tribunal de apelación, la legítima defensa tiene que estar establecida en un informe pericial, además, sostiene que no existe pericia médica alguna que pruebe que el querellado sufrió lesiones.*
- *Sin embargo, el Tribunal reconoció como hecho probado que, cuando su defendido llegó en su vehículo, fue el querellante que golpeó con un palo el vehículo, además, golpeó la mano a su defendido provocando que su celular se rompa.*
- *Existe actual agresión e ilegítima, porque su defendido no tenía razón para soportar esas agresiones por parte del querellante; además, existe necesidad racional de la defensa, porque, con los testimonios está demostrado que su defendido reaccionó dándole una bofetada al agresor, además, después fue agredido por estas tres personas, consecuentemente, el medio utilizado por su defendido fue racional, finalmente, existe falta de provocación suficiente de quien actuó por defensa propia, pues, el Tribunal reconoció que su defendido llegó y sacó se celular para grabarlos, y que no lo permitieron hacerlo.*
- *Respecto a los cargos de doble procesamiento, en el presente caso, luego del 08 de septiembre de 2017, cuando ocurrieron estos hechos, estas personas fueron al Hospital de Vilcabamba, los cuatro fueron atendidos, existen certificados médicos de los facultativos que atendieron a estas personas.*
- *Al señor Stanley Wayne Funk, a su esposa Ellen Lewis Moore, y a la señora Judy Love Hosler, los médicos establecieron cero días de reposo, a su defendido, le otorgaron 24 horas de reposo, bajo estas consideraciones, estas tres personas, de manera conjunta, presentaron una denuncia por contravención en contra de su defendido, no obstante, con posterioridad, después de un mes, el señor Stanley Wayne Funk sacó un certificado médico de un odontólogo del cantón Catamayo, viviendo en el cantón Loja, parroquia de Vilcabamba, y con ese certificado fue a la Fiscalía y obtuvo un informe pericial de supuestamente 10 días de incapacidad.*
- *Posteriormente, desistió de la denuncia de contravención y presentó un nuevo proceso por querella de lesiones prevista en el Art. 152 numeral 2.*
- *Conforme lo determina el artículo 406 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, en los tres procesos en contra de su defendido había conexidad, porque existía una sola unidad de hecho, y en estos tres procesos han sido juzgados; además en el proceso formulado por Judy Love Hosler, se ratificó el estado de inocencia de su defendido.*
- *Solicita que se admita el recurso de casación, se revoque la sentencia de apelación y se ratifique el estado de inocencia de su defendido. (Sic).*

4.2) Querellante no recurrente (Stanley Wayne Funk).

El abogado Jhon Esteban Espinosa Villacrés, defensor técnico del querellante, señor Stanley Wayne Funk, con la finalidad de efectuar la respectiva contradicción, en relación al recurso de casación interpuesto por el querellado, manifestó en lo principal que:

- *El primer cargo planteó la supuesta inexistencia del juicio de imputación, por no haber sido desarrollado por el Tribunal de apelación en*

su sentencia, ya que no se estableció si existió el dolo necesario.

- *Si bien el Tribunal no aplicó en la sentencia los tecnicismos doctrinarios, claramente, a partir del numeral quinto, se efectuó una valoración de la denuncia.*
- *Cuando se habla del dolo, el dolo significa resultado, en el presente caso, este resultado se verifica en una persona de 70 años de edad, quien registra según examen médico ojo de mapache (un golpe en su rostro), y, como lo ha aceptado el querellado, fue un golpe en su rostro el que ocasionó la lesión.*
- *Entonces, el Tribunal hizo un juicio de imputación, no con los términos apropiados o tecnicismos jurídicos, sin embargo, se advierte que, a partir de numeral quinto, y en la conclusión de la sentencia impugnada, se estableció claramente que la prueba practicada permitió al Tribunal arribar al convencimiento de los hechos, es decir, al resultado.*
- *El dolo es igual al resultado. Cuando se habla de juicio de imputación, se habla de voluntad y conocimiento, y el dolo significa resultado, en el presente caso son las lesiones, lesiones incorporadas a la hipótesis jurídica del artículo 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal.*
- *Respecto al siguiente cargo, referente a un supuesto error de interpretación de los artículos 29 y 33 del Código Orgánico Integral Penal, concernientes a la legítima defensa, claramente en la sentencia se verifica que el Tribunal, en la parte final de su fallo, claramente establece que el querellado no debía hacer justicia por mano propia, y agredir de obra al querellante y a su vecina, se establece que la testigo Diana Toledo Massa, manifestó que no vio al querellado dar algún otro golpe a parte de la acción, por lo que, bajo ningún concepto, se puede hablar de la causa de justificación de legítima defensa.*
- *Los elementos concurrentes para la legítima defensa son: agresión actual e ilegítima, en segundo lugar, y más importante, necesidad racional de la defensa, ahora bien, si un señor de 70 años, treinta años mayor que el querellado, coloca un palo, le hace caer un teléfono, la reacción proporcional es otorgarle una bofetada, o, más bien un puñete en su ojo, destruyendo su auricular en una persona de la tercera edad? esa no es legítima defensa.*
- *Respecto al tercer cargo, referente a la contravención expresa de la motivación, artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, el casacionista mas bien habló del artículo 5.9, 21 y, específicamente, del artículo 406 del Código Orgánico Integral Penal.*
- *La pregunta es clara, ¿El tribunal hizo mal en juzgar por los mismos hechos que supuestamente ya fueron juzgados? No*
- *No cabe hablar de conexidad en el presente caso, puesto que, actuó autónomamente para cada una de las tres personas que también tienen todo su derecho de defenderse ante la justicia, es por eso que, en lo referente a la conexidad, es importante mencionar a qué nos referimos, y constituye un medio para perpetrar otro.*
- *Los tres cargos alegados en el recurso de casación son infundados, además, no puede quedar impune una agresión de estas características.(Sic).*

4.3 Señor Eknath Kadam, querellado y casacionista (Réplica).

En ejercicio de su derecho a la réplica, el doctor Luis Daniel Cordero Espinosa, defensor técnico del señor Eknath Kadam, manifestó en lo principal que:

- *En razón del tecnicismo del recurso de casación, que conlleva no a tratar los hechos, toda su fundamentación la ha realizado partiendo de los hechos admitidos por el Tribunal, en base a las pruebas.*
- *Los elementos de la legítima defensa se configuran, los argumentos expuestos por la contraparte no contradicen en nada los fundamentos que ha realizado, en tal sentido, se ratifica en los argumentos expuestos. (Sic).*

QUINTO:

LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN PENAL ECUATORIANA. 5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA: El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; ergo, el entorno dogmático del artículo 1 de la Constitución de la República determina la simbiosis jurídica de un ámbito conceptual fuertemente diferenciado:

a) Es un Estado constitucional, ya que "la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, or-

gánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos (…)"[10]; por consiguiente, se vislumbra que la Constitución materializa ciertos principios y derechos, entre ellos el de impugnación como parte de los derechos de protección, del debido proceso y de defensa, en ese contexto, el artículo 76 numeral 7 literal m), de la Constitución de la República 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.".

Este derecho per se es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario en materia penal, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado Constitucional; a la vez, se distingue también que la Constitución de la República es **orgánica** ya que determina el órgano -Función Judicial- que como parte del Estado es el llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia; en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[11]; en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera[12]; en ese contexto, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado Constitucional.

b) El Ecuador es un Estado de derechos: *"(…) El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica."*[13]*;* ergo, se determina que el Estado de derechos lleva implícito el pluralismo jurídico; en ese contexto, las normas que integran el bloque de constitucionalidad son de imperativo cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, así el derecho de impugnación, base fundamental de la casación, tiene su referente en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que per se forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala:

"(…) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior";

En el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se indica que:

"Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la

[10] Ramiro Ávila Santamaría, La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis ese la doctrina y el derecho comparado, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

[11] Constitución de la República el Ecuador: Art. 182: "(…) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito,"; Art. 184: "Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (…)".

[12] Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 186: "Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y de Tránsito conocerá: 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal aduanera (…)".

[13] Ramiro Ävila Santamaría, op. Cit., pp. 29, 30.

pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.".

En ese contexto se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

c) La Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de Justicia, Ramiro Ávila Santamaría refiere que *"(…) una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho)."*[14], concluye sobre el tema indicando que *"(…) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa."*[15]; así, se avizora que el Estado de Justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación como medio de impugnación se determina ciertamente que el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo con el objetivo de cristalizar la justicia como fin de la administración de justicia en el Estado ecuatoriano.

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

"La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (…) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad"[16].

Con lo anotado precedentemente, la garantía normativa de la casación está determinada en las reglas del Código Orgánico Integral Penal, aplicable al caso in examine, en función del principio de legalidad; así el artículo 656 del Código *ut supra* establece: *"Procedencia.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba*."; por su parte, el artículo 652 numeral primero del Código invocado, determina la siguiente garantía normativa: *"La impugnación se regirá por las siguientes reglas:1. Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código."*; de lo cual se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *"La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas"*[17].

[14] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.
[15] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 28.
[16] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230- 11-EP
[17] Orlando Rodríguez Ch., Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.

La taxatividad determinada en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, limita el ámbito de acción del recurso extraordinario de casación, la contravención expresa de la ley, la indebida aplicación o la errónea interpretación de la misma constituyen los motivos sine qua non para determinar la violación de la ley como esencia del recurso de casación.- La contravención expresa del texto se presenta cuando el juzgador, por omisión deja de utilizar determinada disposición jurídica que es necesaria para la resolución de un caso en concreto, resolviendo en contra de su mandato; 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[18].

La Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

> *"Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada.[19]"*

La Corte Constitucional al analizar el recurso de casación, en materia penal, en torno a la prohibición normativa de volver a valorar la prueba, ha desarrollado el siguiente argumento:

> *"(...) 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 (...)."[20]*

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, en relación a su naturaleza jurídica y ámbito conceptual, el profesor Claus Roxin señala que: "*La casación es un recurso limitado, dado que solo permite el control 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"[21]; 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"[22];* Piero Calamendrei define la casación como un instituto judicial *"consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas"[23].*

De lo anotado precedentemente, se advierte que, el recurso de casación tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; el mismo, controla y analiza la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si dicha resolución viola la ley, por alguna de las causales establecidas en el régimen

[18] Ecuador, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 863-2014.
[19] Ecuador, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.
[20] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 001-13-SEP-CC, de 6 de febrero de 2013, caso 1647-11-EP.
[21] Claus Roxin, Derecho procesal Penal, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466
[22] Fernando de la Rua, El Recurso de Casación, Víctor P., de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20
[23] Piero Calamandrei, La casación, Tomo I, Vol. II, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, p. 376

procesal penal -contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-, su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores "*in iudicando*" existentes en la sentencia del Tribunal *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación; como corolario, las reglas procesales prohíben en este recurso los pedidos de revisión de los hechos del caso concreto y la nueva valoración de la prueba; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

SEXTO:
ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

6.1) De la exposición desarrollada por el recurrente en la audiencia de fundamentación del presente medio extraordinario de impugnación, y del contenido del auto de admisión emitido por el Tribunal de casación, el 06 de agosto de 2019, las 14h33, se desprende que el señor Eknath Kadam, querellado, por intermedio de su abogado patrocinador, el doctor Luis Daniel Cordero Espinosa, planteó, en contra de la sentencia de segunda instancia, los siguientes cargos casacionales:

- *Contravención expresa al texto de los artículos 26, 42 numeral 1 y 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal.*
- *Errónea interpretación de los artículos 29 y 33 del Código Orgánico Integral Penal.*
- *Contravención expresa al texto del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador.*

Ahora bien, con la finalidad de establecer la procedencia de los reproches planteados por el querellado, se considera preciso iniciar el presente estudio, delimitando el estándar argumentativo al que debía someter el recurrente cada uno sus cargos casacionales.

En este sentido, cabe indicar que, con la finalidad de que un cargo casacional prospere, resulta preciso que el objetante inicie su exposición individualizando la norma jurídica que estima vulnerada, posteriormente, la violación a la norma jurídica debe ser adecuada en una de las tres causales específicamente previstas en el artículo 656[24] del Código Orgánico Integral Penal.

Hasta aquí, el recurrente habría cumplido con las exigencias que le impone el carácter técnico del recurso de casación. Sin embargo, el ejercicio argumentativo del impugnante no se agota con el mero planteamiento de la supuesta transgresión, es preciso que esas violaciones cuenten con un sustento argumentativo.

Por consiguiente, corresponde al casacionista evidenciar dicha violación, mediante el desarrollo de una argumentación clara, precisa y concreta, en la cual identifique la parte específica de la sentencia donde se habría materializado el error *in iudicando,* además, en estricto cumplimiento al principio de trascendencia, el impugnante debe explicar la influencia de ese error sobre la decisión de la causa, poniendo de manifiesto que, si los jueces *ad-quem* no hubieran incurrido en dicho error, otra habría sido la decisión de la causa.

Ahora bien, del estudio de las alegaciones esgrimidas por el señor Stanley Wayne Funk, en la audiencia de fundamentación de su recurso, se deduce que sus argumentos transgredieron la naturaleza técnica y excepcional del presente medio extraordinario de impugnación, pues, incurrió en varias imprecisiones, ignorando tanto el alcance de las causales de casación invocadas, como el contenido de las normas supuestamente soslayadas, incluso, formuló pedidos de revisión fáctica y valoración probatoria, incurriendo en la prohibición descrita en el segundo inciso del artículo 656[25] del Código Orgánico Integral Penal.

Con este antecedente, corresponde resaltar los errores cometidos por el casacionista en su disertación, por lo que, a efectos de desarrollar el corres-

---

[24] **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL:** *"**Art. 656.-** Procedencia. - El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.*
No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, noi de nueva valoración de la prueba".

[25] **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL:** ***Art. 656.-*** *"(…) No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba".*

pondiente estudio sobre los cargos casacionales, se estima pertinente analizarlos por separado.

6.1.1) En este orden de ideas, se advierte que el recurrente, en primer lugar, se refirió a la supuesta contravención expresa al texto de los artículos 26, 42 numeral 1 y 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal.

Con la finalidad de establecer la procedencia de las violaciones esgrimidas por el recurrente, resulta necesario delimitar el alcance de la causal de casación invocada, por lo que, se determina que existe contravención expresa al texto de la ley cuando los juzgadores de segunda instancia, al momento de plasmar su razonamiento en la sentencia, omiten la aplicación de una norma jurídica, la cual estaban obligados a observar, sea porque la ignoran, estiman se encuentra derogada, o simplemente porque consideran que no es aplicable al caso concreto.

De lo anotado, se desprende que el error *in iudicando*, cometido bajo la modalidad de contravención expresa al texto de la ley, conocido también como error de omisión o falta de aplicación, se materializa cuando, ante una determinada circunstancia fáctica, debidamente comprobada, el juzgador *ad-quem* no empleó la norma jurídica que estaba llamado a aplicar.

Respecto a esta causal, el doctor Luis Cueva Carrión ha señalado lo siguiente:

> *"(...) Hay falta de aplicación de la ley cuando el juez omite la norma y, como consecuencia, la sentencia carece de ella y se convierte en instrumento defectuoso porque el juez excluye la norma y no la aplica al caso concreto. Esto puede ocurrir por desconocimiento de la norma o por considerar que no está vigente. También existe falta de aplicación cuando el juez aplica la norma solamente en una parte y desecha lo demás.*
>
> *La falta de aplicación de la ley es un yerro en la existencia de la norma (...)"*[26].

En razón de lo anotado, es posible colegir que el cargo planteado por el impugnante, se traduce en la falta de aplicación de las siguientes disposiciones legales del Código Orgánico Integral Penal:

> *"**Art. 26.- Dolo.-** Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.*
>
> *Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.*
>
> ***Art. 42.- Autores.-** Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades:*
>
> *1. Autoría directa:*
>
> *a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata.*
>
> *b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo.*
>
> ***Art. 152.- Lesiones.-** La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas: (...) 2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año."*

Ahora bien, conforme anticipamos en líneas anteriores, el recurrente, en el desarrollo de sus argumentaciones, incurrió en varias imprecisiones, pues, ni siquiera adecuó su fundamentación al alcance de la causal de casación planteada, ignorando el concepto y contenido de la misma.

En este orden de ideas, corresponde anotar que, si partimos del concepto de la causal invocada (contravención expresa al texto de la ley), es decir, falta de aplicación de la ley, resulta ambiguo y contradictorio el cargo propuesto por el recurrente, puesto que, las normas jurídicas planteadas por el casacionista, fueron precisamente aquellas en las que los juzgadores *ad quem* adecuaron la conducta del querellado, pues, fue declarado "autor directo" del "delito doloso" de "lesiones"; es decir, aplicaron justamente los tres preceptos aludidos por el impugnante, por lo que resulta contradictorio sostener que estas disposiciones jurídicas no fueron empleadas por el *ad quem*, en la sentencia.

En razón de lo anotado, es preciso hacer hincapié en lo siguiente: para que un cargo de casación sea correctamente fundamentado, el casacionista debe entender previamente el alcance de las causales de casación, sabiendo a certeza qué causal elegir para sustentar su reproche; plantear la violación a la ley, e invocar indistintamente una causal, sin entender

[26] Luis Cueva Carrión, La Casación en materia Penal; Cueva Carrión Editores, 2007, Quito-Ecuador; p. 254-255

el sentido de dicha modalidad de violación, riñe con la naturaleza técnica del recurso de casación.
Adicionalmente, cabe mencionar que, del estudio de las alegaciones formuladas por el recurrente, se desprende su inobservancia a la naturaleza excepcional del recurso de casación, pues, lejos de centrarse en la falta de aplicación de las normas jurídicas invocadas en la sentencia de segundo nivel, elaboró un alegato de instancia, ya que, el análisis respecto del ejercicio de causalidad e imputación objetiva, que procura, es un ejercicio argumentativo que debe basarse en el *onus probandi* constante en el proceso; per se, las afirmaciones del recurrente inducen al suscrito Tribunal a la revisión de los hechos y a la valoración de la prueba, ejercicio vedado para los juzgadores que integral el Tribunal de casación, y que provoca la improcedencia del cargo casacional.
En sede de casación, el relato fáctico fijado en instancia resulta inmutable, por tanto, la modificación del curso causal (hechos), fijado en las etapas respectivas, supone una violación al principio de independencia judicial.
Como corolario al análisis de estos cargos, consideramos pertinente señalar que, la fundamentación de un reproche casacional debe caracterizarse por su concreción y precisión, por lo tanto, la elaboración de discursos doctrinarios, sin certeza respecto a su contenido, desordenados y sin relación al cargo planteado, ocasiona que la fundamentación devenga en imprecisa.
Igualmente, el querellado introdujo un debate sobre el finalismo y causalismo, utilizando conceptos confusos e imprecisos, por tanto, resulta menester indicar que, la diferencia entre los expositores del causalismo y el finalismo se concretó en el contenido de la acción, pues, mientras los causalistas concibieron a la acción como un movimiento corporal que genera una metamorfosis en el mundo exterior, los expositores del finalismo, encabezados por su máximo representante -Hans Welzel-, entendieron que la acción no solo tiene un contenido ontológico, sino, principalmente volitivo, de este modo, no habría responsabilidad penal en acciones que carezcan de intencionalidad por parte del agente.
En razón del carácter naturalista del causalismo, el dolo era analizado en la categoría dogmática de la culpabilidad, mientras que, para los finalistas, el dolo debía integrarse a la tipicidad, por lo que diferenciaron entre tipicidad objetiva y subjetiva.
Establecido muy sucintamente la diferencia entre el finalismo y el causalismo, cabe formularse la siguiente pregunta: ¿Tiene trascendencia en el caso in examine este planteamiento? Evidentemente no, más aún si se tiene en cuenta que los cargos planteados por el recurrente no guardan relación de ningún tipo con este debate.
En razón de lo anotado, se concluye que la contravención expresa al texto de los artículos 26, 42 numeral 1 y 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal deviene en improcedente, pues, el recurrente no fundamentó sus cargos casacionales, más bien, elaboró una fundamentación impertinente que no posee relación con los reproches planteados.
6.1.2) Adicionalmente, el defensor técnico del querellado planteó la errónea interpretación de los artículos 29 y 33 del Código Orgánico Integral Penal, por tal razón, resulta necesario delimitar el alcance de esta modalidad de violación a la ley.
La errónea interpretación como cargo de casación, opera 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, soslayando el ámbito teleológico de la norma cuestionada.
El autor Jorge Carrión Lugo explicando esta causal señala:

> *"Habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla"*[27]
>
> *"La interpretación errónea se da cuando aun eligiendo la norma correcta: a) Se va más allá del contenido de la norma, al contrariar su espíritu,*

[27] Jorge Carrión Lugo, El Recurso de Casación en el Perú, Volumen I. 2º Edición, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 2003. Pág. 218.

su alcance, lo que puede provenir de un falso raciocinio; b) A través de otorgarle sentido equivocado a la ley; y, c) Se yerra acerca del contenido y alcance de la misma."[28]

En consecuencia, esta modalidad de violación a la ley coloca al recurrente en la inexorable obligación de identificar, tanto el equivocado alcance que los juzgadores confirieron a la norma jurídica aludida, como la interpretación que estima era la acertada.

Ahora bien, en estricta observancia al contenido y alcance de la causal de errónea interpretación, debemos iniciar el presente análisis partiendo de la siguiente premisa: las normas jurídicas que se consideran transgredidas fueron correctamente aplicadas por los jueces en su sentencia.

Por consiguiente, se puede advertir que, en la errónea interpretación, el problema no radica en la falta de aplicación de la norma jurídica, al contrario, esta causal supone que el precepto ha sido correctamente empleado.

Entonces, ¿Dónde radica el error *in iudicando* en la causal de errónea interpretación? Pues, el yerro de derecho en la causal sometida a estudio, se concreta en la falencia que poseen los jueces, respecto al entendimiento de la norma jurídica empleada en la resolución de la causa, pues, otorgan un concepto equivocado a las disposiciones jurídicas empleadas en su sentencia.

Dicho esto, consideramos necesario citar el contenido de los preceptos legales del Código Orgánico Integral Penal, supuestamente transgredidos:

***"Art. 29.-** Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.*

***Art. 33.-** Legítima defensa.- Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurran los siguientes requisitos: 1. Agresión actual e ilegítima. 2. Necesidad racional de la defensa. 3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho."*

Del contenido de las normas jurídicas transcritas, se desprende que la tesis casacional planteada por el señor Eknath Kadam deviene en imprecisa, pues, los juzgadores de segunda instancia no establecieron la existencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad en la conducta del querellado, específicamente, legítima defensa, más bien, declararon al querellado responsable en el grado de autor directo del delito doloso de lesiones.

Es decir, las normas jurídicas aludidas por el querellado en su exposición, no fueron aplicadas en la sentencia impugnada, por lo mismo, no podrían haberse interpretado erróneamente; ergo, el cargo planteado es improcedente.

6.1.3) Finalmente, corresponde referirse a la contravención expresa al texto del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, transgresión que, del análisis de los argumentos expuestos por el recurrente en la audiencia, deviene en infundada, pues, el defensor técnico del querellado no se refirió a este cargo, dejándolo huérfano de sustento.

El objetante más bien desarrolló una fundamentación relativa a aspectos que no guardan relación con el reproche planteado, como un supuesto doble juzgamiento, violentando así lo dispuesto en el auto de admisión, de 06 de agosto de 2019, en virtud del cual, se admitió el cargo de contravención expresa al texto del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República.

En conclusión, por no haber fundamentado los cargos casacionales admitidos a trámite, mediante auto de 06 de agosto de 2019, este Tribunal declara la improcedencia del recurso de casación interpuesto por el señor Eknath Kadam, querellado.

6.2) Sin embargo, el Tribunal, en su facultad *ex officio*, determina que en la sentencia del Tribunal *ad quem* existe un error de derecho (*error in iudicando*).

Conforme lo indicado ut supra, en la legislación procesal penal ecuatoriana, vigente, se halla limitado el ámbito de acción del recurso extraordinario de casación, la contravención expresa de la ley, la indebida aplicación o la errónea interpretación de la misma constituyen los motivos *sine qua non* para determinar la violación de la ley como esencia del recurso de casación; en el *in examine*, se avizora

[28] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sentencia de casación Resolución No. 1343-2012, Sala de lo Penal, Proceso No. 482-2011.

una indebida aplicación de la ley en la sentencia del *ad quem*.

La indebida aplicación, de acuerdo con la técnica de la casación, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto pues aplica la que no lo regula. Esto acarrea la inaplicación de la norma sustancial que corresponde realmente.

Orlando Rodríguez, sobre este yerro señala: *"Es un error de adecuación, de selección, y se produce cuando la norma aplicada, que tiene validez jurídica, no regula, no recoge los hechos probados y juzgados, cuando estos no se adecuan ni corresponden a ella. Es el caso de condenar por un delito agravado, cuando en verdad la condena deber ser un tipo penal simple; o, al contrario, se condena por un delito simple cuando se debió hacer por un delito agravado"*[29]

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, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal.

El artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal, define al delito como una *"(...) conducta típica, antijurídica y culpable (...)".*

El concepto referido en el acápite que antecede está integrado por categorías o elementos claramente definidos, y responde a una construcción dogmática, que a lo largo de los años ha sido elaborada por la doctrina jurídico penal, dentro de la teoría del delito, misma que la podemos entender como aquel *"(…) instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso (...) es una teoría de la aplicación de la ley penal (...)"*[30].

Las categorías dogmáticas que integran el concepto de delito han sido mayoritariamente aceptadas por la doctrina jurídico penal, existiendo consenso en que sólo aquellas conductas que cumplan estas características deberán ser consideradas delito, así lo expone el tratadista alemán Claus Roxin: *"(...) En la moderna dogmática del Derecho penal existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable (...)"*[31]. (El subrayado nos corresponde).

Entonces, al acoger el concepto doctrinario de delito (acto típico, antijurídico y culpable), el Código Orgánico Integral Penal coloca a los juzgadores en la obligación de efectuar un análisis escalonado del caso sometido a su juzgamiento, sobre cada uno de los estadios que suponen las categorías dogmáticas de la infracción.

Ahora bien, la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja declaró la responsabilidad Penal del señor Eknath Kadam, por considerarlo autor del delito de lesiones, tipificado en el artículo 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal.

Pero, ¿Se desarrolló el análisis escalonado que supone la teoría del delito, y que impone el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal, para establecer la responsabilidad penal del querellado?.

A efectos de dar contestación a la interrogante planteada en el párrafo que antecede, debemos iniciar este análisis estableciendo el alcance de la primera categoría dogmática del delito, esto es, la **tipicidad**.

La tipicidad responde a la vigencia del principio de legalidad[32], en virtud del cual, una conducta no puede ser considerada delictual, si no está previamente descrita en la ley. Ahora bien, la conducta atribuida al recurrente, es aquella descrita en el artículo 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, que establece lo siguiente:

> ***"Art. 152.-*** *Lesiones.- La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas: (...)*
>
> *2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año (…)".*

[29] Orlando Rodríguez Chocontá, Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo, Bogotá: 2008, p. 239
[30] Enrique Bacigalupo, Lineamientos de la Teoría del Delito, editorial Hammurabi, Buenos Aires-Argentina, 2014, p. 25.
[31] Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, Estructura de la Teoría del Delito; Civitas; Madrid-España; 1997; p. 193.

Hasta aquí, el análisis de tipicidad marcha bien, pues, el delito atribuido al querellado posee una tipificación o descripción típica, por tanto, se da cumplimiento al principio de legalidad.

No obstante, este análisis no basta para superar el escalón de la tipicidad, y entrar al estudio de la antijuridicidad, pues, resulta preciso que los hechos, en específico, el acontecer causal generado por el querellado, hayan sido fijados en la sentencia, luego de la correspondiente valoración probatoria, y se adecúen armónicamente a los elementos de la descripción típica del delito atribuido al querellado.

Por tal motivo, resulta imperioso referirnos a los elementos que conforman la tipicidad, en este sentido, cabe señalar que la tipicidad posee elementos objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos pueden ser necesarios o accidentales; dentro de los elementos objetivos necesarios del tipo se encuentra el sujeto activo, el sujeto pasivo, el verbo rector y el objeto[33] (jurídico y material); también la tipicidad objetiva se halla integrada por elementos normativos[34] y valorativos.

En el ámbito del sujeto activo como elemento de tipicidad objetiva, existe la posibilidad de que aquel sea calificado o no calificado. Sobre lo anotado, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, explica lo siguiente:

> *"(...) El sujeto activo puede ser simple o calificado, dando lugar el primero a los delicta comunia y el segundo a los delicta propia (...) La calificación del sujeto activo puede ser necesaria o legal, en el siguiente sentido: hay un sujeto activo necesariamente calificado cuando de la naturaleza misma de la conducta prohibida surge la calificación (así por ejemplo, no puede ser un hombre sujeto activo del autoaborto). En lugar hay una calificación meramente legal cuando lo que da ese requerimiento es una calidad eventual de la que surge un mayor o menor contenido injusto del hecho: así la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge en el homicidio calificado, no deviene de la esencia de la conducta de homicidio. La calificación del sujeto activo puede también ser natural o jurídica. Es natural cuando depende de conceptos que no requieren valoración jurídica para ser comprendidos a nivel de valoración paralela en la esfera del lego (padre, madre, mujer) y es jurídica cuando requieren esta valoración (funcionario público, tutor) (...)".*

En este orden de ideas, se puede colegir que el delito de lesiones in examine, posee un sujeto activo y un sujeto pasivo no calificados, pues, este tipo penal establece que cualquier individuo de la especie humana podrá incurrir en la conducta que describe, así mismo, cualquier persona puede sufrirla, es decir, ser sujeto pasivo de este ilícito.

Adicionalmente, la descripción típica del delito en análisis, establece como verbo rector el "lesionar".

En cuanto al objeto jurídico, es decir, el bien jurídico que protege el tipo penal, se establece que el delito de lesiones protege la integridad personal, mientras que el objeto material estaría representado por la víctima, concebida como una entidad que sufrió un agravio, es decir el cuerpo lesionado del sujeto pasivo.

Continuando con el análisis, el tipo penal lesiones posee elementos normativos, en este apartado, se analizan los conceptos de persona[35], lesión[36], daño[37], enfermedad, incapacidad, integridad personal, que se desarrollan en el ámbito conceptual de la legislación penal, legislación ecuatoriana y

[32] Claus Roxin, op. Cit., p. 193.

[33] El delito de lesiones: *"(…) El bien jurídico protegido (…) es, sin lugar a dudas, la integridad corporal y la salud de la persona humana (…), no solamente se protege al cuerpo del individuo sino también su salud, es decir, se incluye tanto el aspecto anatómico como el fisiológico. Además no solo se tutela la salud física sino también la psíquica (…)"* (Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Ribinzal-Culzoni Editores, 2012, p.1319.

[34] En este apartado, en el delito de lesiones, se analizan los conceptos de persona, lesión, daño, enfermedad, incapacidad integridad personal, que se desarrollan en el ámbito conceptual de la legislación penal, legislación ecuatoriana y el léxico jurídico penal.

[35] En relación al ámbito conceptual de "persona", el artículo 41 del Código Civil señala: *"Art. 41.- Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros."*.

[36] "Para Antón Oneca las lesiones implican una disminución en la integridad corporal, un daño en la salud o una incapacidad para el trabajo" (Edgardo Alberto Donna, op. Cit., p. 132.)

[37] "Es toda alteración en el funcionamiento del organismo de la persona (…)" (Edgardo Alberto Donna, op. Cit., p. 137.)

en el léxico jurídico penal. Estos elementos son considerados normativos, porque para entender su concepto nos remiten a otros cuerpos legales; finalmente, el tipo penal desarrollado, tiene elementos valorativos.

Por otro lado, corresponde referirnos a los elementos de la tipicidad subjetiva. En el ámbito de los **elementos constitutivos del tipo subjetivo**, según la estructura del delito de lesiones, el acto típico, es doloso[38]. "(…) *En el caso de las figuras dolosas, el delito puede cometerse con dolo directo o eventual (…)"*[39].

Aunque el concepto que nos otorga el Código Orgánico Integral Penal es impreciso, el concepto de dolo trae implícito dos exigencias: el conocimiento y la voluntad o consentimiento del sujeto activo; pues, para que a una persona pueda atribuírsele un resultado lesivo, o que ponga en peligro un bien jurídico, a título de dolo, debe conocer los elementos objetivos del tipo penal, además, debe consentir y querer que el curso causal que ha generado, se adecúe a los elementos objetivos de la tipicidad, es decir, debe querer realizar la conducta típica, tal como se encuentra descrita en la ley.

Ahora bien, estudiada la estructura típica del delito de lesiones, formulamos nuevamente la pregunta ¿Efectuó el Tribunal de apelación un correcto análisis de tipicidad?

Bien, a criterio de este Tribunal de casación, los hechos que se tienen por ciertos, no se adecúan en los elementos de tipicidad objetiva y subjetiva del artículo 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, pues, estudiado íntegramente el análisis del Tribunal de apelación, específicamente el considerando Quinto de la sentencia, se colige que, si bien es cierto, prima facie, se ha establecido claramente un resultado, esto es, una persona lesionada (Stanley Wayne), no se determinó con un convencimiento más allá de toda duda razonable, que Eknath Kadam sea el sujeto activo de esa lesión, ya que, no se estable si las lesiones del señor Stanley, obedecen a alguna acción directa del querellado, a una fuerza física irresistible (en razón del tumulto generado entre las personas involucradas en el conflicto), o a la acción de una o varias de las personas que estuvieron en el lugar de los hechos, generada en la efervescencia del conflicto; per se, no se determina a cabalidad el curso causal que culminó en la lesión a la integridad física del señor Wayne Funk.

El *ad quem*, no estableció cuál de los relatos alegados por las partes acredita veracidad, simplemente transcribió varios de los testimonios y mencionó elementos probatorios que, lejos de establecer una sola secuencia fáctica, se oponían, pues, por un lado, varios hechos que se tienen por ciertos, determinan que, el querellado reaccionó ante las acciones del señor Wayne Funk, a la vez, también se establece como cierto, una gresca en la que el señor Wayne incluso posee un palo en su mano, con el cual destruyó el teléfono del querellado, así también, que, fueron varias personas involucradas directamente en el conflicto (pelea).

La teoría fáctica de la cual parte el *ad quem*, en la sentencia, adolece de obscuridad, pues, el mismo Tribunal manifestó expresamente su duda sobre el cometimiento del delito en el considerando quinto de su resolución, al analizar la prueba del querellado:

> *"(...) En el escenario se ubica a estas tres personas , **al señor Stanley portando un palo**, además a Jorge Toledo y a la señora Diana Toledo, y el señor Eknath Kadam, a quien se observa arribar al lugar en una camioneta a quien se acerca el querellante, observándose dar en dicho vehículo un golpe con el palo que portaba en sus manos, además de que ubica dicho palo entre los dos vehículos la volqueta y la camioneta, pudo observarse además que el querellado desciende del vehículo y procede a grabar que en esas circunstancias que el querellante lanza un manotazo a su celular cayendo el mismo, luego de lo cual no es factible observar la grabación de la agresión física que **presuntamente se habría realizado por parte del querellado hacia el recurrente**, escuchándose* **únicamente** *ruidos y gritos (...)" (El subrayado nos corresponde).*

En virtud de lo anotado, se concluye que los jueces de segundo nivel, no solo que partieron de una teoría fáctica oscura y ambigua, que no se adecúa

[38] **Código Orgánico Integral Penal:** *"**Art. 26.-** Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño (…)".*
[39] Edgardo Alberto Donna, op. Cit., p. 152.)

a los elementos de tipicidad del delito atribuido al querellado, pues, ni siquiera establecieron claramente cuál fue la secuencia de los hechos; por lo que, se insiste, no se puede establecer, con un convencimiento más allá de toda duda razonable, la existencia del sujeto activo de la infracción, es más, las calidades de sujeto activo y pasivo, por la ambigüedad en los hechos que se tienen por ciertos, se hallan confundidas; paralelamente, no se avizoran varios elementos de tipicidad objetiva, todo lo cual, genera duda en relación a la configuración de dicha tipicidad; y, como consecuencia de ello, no se puede desplegar un análisis adecuado, sobre la tipicidad subjetiva, en el actuar del querellado, en el delito in examine; ergo, la falta de convencimiento más allá de toda duda razonable respecto de la existencia de los elementos de tipicidad objetiva y subjetiva, impiden continuar con el análisis de las categorías dogmáticas de antijuridicidad y culpabilidad, propias del delito de lesiones.

En virtud del análisis desplegado, examinada que ha sido la resolución impugnada, en el caso en cuestión, se concluye lo siguiente:

La no configuración de los elementos de tipicidad objetiva y subjetiva en el delito objeto de análisis, determina que en la sentencia del *ad quem*, al realizar el juicio de tipicidad, se haya aplicado indebidamente la norma contenida en el artículo 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal; ergo, se verifica que la norma en la que se subsumieron los hechos, no es la aplicable al caso, con lo cual se consolida la primera parte de la causal invocada (indebida aplicación de la ley) para su perfeccionamiento.

Por otra parte, se concluye que, la falta de convencimiento más allá de toda duda razonable, respecto de la existencia de los elementos de tipicidad objetiva y subjetiva del injusto penal atribuido a Eknath Kadam, es razón suficiente para confirmar la inocencia[40] del querellado, pues, según lo analizado, no se ha comprobado la existencia del delito o al menos, existe duda sobre tales hechos, lo cual debe ser aplicado en favor del reo en función del principio constitucional de inocencia; ergo, correspondía aplicar inexorablemente las normas contenidas en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República en relación con el artículo 5 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal; de la sentencia del *ad quem* no se verifica la aplicación de dichas normas, es decir, las disposiciones sustanciales que regulan el caso fueron inaplicadas, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa en torno a la indebida aplicación de la ley.

Las premisas jurídicas sobre las que se construyó el juicio de tipicidad y culpabilidad de Eknath Kadam, derivaron en un yerro al esbozar las conclusiones del caso y determinar la resolución; ergo, el yerro jurídico verificado en la sentencia del ad quem conforme lo indicado ut supra, evidentemente influye sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada (declaratoria de culpabilidad e imposición de una pena), puesto que, en función de la aplicación inexorable del artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República en relación con el artículo 5 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, la consecuencia lógica era la inocencia del querellado.

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, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA; RESUELVE:**

1) Declarar improcedente el recurso de casación planteado por el querellado Eknath Ramrao Kadam, en virtud de no haber fundamentado el mismo conforme lo establecido en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados.

[40] Constitución de la República del Ecuador: "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 2. Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada".

2) *Ex officio* casar la sentencia de 12 de abril del 2019, las 16H23, emitida por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, conforme la facultad que tiene este Tribunal, el tenor del artículo 657 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, por existir un error *in iudicando* en relación con la indebida aplicación del artículo 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal; y, por ser pertinente la aplicación del artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República en relación con el artículo 5 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, consecuentemente, se ratifica el estado de inocencia del querellado **EKNATH RAMRAO KADAM;** en función del análisis esgrimido, se determina además que, la querella presentada no es maliciosa ni temeraria.

3) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de ley.-**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**.

f) Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E) PONENTE; Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (E) Dr. Xavier León Rodríguez, JUEZ NACIONAL (E).

III

Juicio Nro. *13283-2017-01777*
Resolución Nro. *219-2020*
Fecha: *07 de febrero de 2020, las 12h18.*

TEMA: Homicidio culposo por mala práctica profesional.

ASUNTO

El presente proceso lo sigue la Fiscalía en contra del señor J. F. A. O., por el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, tipificado y sancionado por el artículo 146 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal.

En la causa se discute la existencia de la responsabilidad penal del procesado, por el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, debido a que la conducta que realiza no se encontraría plenamente descrita en el Código Orgánico Integral Penal, sino que para desarrollarla se debe recurrir a la Ley Orgánica de la Salud y la Lex Artis.

PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Portoviejo, provincia de Manabí, declara la culpabilidad del señor J. F. A. O., procesado por el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, tipificado y sancionado por el artículo 146 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal.

El tribunal determina que la Lex Artis en el campo de la medicina, en el caso de delitos culposos en el marco del "deber de cuidado", consiste en un actuar eficaz, eficiente y efectivo, encaminado a la obtención del resultado debido, conforme a las normas del arte de curar –Lex Artis-. En este sentido, el tribunal complementa el artículo146 del Código Orgánico Integral Penal (homicidio culposo por mala práctica profesional) con el artículo 202 de la Ley Orgánica de la Salud, que señala que, en el ejercicio profesional de la salud, todo acto que genere daño en el paciente, como resultado de imprudencia o negligencia, constituye una infracción. En virtud de aque

llo, el tribunal determina la culpabilidad de J. F. A. O., quien ante el primer signo de alarma, debió acudir de manera inmediata a la clínica salvaguardando la vida de la víctima.
SEGUNDA INSTANCIA
El tribunal de la Sala Única de lo Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí confirma en todas sus partes la sentencia condenatoria dicta da por el tribunal a quo en contra del procesado, por haber incurrido en el delito tipificado en el artículo 246 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, por considerar que la actuación del señor J. F. A. O. es un acto típico, antijurídico y culpable, pues incumplió con su deber objetivo de cuidado, el cual proviene de la inobservancia de las leyes, reglamentos, manuales y Lex Artis aplicables a su profesión.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 13283-2017-01777
Juez Ponente: Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, 07 de febrero de 2020, las 12h18.
VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por José Francisco Abril Ojeda (procesado), a la sentencia emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, la misma que confirma en todas sus partes la resolución del Tribunal *a quo*[1] y declara la culpabilidad del encartado JOSÉ FRANCISCO ABRIL OJEDA, como autor directo del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, tipificado y sancionado por el artículo 146 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal; el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa, para resolver el recurso extraordinario planteado; mediante auto respectivo se determinó la admisión a trámite del medio de impugnación interpuesto.- Convocada la audiencia para la fundamentación del recurso; instalada la misma el 14 de enero de 2019, escuchados los sujetos procesales, el suscrito Tribunal, en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 656 y otros pertinentes del Código Orgánico Integral Penal aplicable al caso *in examine*, estimó improcedente el recurso de casación interpuesto; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; y, las reglas del Código Orgánico Integral Penal, al siguiente tenor:
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. 209-2017, 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 reemplazaron en sus funciones a las y los salientes.
El 26 de enero de 2018, el Consejo de la Judicatura posesionó a las juezas y los jueces que se integran a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.
El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador mediante Resoluciones Nº. 01-2015, de 28 de enero de 2015 y 01-2018, de 26 de enero de 2018, conformó sus seis salas especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

[1] Sentencia de 4 de enero de 2019, las 16h23, emitida por el Tribunal de Garantías Penales de la Corte Provincial de Manabí

Previo sorteo de ley[2], acorde a lo prescrito en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Tribunal asignado a esta causa Nº número **13283-2017-01777**, quedó integrado por los doctores Miguel Jurado Fabara y Luis Enríquez Villacrés, ex Jueces Nacionales; y el doctor Edgar Flores Mier, ex Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 y 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En Resolución Nº 037-2018 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura, el 15 de marzo de 2018, se designó a los nuevos conjueces de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 del Código Orgánico de la Función Judicial, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 174 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Con Resolución N° 197-2019, el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió designar a las y los conjueces temporales para la Corte Nacional de Justicia, provenientes de las distintas Cortes Provinciales de Justicia y Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Tributario a nivel nacional.

De conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 6 de la Resolución N° 02-2012, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, llamó al suscrito Conjuez Nacional, doctor David Isaías Jacho Chicaiza[3], para que reemplace al doctor Edgar Flores Mier, ex Juez Nacional, en virtud de la ausencia definitiva del mentado operador de justicia.

Asimismo, debido a la ausencia definitiva de los doctores Miguel Jurado Fabara y Luis Enríquez Villacrés, ex Jueces Nacionales, la doctora Paulina Aguirre Suárez, llamó a los doctores Wilman Terán Carillo[4], Conjuez Nacional y al doctor Iván León Rodríguez, Conjuez Nacional (t), para que remplacen a dicho ex magistrados, por la razón antes singularizada.

Ergo, queda conformado el Tribunal de Casación de la Sala especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por los doctores Wilman

Terán Carrillo y Xavier León Rodríguez, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) Ponente.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal; ergo, por cuanto los ciudadanos ecuatorianos como los extranjeros que cometan delitos dentro del territorio de la República están sujetos a la jurisdicción penal del Ecuador, y siendo el procesado, de nacionalidad ecuatoriana, en contra de quien se ha propuesto cargos por delitos cometidos en territorio ecuatoriano, se encuentra bajo la jurisdicción penal de la República del Ecuador, según prescripción constante en el artículo 400 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal; en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador; y, las garantías normativas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, en el ámbito espacial, temporal, personal y material, para conocer y resolver el recurso de casación planteado; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio de la presente resolución.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.

El recurso de casación ha sido tramitado conforme lo establecido en los artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, que en su parte final declara el principio de legalidad procesal (Solo se podrá juzgar a una persona con el trámite propio de cada procedimiento), en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de apli-

[2] Sorteo de 11 de junio de 2019, las 09h35, suscrito por el doctor Marco Rodríguez Ruiz, Presidente de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.
[3] Oficio N° 2278-SG-CNJ-ROG, de 19 de noviembre de 2019.
[4] Oficio N° 2279-SG-CNJ-ROG, de 19 de noviembre de 2019.

cación de la ley penal[5], ergo, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya *error in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

TERCERO:

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

3.1) ANTECEDENTES FÁCTICOS.-

3.1.1) En audiencia de juzgamiento, celebrada ante el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Portoviejo, provincia de Manabí, el 24 de septiembre de 2018, Fiscalía General del Estado planteó su teoría del caso en el siguiente contexto:

> *"(...) Que el día martes 27 de diciembre del año 2016, aproximadamente a las 06h30 la señora NICOLE MARÍA MONTESDEOCA ARAGUNDY, de 26 años de edad, acudió en compañía de sus familiares hasta la clínica "Virgen de Guadalupe", ubicada en la Av. Bolivariana entre las calles México y 3 de Mayo de esta ciudad de Portoviejo, para realizarse una cesárea por parte del médico tratante Dr. JOSÉ FRANCISCO ABRIL OJEDA y su ayudante de profesión costurera MARGARITA DEL SOCORRO POSLIGUA ROLDÁN, dando un producto vivo de sexo masculino, luego de la cirugía es trasladada hasta el* área *de hospitalización, presentando en su estadía en la clínica alteraciones en su salud, que fueron notificadas oportunamente al médico tratante, pero sin embargo, no fue asistida inmediatamente , por lo que fallece aproximadamente a las 13h30, siendo la causa de la muerte una hemorragia obstétrica, que había sido posterior a la cesárea, por la laceración de vasos uterinos (...)*"[6].

3.2) ANTECEDENTES PROCESALES.

3.2.1) José Francisco Abril Ojeda y Margarita del Socorro Posligua Roldán, fueron sometidos al poder punitivo del Estado, a través del inicio de la instrucción fiscal respectiva.- En virtud de los recursos de apelación interpuestos por Fiscalía General del Estado y acusación particular, el 17 de julio de 2018, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí revocó el auto de sobreseimiento dictado a favor de los procesados, y en su lugar dictó *"AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO en contra de los procesados JOSÉ FRANCISCO ABRIL OJEDA (...) y MARGARITA DEL SOCORRO POSLIGUA ROLDÁN(...)"*[7], por el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, tipificado y sancionado por el artículo 146 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autores directos.

3.2.2) Mediante sentencia de 04 de enero de 2019, las 16h23, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Portoviejo, provincia de Manabí, declara la culpabilidad de José Francisco Abril Ojeda, como autor directo del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, a su vez, ratificó el estado de inocencia de Margarita del Socorro Posligua Roldán, al siguiente tenor:

> *"(...) Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", con fundamento en los artículos 621 y 622 del COIP, este TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE PORTOVIEJO PROVINCIA DE MANABÍ conformado para esta causa RESUELVE POR UNANIMIDAD:*
>
> *13.1. DECLARAR LA CULPABILIDAD del procesado JOSÉ FRANCISCO ABRIL OJEDA, (…) de profesión médico gineco-obstetra,(…) como AUTOR DIRECTO , de conformidad al artículo 42 numeral 1 literal a) del COIP, del delito de HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL, tipificado en el artículo 146 inciso primo del COIP, por lo que se le impone la pena privativa de libertad DIECIOCHO MESES (18), (…)se dispone la interdicción de los bienes del sentenciado, mientras dure la pena, (…) se le impone al sentenciado como pena no privativa de la libertad la pérdida de los derechos de participación, (…) se le impone al sentenciado, la multa de cuatro (4) salarios básicos unificados del trabajador, (…) una vez cumplida la pena privativa de libertad el sentenciado quedará INHABILITADO PARA EJERCER LA PROFESIÓN DE MÉDICO GINECO-OBSTETRA, por el plazo de DIECIOCHO MESES (18) (…) se DECLRARA CON LUGAR LA ACUSACIÓN PARTICULAR deducida por el ciudadano JUAN VICENTE MONTESDEOCA*

[5] **Código Orgánico Integral Penal:** ***"Art. 16.-*** *Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos del proceso penal y laso los juzgadores observarán las siguientes reglas: 1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión (…)".*

[6] Expediente del Tribunal de Garantías Penales de la Corte Provincial de Manabí, Juicio No. 13283-2017-01777, fj. 835, vta.

[7] Expediente del Tribunal de Garantías Penales de la Corte Provincial de Manabí, Juicio No. 13283-2017-01777, fj. 23.

ARAGUNDY, (…) SE ORDENA LA REPARACIÓN INTEGRAL (…). SE RESUELVE ADEMÁS RATIFICAR EL ESTADO DE INOCENCIA, de la procesada MARGARITA DEL SOCORRO POSLIGUA ROLDÁN con cédula de ciudadanía No. 130323755-4, dictando a su favor sentencia ABSOLUTORIA (...)"[8].

3.2.3) Respecto del fallo referido en el acápite que antecede, el señor José Francisco Abril Ojeda, procesado, interpuso recurso de apelación, por tal motivo, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, mediante sentencia de 25 de marzo de 2019, las 11h51, resolvió rechazar el recurso interpuesto, confirmando el fallo de primer nivel en todas sus partes.

3.2.4) De esta resolución, el procesado, señor José Francisco Abril Ojeda, interpuso recurso extraordinario de casación.

3.2.5) Mediante auto de 16 de septiembre de 2019, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, resolvió admitir a trámite el recurso de casación interpuesto por el procesado, en el siguiente contexto:

"(…) En virtud de lo analizado en este auto, y al amparo de las reglas generales para la tramitación de los recursos, constantes en el artículo 652 del COIP, así como de las disposiciones jurídicas específicas al recurso de casación, que reposan en los artículos 656 y 657 ejusdem, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, resuelve:

Aceptar a trámite el recurso interpuesto por el señor Francisco Abril Ojeda, únicamente por el cargo contenido en el numeral 4.1.1 de este auto, esto es, por indebida aplicación de los literales c) y d) del artículo 202 de la Ley Orgánica de Salud (...)"[9].

3.2.6) El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas de los artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.

CUARTO:
ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y DE CONTRADICTORIO, EN TORNO AL RECURSO PLANTEADO.

4.1) Señor José Francisco Abril Ojeda, procesado y casacionista.

El doctor Fernando Acosta Coloma, defensor técnico del casacionista, señor José Francisco Abril Ojeda, con la finalidad de sustentar el recurso de casación propuesto, manifestó en lo principal que:

- El cargo aceptado se refiere a la indebida aplicación de los artículos 202, literales c) y d), de la Ley Orgánica de Salud, que se encuentra actualizada, porque ciertos artículos fueron derogados por la disposición transitoria 26 del Código Orgánico Integral Penal.
- La Sala de lo Penal de Manabí, llegó a concluir, más allá de toda duda razonable, que Francisco Abril Ojeda adecuó su conducta a las infracciones que se determinan en los literales c) y d) del artículo 202 de la Ley Orgánica de Salud.
- La disposición aludida señala que, en el ejercicio de profesiones de salud, constituye infracción todo acto individual, intransferible no justificado, que dañe al paciente; la norma jurídica tiene 4 literales, al doctor Abril, la Sala le aplicó dos: imprudencia del profesional de la salud por omisión del cuidado en la diligencia exigible y negligencia en la actuación del profesional de la salud, omisión o demora injustificada en su obligación.
- El motivo de la casación es por lo que establece el artículo 17 del Código Orgánico Integral Penal, que manifiesta: *"...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"*.
- Existe indebida aplicación de la norma jurídica por dos motivos, una, por el propio texto del artículo 17, y el segundo, por lo señalado en

[8] Expediente del Tribunal de Garantías Penales de la Corte Provincial de Manabí, Juicio No. 13283-2017-01777, fjs. 834 a 939, vta.

[9] Expediente de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, Juicio No. 13283-2017-01777, fjs. 3 a 7.

la disposición derogatoria Vigésimo Sexta, que dice: *"...Deróguense otras disposiciones generales y especiales que se opongan al presente Código Orgánico Integral Penal".*

- En la especie, las normas del artículo 202 están derogadas tácitamente, según las reglas del Código Civil. El Código Orgánico Integral Penal compiló toda la legislación penal en un solo cuerpo legal y por eso existe 25 normas derogatorias.
- El artículo 17 determina que, solo aquellas normas que se encuentran en el Código Orgánico Integral Penal constituyen normas penales, entonces, el tipo penal aplicable para la falta de deber objetivo, que constaba en la Ley Orgánica de la Salud, no es aplicable, porque está derogado, y porque no consta dentro de los artículos del COIP.
- La Corte de Manabí olvidó lo que define el artículo 25 del Código Orgánico Integral Penal, esto es, la tipicidad, pues, los tipos penales describen el contenido de las conductas penalmente relevantes, las conductas relevantes aplicadas por la Corte de Manabí no están en el Código Orgánico Integral Penal, están en la Ley de la Salud, por tanto no pueden ser aplicables.
- Mal hizo la Corte de Manabí al colocar como tipos penales a dos normas de la Ley de la Salud, acomodándolas a los hechos que suscitaron, según ellos, el desenlace fatal de la señora.
- Si no hay tipo no hay delito.
- En el caso del doctor Abril, que se le juzga y se le condena por la imprudencia en la actuación del profesional de la salud, la mala praxis pretende ser encajada en estos dos tipos que se encuentran derogados tácitamente.
- La *lex artis* significa que la intervención del profesional se ajusta a ciertas medidas, ciertas normas, y siempre esta sujeta a un riesgo, las cirugías son riesgosas, y ese riesgo implica también el consentimiento para que se practique la intervención.
- El doctor Abril es un ginecólogo de muchos años, que ya había atendido a la señora Montesdeoca, desgraciadamente se produjeron varias situaciones no aplicables a él, y se le juzgó con base a una ley que no está en el COIP y que fue derogada tácitamente.

- Debe admitirse esta indebida aplicación del artículo 202, lo que da motivo a esta casación, y que se declare el estado de inocencia del doctor Francisco Abril.

4.2) Fiscalía General del Estado.

El doctor Raúl Llerena Garcés, delegado de la Fiscalía General del Estado, contestó el recurso de casación interpuesto, indicando en lo principal lo siguiente:

- El recurso de casación tiene sus normas.
- Este recurso ha sido interpuesto por la indebida aplicación del artículo 202 literales c) y d) de la Ley de Salud Pública.
- Fiscalía estima que, de la lectura de la sentencia, que confirmó el fallo del inferior, se desprende que, si bien es cierto, se tomó como referencia el artículo 202, literales c) y d), de la Ley de la Salud, en la conclusión, al resolver el recurso de apelación, se tipificó este delito por el artículo 146, inciso primero, del Código Orgánico Integral Penal, que refiere al homicidio culposo por mala práctica profesional.
- En virtud, de lo expuesto considera que el juzgador de instancia tipificó el artículo concerniente al caso perseguido en esta causa.

4.3 Juan Vicente Montesdeoca Aragundy, acusador particular.

El abogado Sócrates Medranda Piña, defensor técnico del acusador particular, señor Juan Vicente Montesdeoca Aragundy, contestó el recurso de casación fundamentado por el procesado, en los siguientes términos:

- El recurrente alega una indebida aplicación de la norma, lo cual es erróneo, en ningún momento el tribunal *ad quem* o el tribunal *a quo* aplicó el artículo 202, literales c) y d), de la Ley de la Salud Pública, para tipificar la conducta en la cual incurrió el procesado.
- De la lectura de la sentencia, en la parte resolutiva, se desprende claramente que la conducta en la que incurrió el doctor Francisco Abril Ojeda, es la tipificada en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal.
- Los jueces de instancia, hicieron referencia al artículo 202 de la Ley Orgánica de la Salud, pero solamente como una norma más explícita, en lo concerniente a lo qué es infringir un deber objetivo del cuidado.
- Además, ¿en qué parte del artículo 202 se hace referencia algún procedimiento penal, o una pena?

- La Ley de Salud no impone penas ni indica procedimientos penales, simplemente, es utilizada para que haya una mayor explicación de

lo que significa infringir el deber objetivo del cuidado.
- La resolución No. 10-2015 de la Corte Nacional de Justicia, la cual es de triple reiteración, define la causal de indebida aplicación, sin embargo la norma aplicada es pertinente al caso concreto.
- Este recurso fue interpuesto para dilatar la ejecutoria de la sentencia, por tanto, debe desecharse.

4.4 Señor José Francisco Abril Ojeda, procesado y casacionista (réplica).

En el ejercicio de su derecho a la réplica, el procesado, señor José Francisco Abril Ojeda, acotó lo siguiente:
- Respecto de lo manifestado por la acusación particular, que argumenta que el artículo 202 de la Ley Orgánica de Salud no tiene pena; sin embargo este artículo tiene relación con el artículo 246 y 249 que imponen penas de multa.
- Son artículos que tipifican una conducta y que sancionan.
- La defensa de acusación particular manifestó que la Corte había decidido sancionar, lo propio dijo Fiscalía, en virtud del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, y citó los incisos primero y segundo, pero no dijo nada de lo que viene a continuación, que dice: *"para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente: 1. la mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo del cuidado"* esto está constando en la sentencia; *2. la inobservancia de leyes, reglamentos ordenanzas, manuales, reglas, técnicas",* hemos demostrado que no se puede observar la ley inexistente, no hay la ley. 3. *"El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no por otras circunstancias independientes o conexas"*.
- Las dos tipicidades que pretenden encajar la Corte de Manabí son relaciones al deber objetivo de cuidado aplicables al artículo 202 literales c) y d), lo repite varias veces en la sentencia.
- Aquí incluso podemos hablar de un principio de favorabilidad.
- El Código Orgánico Integral Penal dice que se aplicará las normas existentes, no las normas que se tenga duda.
- No se puede aplicar leyes que no pueden ser aplicadas a estos casos.

4.5 Señora Margarita del Socorro Posligua, procesada no recurrente.

Interviene el doctor Diego Jaya, defensor público, en representación de la señora Margarita del Socorro Posligua, con la finalidad de expresar si en la presenta audiencia se ha vulnerado algún derecho de su representada:
- La Defensoría Pública en esta audiencia no ha escuchado argumento alguno en contra de los derechos de mi defendida, señora Margarita Posligua Roldán

QUINTO:

LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN PENAL ECUATORIANA.

5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; ergo, el entorno dogmático del artículo 1 de la Constitución de la República determina la simbiosis jurídica de un ámbito conceptual fuertemente diferenciado:

a) Es un Estado constitucional, ya que "*la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos (…)"*[10]; por consiguiente, se vislumbra que la Constitución **materializa** ciertos principios y derechos, entre ellos el de impugnación como parte de los derechos de protección, del debido proceso y de defensa, en ese contexto, el artículo 76 numeral 7 literal m), de la Constitución de la República 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*

[10] Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

básicas: (...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.".

Este derecho *per se* es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario en materia penal, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado Constitucional; a la vez, se distingue también que la Constitución de la República es **orgánica** ya que determina el órgano -Función Judicial- que como parte del Estado es el llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia; en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[11]; en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera[12]; en ese contexto, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado Constitucional.

b) El Ecuador es un Estado de derechos: "*(…) El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el* único *Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica.*"[13]; ergo, se determina que el Estado de derechos lleva implícito el pluralismo jurídico; en ese contexto, las normas que integran el bloque de constitucionalidad son de imperativo cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, así el derecho de impugnación, base fundamental de la casación, tiene su referente en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que *per se* forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala:

"(…) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior";

En el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se indica que:

"Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.".

En ese contexto se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

c) La Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de Justicia, Ramiro Ávila Santamaría refiere que *"(…) una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el* único *que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).*"[14], concluye sobre el tema indicando que *"(…) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella*

[11] **Constitución de la República del Ecuador: Art. 182:** *"(…) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito."*; **Art. 184**: *"Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (…)".*

[12] **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 186:** *"Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá: 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera; (…)".*

[13] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

[14] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.

reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa."[15]; así, se avizora que el Estado de Justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación como medio de impugnación se determina ciertamente que el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo con el objetivo de cristalizar la justicia como fin de la administración de justicia en el Estado ecuatoriano.

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

> *"La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad".*[16]

Con lo anotado precedentemente, la garantía normativa de la casación está determinada en las reglas del Código Orgánico Integral Penal, aplicable al caso *in examine*, en función del principio de legalidad; así el artículo 656 del Código *ut supra* establece: *"Procedencia.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba.";* por su parte, el artículo 652 numeral primero del Código invocado, determina la siguiente garantía normativa: *"La impugnación se regirá por las siguientes reglas:1. Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código."*; de lo cual se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, "*La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas*"[17].

La taxatividad determinada en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, limita el ámbito de acción del recurso extraordinario de casación, la contravención expresa de la ley, la indebida aplicación o la errónea interpretación de la misma constituyen los motivos *sine qua non* para determinar la violación de la ley como esencia del recurso de casación.- La contravención expresa del texto se presenta cuando el juzgador, por omisión deja de utilizar determinada disposición jurídica que es necesaria para la resolución de un caso en concreto, resolviendo en contra de su mandato; 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.[18]

La Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

> *"Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que pre-*

[15] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 28
[16] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[17] Orlando Rodríguez Ch., *Casación y Revisión Penal*, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.
[18] Ecuador, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 863-2014.

senta 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."[19]

La Corte Constitucional al analizar el recurso de casación, en materia penal, en torno a la prohibición normativa de volver a valorar la prueba, ha desarrollado el siguiente argumento:

"(...) 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 (...)."[20]

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, en relación a su naturaleza jurídica y ámbito conceptual, el profesor Claus Roxin señala que: *"La casación es un recurso limitado, dado que solo permite el control 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"*[21]*;* 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"*[22]; Piero Calamendrei define la casación como un instituto judicial *"consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas*".[23]

De lo anotado precedentemente, se advierte que, el recurso de casación tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; el mismo, controla y analiza la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si dicha resolución viola la ley, por alguna de las causales establecidas en el régimen procesal penal -contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-, su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en la sentencia del Tribunal *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación; como corolario, las reglas procesales prohíben en este recurso los pedidos de revisión de los hechos del caso concreto y la nueva valoración de la prueba; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

SEXTO:
ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.

6.1) Una vez determinado el alcance y naturaleza del recurso de casación, el análisis de los integrantes del presente Tribunal, debe concretarse en el contenido de las argumentaciones esgrimidas en la audiencia de fundamentación, del recurso de casación interpuesto por el señor José Francisco Abril Ojeda, procesado, con la finalidad de establecer si dichas alegaciones se ajustan a las exigencias técnicas que rigen sustanciación del presente medio extraordinario y limitado de impugnación, por tal razón, se efectúan las siguientes reflexiones:

En primer lugar, se debe advertir que, en el caso *in examine*, el Tribunal de casación emitió un auto de admisión, el 16 de septiembre de 2019, las 11h58, en virtud del cual, se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el procesado, aunque,

[19] Ecuador, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.
[20] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 001-13-SEP-CC, de 6 de febrero de 2013, caso 1647-11-EP.
[21] Claus Roxin, *Derecho procesal Penal*, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466.
[22] Fernando de la Rua, *El Recurso de Casación*, Victor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20
[23] Piero Calamandrei, La casación, Tomo I, Vol. II, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, p. 376

solamente en relación al cargo de indebida aplicación del artículo 202, literales c) y d), de la Ley Orgánica de Salud.

Dicho esto, resulta necesario hacer hincapié en lo siguiente: la fundamentación del recurso interpuesto por el señor José Francisco Abril Ojeda, debía circunscribirse en la violación del artículo 202, literales c) y d), de la Ley Orgánica de Salud, además, sobrevenía en inexorable la acreditación de dicha transgresión, bajo la modalidad de indebida aplicación de la ley.

En este orden de ideas, se estima pertinente delimitar el alcance de la causal de casación propuesta por el impugnante, por tal motivo, se determina que existe indebida aplicación de la ley cuando los juzgadores *ad quem*, en el proceso intelectivo de formación de su decisión judicial, adecúan los hechos debidamente comprobados en la especie, a una norma jurídica que resulta impertinente, pues, los elementos fácticos del caso concreto, no se ajustan al supuesto de hecho descrito en el precepto jurídico.

La indebida aplicación, de acuerdo a la técnica de la casación, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto pues aplica la que no lo regula. Esto acarrea la inaplicación de la norma sustancial que corresponde realmente.

Orlando Rodríguez, sobre este yerro señala:

> *"Es un error de adecuación, de selección, y se produce cuando la norma aplicada, que tiene validez jurídica, no regula, no recoge los hechos probados y juzgados, cuando estos no se adecuan ni corresponden a ella. Es el caso de condenar por un delito agravado, cuando en verdad la condena deber ser un tipo penal simple; o, al contrario, se condena por un delito simple cuando se debió hacer por un delito agravado"* [24]

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, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal.

En este contexto, se debe resaltar que la causal de casación invocada por el impugnante, le colocaba en la obligación de indicar la norma jurídica, en la cual estima se adecúan los antecedentes fácticos acreditados en el proceso, es decir, debía explicar qué precepto jurídico resultaba pertinente en la resolución de la causa, solo así, habrá formulado una proposición jurídica completa.

Sin embargo, a pesar de encontrarse conminado al cumplimiento del deber procesal descrito en el acápite que antecede, en razón de la naturaleza técnica del recurso de casación, el recurrente, ignorando el alcance de la causal alegada, olvidó especificar la disposición jurídica en la cual considera que se adecúan los hechos del caso específico.

Es decir, el casacionista, en el desarrollo de su argumentación, omitió su obligación de plantear una proposición jurídica completa, lo cual ocasiona, naturalmente, la improcedencia del cargo que se encontraba obligado a justificar.

Adicionalmente, resulta puntual anotar que, la exposición realizada por la defensa técnica del señor José Francisco Abril Ojeda, en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, deviene en imprecisa, pues, alegó que los jueces de segunda instancia le imputaron la conducta descrita en el artículo 202, literales c) y d), de la Ley Orgánica de Salud, es decir:

> *"Art. 202.- Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de:*
>
> *(...) c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y,*
>
> ***d)** Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional.".*

No obstante, de la lectura de la sentencia impugnada, se desprende que los juzgadores *ad quem,* en ningún momento efectuaron un juicio de reproche en contra del procesado, por haber incurrido en las conductas descritas en la normativa transcrita *ut supra,* al contrario, en el considerando Décimo de la resolución objetada, los jueces *ad-quem* especificaron, con meridiana claridad, en qué precepto

[24] Orlando Rodríguez Chocontá, *Casación y Revisión Penal,* Evolución y Garantismo, Bogotá: 2008, P. 239

adecuó su comportamiento el procesado, señalando lo siguiente:

"(…) X.- NORMATIVA SUSTANTIVA DEL TIPO PENAL.

En el libro Primero del Código Orgánico Integral Penal, en el Titulo IV, capítulo segundo que trata sobre "Delitos contra los Derechos de Libertad" en la sección primera en el ***Art. 146 se encuentra tipificado y sancionado el delito de HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL (…)".*** (El énfasis nos corresponde).

Entonces, el argumento planteado por el recurrente, es decir, la indebida aplicación del artículo 202, literales c) y d), de la Ley Orgánica de Salud, resulta totalmente ambiguo, impreciso y carente de asidero, puesto que, en primer lugar, el recurrente omitió su deber de plantear una proposición jurídica completa, pero, además, se advierte que la labor intelectiva desarrollada por los jueces *ad quem*, especialmente en el considerando décimo tercero del fallo impugnado, se concretó en un análisis, en virtud del cual, se acreditó que la conducta ejecutada por el procesado, se adecuó a los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal descrito en el primer inciso del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, norma jurídica que establece lo siguiente:

> *"Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años."*

Por lo tanto, no es cierto que los jueces hayan aplicado el artículo 202, literales c) y d), de la Ley Orgánica de Salud, para imputar responsabilidad penal al procesado, más aún, si tomamos en cuenta que, la pena atribuida al señor Francisco Abril Ojeda, es aquella prevista en el artículo 146, primer inciso, del Código Orgánico Integral Penal.

Adicionalmente, resulta menester destacar que, posterior a la intervenciones de Fiscalía General del Estado y acusación particular, en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el impugnante, en su réplica, desarrolló una fundamentación por demás forzada, en virtud de la cual, pretendió justificar su tesis casacional, alegando que los juzgadores de segunda instancia emplearon el artículo 202, literales c) y d), de la Ley Orgánica de Salud, para explicar lo que constituye la infracción al deber objetivo de cuidado.

Alegó el impugnante que, la infracción al deber objetivo de cuidado surge al violentarse otras normas jurídicas, y, en el caso concreto, aseguró que las normas jurídicas violentadas, es decir, el artículo 202, literales c) y d), de la Ley Orgánica de Salud, se encuentran derogadas tácitamente.

Esta alegación carece de asidero jurídico, y a continuación explicamos por qué:

La doctrina y la legislación han clasificado a los delitos en dolosos y culposos. Esta clasificación posee como criterio diferenciador el elemento subjetivo del tipo penal, pues, si la descripción típica exige que la conducta del sujeto activo posea conocimiento y voluntad, en la ejecución de los elementos objetivos del tipo, estaremos frente a un delito doloso. Por el contrario, si la descripción típica plantea la existencia de un resultado lesivo a un bien jurídico, que se haya materializado como consecuencia de la infracción al deber objetivo de cuidado, el delito será culposo o imprudente.

Siguiendo esta línea de pensamiento, podríamos establecer que existe dolo cuando el sujeto activo conoce y quiere realizar el tipo penal, por ejemplo, en un homicidio, habrá dolo cuando "A" conozca que con su conducta es apta para producir la muerte a "B", y conociendo ese particular, consiente en obtener el resultado lesivo.

Sin embargo, el resultado descrito en el acápite que antecede, es decir, la muerte de "B", puede verificarse sin que el sujeto activo conozca ni consienta en la producción de un curso causal lesivo al derecho a la vida de "B", por ejemplo, puede "A" dar muerte a "B" cuando, a pesar de no haber consentido en la obtención de ese resultado, condujo su automotor embriagado, impactando en la humanidad de "B". En el ejemplo, el resultado lesivo no se obtiene por voluntad del sujeto activo, se obtiene por una actitud imprudente, por una infracción al deber objetivo de cuidado.

Sobre la estructura del tipo penal culposo, el profesor Eugenio Raúl Zaffaronni, enseña lo siguiente:

> *"(…) La característica esencial del tipo culposo finca en su peculiar forma de individualización de la acción prohibida: a diferencia del tipo doloso activo, en que* ésta se individualiza mediante su descripción, en el tipo culposo permanece prima *facie indefinida y sólo es posible particularizar en cada caso, luego de determinar la conducta que origina el resultado relevado penalmente. Esto obedece a que los tipos culposos no criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohiben en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción. Dicho de otra manera: el tipo culposo no castiga al autor por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el*

resultado distinto al final presupone de parte del causante un peligro prohibido previsible y evitable, y ello se explica porque la mera creación de un peligro no es suficiente para la imputación culposa (...)" [25].

El tipo penal imprudente es abierto, pues, posee la necesidad de complementación por un intérprete, este interprete -juez- se encuentra conminado a llenar las exigencias normativas del cuidado necesario, mediante criterios o baremos no descritos expresamente en el tipo, con la finalidad de constatar, en cada caso concreto, la eventual infracción del deber objetivo de cuidado.

La complementación que el juzgador efectúa, respecto a la descripción legal de la conducta prohibida, constituye un deber fundamental en el proceso valorativo, y, resulta necesario para poder adecuar la conducta del sujeto activo, en el tipo de injusto imprudente. Por tal motivo, el juzgador debe efectuar su labor de adecuación típica, a la luz de los criterios doctrinarios, jurisprudenciales y legales. En este orden de ideas, debemos advertir que son varios, y depende del caso concreto [26], los criterios que permitirán establecer la infracción del deber objetivo de cuidado, en este sentido, el tratadista alemán Claus Roxin, señala lo siguiente:

"(...) Cuando nos preguntamos por los elementos de contenido de la conducta imprudente, nos topamos en la jurisprudencia y en la doctrina científica con una profusión de elementos diferentes. En primer término se menciona la mayoría de las veces la "infracción del deber de cuidado". Junto a él *se encuentran la "previsibilidad", "cognoscibilidad" o "advertibilidad" y "evitabilidad" del resultado como presupuestos o requisitos de la conducta imprudente. Además se recurre a la teoría de la imputación objetiva para limitar la responsabilidad por imprudencia (…)"* [27].

En el caso *in examine,* los jueces de instancia se encontraban conminados a verificar los criterios descritos en el tercer inciso del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, para establecer la infracción al deber objetivo de cuidado, esto es:

"(…) 1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.

2. *La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o* ***lex artis*** *aplicables a la profesión.*
3. *El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.*
4. *Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho (...).*[28] (El énfasis nos corresponde)

Ahora bien, en relación al segundo criterio, es decir, *"(...) La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o* ***lex artis*** *aplicables a la profesión (...)",* el casacionista afirmó que los jueces de segunda instancia cometieron un error, pues, consideraron que la inobservancia de leyes, se verificó en la violación del artículo 202, literales c) y d) de la Ley Orgánica de Salud.

Sobre este punto, se debe resaltar dos imprecisiones, en primer lugar, las normas aludidas por el casacionista, *per se,* son garantías normativas

---

[25] Eugenio Zaffaroni, *Derecho Penal Parte General,* Ediar, Buenos Aires – Argentina, 2002, p. 542.

[26] Las valoraciones que efectúen los jueces para determinar la infracción al deber objetivo de cuidado varían en cada caso, pues, no es posible esperar que, tanto un médico con posgrado en neurocirugía, con veinte años de experiencia, como un estudiante de medicina que cursa el primer semestre de su carrera, posean el mismo grado de conocimiento en materia de neurocirugía. Así mismo, no se puede esperar idéntica reacción, frente a una persona ahogada en el mar, de un bañista que no posee la habilidad de nadar, que de un salvavidas. Los criterios de previsibilidad, cognoscibilidad, advertibilidad y evitabilidad, varían en cada caso y en cada persona. Por eso mencionamos que el delito culposo es abierto, e impone al juzgador una especial función valorativa.

[27] Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, Tomo I, FUNDAMENTOS, La estructura de la Teoría del Delito, Civitas, Madrid, 1997, p. 999.

[28] Norma que guarda relación con lo establecido en Resolución No. 1 -2014 emitida por la Corte Nacional de Justicia, publicada en R.O. Suplemento 246 de 15 de mayo de 2014, que en lo pertinente señala:

"Art. 1.- El Código Orgánico Integral Penal, que en su artículo 146, establece los tipos penales simple y calificado de homicidio culposo por mala práctica profesional, debe ser comprendido en su integridad.

Art. 2.- Se entenderá que el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, tipificado en el inciso primero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, conforme a su inciso final.

Art. 3.- Se entenderá que el homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, tipificado en el inciso tercero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado; y, además, por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas (…)".

destinadas a las profesiones de salud, afines y su ejercicio, establecidas en la Ley Orgánica de Salud, que tienen como finalidad regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la Constitución de la República y la ley, regidas por los principios de equidad, integralidad, solidaridad, universalidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, participación, pluralidad, calidad y eficiencia; con enfoque de derechos, intercultural, de género, generacional y bioético.

En segundo lugar, el procesado no fue condenado por inobservar el artículo 202, literales

c) y d) de la Ley Orgánica de Salud; fue declarado responsable del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, por haber inobservado la *lex artis,* es decir, por haber inobservado los mandatos, prácticas, protocolos y conocimientos propios de la rama de la medicina.

Ahora bien, para realizar un juicio de valoración, respecto a la violación a la *lex artis,* los juzgadores, por falta del conocimiento técnico científico deben apoyarse en el criterio de profesionales afines a la rama de la medicina; en el caso concreto, así sucedió, conforme se desprende del contenido del considerando 13.5 del fallo recurrido, que manifiesta, en su parte pertinente, lo siguiente:

"(...) por lo que es ahí donde la terna de médicos especialistas juega un papel trascendental, ya que como lo sostuvimos se analiza todo el acontecer de la atención médica que recibió el paciente, para a través de sus conocimientos llegar a una conclusión final, en este sentido es importante mencionar que al ser la medicina una rama de la ciencia muy extensa, no podría confiarse a un solo profesional la tarea trascendental de determinar a través de la información constante, si hubo algún tipo de negligencia, impericia, imprudencia, inobservancia de manuales de reglamentos ***o a la lex artis****, sino que con la intervención de una terna (3 especialistas en un área determinada), se busca tener un criterio absolutamente objetivo (...)".*

(El énfasis nos corresponde)"

Entonces, como se resaltó en la cita que antecede, el *ad quem* valoró la inobservancia de la *lex artis* para determinar la infracción al deber objetivo de cuidado; la referencia al artículo 202, literales c) y d) de la Ley Orgánica de Salud, *per se* es un *obiter dicta*, no determinante en la construcción jurídica del juicio de tipicidad y culpabilidad esbozado por el Tribunal de apelación, sobre la base de los hechos que se dieron por ciertos.

Para determinar la violación a la *lex artis,* el *ad quem,* valoró los testimonios rendidos por especialistas en el área de la medicina, constantes en el *onus probandi*, valoración que, en efecto, acreditó que el procesado violó la *lex artis,* por ende, se le declaró responsable penalmente, del cometimiento del delito tipificado en el artículo 146, primer inciso, del Código Orgánico Integral Penal; en ese contexto edificaron el juicio de tipicidad y culpabilidad.

Por lo tanto, no se advierte error de derecho en la labor intelectiva de los juzgadores de apelación, al contrario, se cumplió adecuadamente con la labor de adecuación típica de los hechos, a la descripción del artículo 146 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, desde el ámbito de las categorías dogmáticas del delito, pues *in extenso*, en la sentencia impugnada, consta el análisis de la conducta penalmente relevante, típica, antijurídica y culpable.

Ergo, las afirmaciones esgrimidas por el recurrente a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre la aplicación o interpretación de la norma jurídica que se considera ha provocado un error de derecho, con aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debía realizar; así mismo, no explican la influencia que ha tenido el presunto *error in iure*, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia[29], propio del recurso objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado por el recurrente persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada

[29] *"Debido al carácter de la naturaleza humana; precario y falible, en todos los procesos judiciales existe propensión al error, realidad de la cual no escapa el proceso penal. Sin embargo, no todo yerro cometido enerva o desquicia la sentencia. Por tal motivo, se exige que se expongan las consecuencias de la falta, para determinar si la envergadura de la misma varía o no el sentido del fallo. Siendo necesario recurrir al principio de trascendencia con el fin de establecer el efecto nocivo que en la sentencia haya podido tener el error cometido, para lo cual se debe demostrar que sin la ocurrencia de ese traspié, el fallo sería otro y no el recurrido"* (Luis Gustavo Moreno Rivera, La Casación Penal, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá-Colombia, 2013, p. 102)

soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación por el recurrente, es improcedente.
Finalmente, de lo expuesto por el recurrente y de la revisión de la sentencia del *ad quem,* no se encuentra argumento sólido alguno para que el Tribunal de Casación pueda proceder a una casación *ex officio*, conforme lo establece el artículo 657 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, pues analizada la sentencia *in examine*, no se observa la presencia de errores *in iudicando* que declarar, ya que, en la sentencia del *ad quem,* se ha establecido en forma clara y precisa, el juicio de tipicidad y culpabilidad, respecto del tipo penal por el cual fue condenado el recurrente, con una pena que corresponde al mismo, en virtud del principio de legalidad.
Por las consideraciones que preceden, en función del principio de acierto y legalidad, se declara sin lugar este medio impugnatorio extraordinario al no haberse cumplido con el principio de debida fundamentación y demostración de ninguna de las causales taxativas para su procedencia.

SÉPTIMO: RESOLUCIÓN.
Por 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, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** por unanimidad y de conformidad al artículo 657 numeral 5 y más pertinentes del Código Orgánico Integral Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por **JOSÉ FRANCISCO ABRIL OJEDA,** en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en el artículo 656 del Código ibídem, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados.- El Tribunal considera que no hay mérito para una casación *ex officio*.- Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de ley.-**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**
f) Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (E); Dr. Xavier León Rodríguez, JUEZ NACIONAL (E).

ACLARACIÓN
Juicio No. 13283-2017-01777

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, lunes 13 de julio del 2020, las 12h37,
VISTOS.- Una vez que el presente Tribunal de casación de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia ha emitido la correspondiente sentencia, respecto del recurso de casación interpuesto por el procesado, señor José Francisco Abril Ojeda, interpuso recurso horizontal de aclaración; por tal motivo, siendo el estado de la causa el de resolver el recurso, en cuanto a lo solicitado por el recurrente, se reflexiona lo siguiente: 1. El segundo inciso del artículo 250 del Código Orgánico General de Procesos, norma supletoria en materia penal, establece que: "(...) La aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley"; y, el artículo 253 del mismo cuerpo legal, indica que: "Art. 253.- Aclaración y ampliación.- La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas". Por su parte, el segundo inciso del artículo 255 ibídem, señala que: "(...) La solicitud de aclaración o ampliación deberá expresar con claridad y precisión las razones que la sustenten, de no hacerlo, se la rechazará de plano (...)". En relación al alcance de los recursos de aclaración y ampliación, la Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado en los siguientes términos: (...) Así, bajo el parámetro de la supletoriedad de la norma procesal civil, se establece que el juez que dictó sentencia, si bien no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso, sí puede aclararla o ampliarla, a solicitud de una de las partes presentada dentro del término de tres días, estableciéndose este tiempo para que se preparen las invocaciones jurídicas pertinentes en caso de encontrarse frente a una sentencia que fuere obscura, o cuando esta no hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. Entonces, la aclaración y

ampliación son recursos horizontales, que conceden a las partes la facultad de solicitar al mismo juez o tribunal que dictó la resolución, la enmienda de las deficiencias materiales o conceptuales que contenga, o que la integre de conformidad con las peticiones oportunamente formuladas. Los equívocos que puede corregir el juzgador para aclarar su sentencia, son, entre otros, errores en los nombres o en las calidades de las partes; o, en su defecto, precisar cualquier término que por su redacción, resulte obscuro. La ampliación, en cambio, procede para suplir cualquier omisión en que se hubiese incurrido sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio; 2. En este contexto, resulta necesario precisar el sentido gramatical de los términos aclaración y ampliación, de tal forma que pueda interpretarse de manera integral, el alcance de las normas que delimitan el recurso. De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, aclarar se define como: "Disipar o quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo"; mientras que, la definición de ampliar, es la siguiente: "Extender, dilatar". 3. El escrito que contiene la interposición del recurso de aclaración, suscrito por el doctor Fernando Acosta Coloma, defensor técnico del procesado y recurrente, señor Francisco Abril Ojeda, en su parte medular, expone lo siguiente: (...) Encontrándome dentro del término de conformidad al artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos, supletorio del Código Orgánico Integral Penal, conforme manda la Disposición General Primera ibídem, solicito la aclaración de su fallo en los siguientes términos: En su fallo dice lo siguiente: "La indebida aplicación, de acuerdo a la técnica de la casación, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, la funda en una norma que no es aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto pues aplica la que no lo regula. Esto acarrea la inaplicación de la norma sustancial que corresponde realmente. En este contexto, se debe resaltar que la causal de casación invocada por el impugnante, le colocaba en la obligación de indicar la norma jurídica, en la cual estima se adecúan los antecedentes facticos acreditados en el proceso, es decir, debía explicar qué precepto jurídico resultaba pertinente en la resolución de la causa, solo así, habrá formulado una proposición jurídica completa. Sin embargo, a pesar de encontrarse conminado al cumplimiento del deber procesal descrito en el acápite que antecede, en razón de la naturaleza técnica del recurso de casación, el recurrente, ignorando el alcance de la causal alegada, olvidó especificar la disposición jurídica en la cual considera que se adecúan los hechos del caso específico. Es decir, el casacionista, en el desarrollo de su argumentación, omitió su obligación de plantear una proposición jurídica completa, lo cual ocasiona, naturalmente, la improcedencia del cargo que se encontraba obligado a justificar. Entonces, el argumento planteado por el recurrente, es decir, la indebida aplicación del artículo 202, literales c) y d), de la Ley Orgánica de Salud, resulta totalmente ambiguo, impreciso y carente de asidero, puesto que, en primer lugar, el recurrente omitió su deber de plantear una proposición jurídica completa, pero, además, se advierte que la labor intelectiva desarrollada por los jueces ad quem, especialmente en el considerando décimo tercero del fallo impugnado, se concretó en un análisis, en virtud del cual, se acreditó que la conducta ejecutada por el procesado, se adecuó a los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal descrito en el primer inciso del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, norma jurídica que establece lo siguiente: "Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años." Por lo tanto, no es cierto que los jueces hayan aplicado el artículo 202, literales c) y d), de la Ley" La cursiva es propia. La causal de casación era como se presento en el respectivo escrito contentivo del recurso la siguiente: En el numeral 13.5 de la sentencia MOTIVACIÓN PARA RECHAZAR EL RECURSO DE CASACIÓN, en la página 74 de la misma se dice: "Sin embargo cuando el médico tratante acudió (después de 1h20 que habló con el médico residente, y después de 2h00 aproximadamente desde que habló con los familiares de las fallecida), el cuadro médico de la paciente era casi irreversible, lo cual conllevó a que no tuviera la oportunidad de realizar la valoración correspondiente, a lo cual debe sumarse el diagnóstico erróneo en no representarse dicha patología clínica que se encuentra en las literaturas médicas; y, que están dentro de las complicaciones aunque escasas que se pueden presentar después de un postoperatorio, por lo que haberlas descartado sin realizar una valoración pertinente conllevó a que el médico no tome las medidas necesarias para precautelar y salvaguardar la vida de su paciente de la

cual estaba a cargo, conforme lo señala el artículo 6 (el médico desde que es llamada a atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios para que recupere su salud. Su responsabilidad mayor será la conservación de la vida del enfermo), y 8 literal c) (Está obligado acudir a un llamado sin motivo de excusa, en los siguientes casos: c) En los casos de suma urgencia o peligro inmediato para la vida del enfermo) del Código de Ética Médica, publicado en el Registro Oficial No.5 del 17 de agosto de 1992, así como el artículo 202 numerales c(y d) de la Ley Orgánica de Salud, que indica "Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de : (...) c) Imprudencia, en la actuación del profesional de as salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y, d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional", situación que representa una falta de diligencia en sus obligaciones que como profesional en la medicina estaba exigido a cumplir, pues, la lex artis impone a los médicos el ineludible deber de precautelar la vida de sus pacientes y aplicar todas las técnicas que estén a su alcance para salvaguardar la misma, habida cuenta que el valor fundamental de la sociedad es justamente la vida como requisito de preexistencia de los demás derechos inherentes al ser humano." Y concluye: "Es esta postura jurídica, que nos lleva a la convicción mas allá de toda duda razonable de que existió una mala praxis médica relacionada directamente con la falta de atención de la paciente Nicole Montesdeoca de parte de su médico tratante el Dr. Francisco Abril Ojeda, y posteriormente la imprudencia que aceleró o aumentó el riesgo no permitido, al ordenar la punción lumbar a la paciente, lo cual estaba contraindicado en pacientes con un cuadro de shock hipovolémico como lo presentaba la fallecida Nicole María Montesdeoca Aragundy. Es decir, la Sala Penal de la Corte de Manabí llega a concluir -más allá de toda duda razonable- que yo Francisco Abril Ojeda he adecuado mi conducta a la infracción que se determina en los literales c) y d) del artículo 202 de la Ley Orgánica de Salud. La mencionada disposición legal a la letra reza: "Art. 202.- Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de: Inobservancia, en el cumplimiento de las normas; Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia; Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y, Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional." Los juzgadores olvidan lo dispuesto en el artículo 17 del Código Orgánico Integral Penal que imperativamente manda: "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." Es decir, existe por parte de la Sala Penal de la Corte Provincial de Manabí, una indebida aplicación de los literales c) y d) del artículo 202 de la Ley Orgánica de Salud, pues se me aplica y sanciona por una conducta que no tiene validez jurídica alguna; por tanto no se puede adecuar mi conducta a tal norma, lo cual reitero- la vuelve inaplicable y constituye una violación de la ley por indebida aplicación de la misma; por tanto, sustento este cargo para la casación de conformidad a artículo 606 (SIC) del Código Orgánico Integral Penal. Si como he demostrado a la saciedad las normas contenidas en los literales a) c) y d) del artículo 202 del Código de la Salud se encontraban tácitamente derogados de conformidad a la disposición derogatoria vigésima sexta del COIP, no procede que se pueda realizar una proposición completa como pretenden ustedes señores Juzgadores de que se señale cual es la norma jurídica pertinente en la resolución de la causa, olvidando lo que se señaló en la fundamentación del recurso, esto es lo que señala el artículo diecisiete del COIP que nuevamente cito: "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." Si la norma de los literales señalados del artículo 202 no son aplicables, luego no existe norma a ser aplicable; por tanto, la Sala se servirá ACLARAR que cuando se trata de normas tácitamente derogadas y por tanto inaplicables, no puede exigirse la formulación de la proposición jurídica completa. Pues ello implicaría una interpretación extensiva de la ley penal que está prohibida; lo único que procede es a falta de norma, no existe tipicidad y por tanto

lo que procedía es la declaratoria del estado de inocencia del Dr. Francisco Abril Ojeda (...). (Sic). Ahora bien, del análisis de los planteamientos efectuados por el recurrente en su escrito, se desprende que los mismos están dirigidos a efectuar cuestionamientos ajenos a la finalidad del recurso horizontal de aclaración, pues, el recurrente pretende que los mismos argumentos que ya fueron planteados y debidamente resueltos en sede de casación, sean nuevamente sometidos a análisis mediante la interposición del presente recurso. Por tal motivo, se estima pertinente recordar al impugnante que, la interposición del recurso horizontal de aclaración, no supone el inicio de una nueva instancia o fase, que habilite a los juzgadores para revisar el fondo de la resolución impugnada. No obstante, de la revisión íntegra del escrito interpuesto por el recurrente, se desprende que no indicó con precisión y claridad la frase o término que considera obscuro, ambiguo o ininteligible, por lo que deba ser aclarado mediante el presente recurso. El recurrente, por medio de su defensor técnico, en lugar de adecuar su argumentación a la finalidad y alcance del recurso de aclaración, se limitó a expresar su inconformidad con lo resuelto por este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, pues, en definitiva, insistió en plantear los reproches que ya esgrimió en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, y que fueron debidamente motivados y resueltos en el fallo recurrido, esto es, la supuesta indebida aplicación del artículo 202 de la Ley Orgánica de Salud. Por consiguiente, resulta menester insistir que, constituye deber indefectible del recurrente, el señalamiento concreto y diáfano del segmento de la sentencia que contiene frases o palabras, cuyo alcance y contenido deba ser explicado al recurrente. Como corolario, es preciso dejar plenamente establecido que, en la sentencia emitida por el presente Tribunal, el 07 de febrero de 2020, las 12h18, los Jueces Nacionales actuantes, no hemos utilizado frases obscuras, ambiguas, ni indeterminadas, tanto en el razonamiento, así como en la resolución del recurso de casación interpuesto, de manera que existe claridad en la decisión expresada por escrito. Por lo expuesto, este Tribunal de Casación, rechaza el recurso de aclaración interpuesto por el recurrente, señor Francisco Abril Ojeda, procesado, disponiendo, que sin más dilaciones se devuelva el proceso a la Judicatura que lo remitió a esta Corte. **Notifíquese**.-

f) Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (E); Dr. Xavier León Rodríguez, JUEZ NACIONAL (E).

IV

Juicio Nro. *06201-2018-00009*
Resolución Nro. *295-2020*
Fecha: *13 de febrero del 2020, las 15h20*

TEMA: Aplicación de la garantía jurisdiccional de Hábeas Corpus en razón de que la privación de libertad se ha tornado en ilegal.

ASUNTO

La presente acción constitucional de hábeas corpus es presentada por el señor E. A. A. M. ante la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, en virtud de que fue sentenciado en un proceso penal como cómplice del delito de robo y se le impuso una pena privativa de libertad de cinco meses. El procesado solicita por medio de esta garantía jurisdiccional que se conceda su libertad, puesto que se encuentra privado de ella cinco meses con tres días.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo rechazó la garantía jurisdiccional de hábeas corpus, sustentándose en que la

sentencia penal dictada contra el accionante no se encuentra ejecutoriada y por lo tanto su detención es legal, legítima y ha sido dictada con estricta observancia de la ley.

El tribunal considera también que la boleta de encarcelamiento por la medida cautelar prisión preventiva ha sido girada cumpliendo todos los parámetros legales y que el accionante pretende, por medio de la acción de hábeas corpus, que el órgano jurisdiccional efectúe el cálculo de los días que el procesado se encuentra efectivamente detenido, sin que la sentencia haya causado ejecutoría, por tanto rechaza la acción.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 06201-2018-00009
Juez Ponente: Dr. Iván León Rodríguez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, jueves 13 de febrero del 2020, las 15h20.-

VISTOS: El doctor Jorge Santiago Vallejo Lara, en representación del ciudadano Ermis Almilcar Arévalo Montalvo por quien presentará acción de habeas corpus-, interpone recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, de fecha 2 de abril de 2018, las 16h55 la cual, resuelve desechar dicha acción jurisdiccional constitucional.

Al ser el estado el de resolver, para hacerlo se considera:

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Actuaciones procesales relevantes

i. El doctor Jorge Santiago Vallejo Lara, en representación del ciudadano Ermis Almilcar Arévalo Montalvo, fundamentándose en los artículos 89 de la Constitución de la República (CRE); 43.1 y 45.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJ y CC), presentó acción de habeas corpus ante la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, en la cual señala, *inter alia:*

- *Que conforme justifica con las copias certificadas del proceso No. 06282-2017-01738, su defendido fue privado de la libertad el 27 de octubre del 2017, mediante boleta de prisión preventiva girada por el señor Juez Nelson Rodríguez.*
- *Que con fecha 14 de febrero de 2018 a las 12h43, se emite la sentencia en la cual el compareciente se acoge al procedimiento abreviado con una pena privativa de libertad de 5 meses.*
- *Que del certificado de permanencia emitido por el Centro de Privación de libertad, se desprende que se encuentra privado de su libertad 5 meses con 3 días, es decir que ha cumplido la pena incluso con exceso de días.*
- *Que dentro de la audiencia de apelación ha solicitado que se conceda la libertad de su defendido por haber cumplido la pena, pero que le han manifestado que la libertad la debía otorgar el juez de garantías penitenciarias.*
- *Que hasta que se ejecutorié la sentencia, hasta que regrese el proceso a la Unidad Penal, tardará más de una semana y que permanecerá privado de su libertad de manera ilegal e ilegítima. Puesto que conforme lo dispone el Art. 72 del COIP,* ***la pena se extingue por el cumplimiento de la misma (la negrilla es del propio texto)***

ii. Con fecha 2 de abril de 2018, las 16h55, la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, dicta sentencia en la cual resuelve:

> *"En mérito de lo expuesto, basado en la sana crítica y de acuerdo a lo ordenado en los artículos 169 y 172 incisos 1ero y 2do, de la Constitución, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se rechaza la acción de Hábeas Corpus interpuesto por el DR. Jorge Santiago Vallejo Lara, Defensor Público y defensa técnica del señor Ermis Almilcar Arévalo Montalvo (…)"*

iii. Ante esta resolución, el accionante doctor Jorge Santiago Vallejo Lara, en representación del ciudadano Ermis Almilcar Arévalo Montalvo, interpone recurso de apelación sobre la base de los siguientes

argumentos:

- *"… [l]a sentencia indicada, no guarda correspondencia ni armonía entre la parte argumentativa o considerativa, con la parte resolutiva, puesto que la Corte Provincial reconoce que la acción de hábeas corpus procede cuando* ***"la persona se encuentre ilegalmente privada de la libertad por vencimiento de los términos legales respectivos";*** *(…) c)* ***Cuando ha permanecido privada de su libertad por un tiempo mayor a lo establecido en la ley,*** *reconociendo a más de que se presentó en la audiencia respectiva las impresiones del sistema SATJE de la causa no. 06282-2017-01738, así como el expediente en físico, del cual se desprende que el señor ERMIS AMILCAR AREVALO MONTALVO, fue sentenciado a 5 meses de privación de libertad en procedimiento abreviado y se presentó el certificado de permanencia emitido por el Centro de Privación de Libertad de Riobamba, que a la fecha de su emisión el señor ERMIS AMILCAR AREVALO MONTALVO, ya se encontraba privado de la libertad por el TIEMPO DE 5 MESES Y 3 DIAS, configurándose con lo dicho de que mi defendido se ha encontrado privado de la libertad por más tiempo establecido en la sentencia, y cumpliéndose con los requisitos para que se acepte la presente acción de hábeas corpus".*
- *" Existiendo discordancia entre los argumentos utilizados por la Corte Provincial de Justicia, con la decisión final de no aceptar la acción de hábeas corpus pese a que se demostró que se encontraba el procesado privado de la libertad más del tiempo previsto en la pena".*
- *"La sala de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, que conoció la presente acción de Hábeas Corpus desconoció a favor del señor ERMIS AMILCAR AREVALO MONTALVO, normas expresas, constantes en el Código Orgánico Integral Penal así como derechos a la libertad debidamente reconocidos en la Constitución de la república del Ecuador e instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y principalmente: " …Art. 72 del COIP (…); Art. 667 COIP (…) ".*
- "*Ahora si tomamos en consideración el análisis de la Corte Provincial Sala de lo Civil que conoció la acción de Hábeas Corpus, quienes fundamentan su negativa en el Art. 624 del COIP, indicando que la sentencia no está ejecutoriada en el supuesto caso que el acusador particular de la causa No. 06282-2017-01738, presente RECURSO DE CASACION, hasta que se resuelva el mismo, hasta que se ejecutorié la sentencia y hasta poder obtener copias certificadas de la misma y presentar al juez de garantía penitenciarías pasará mas de un año privado de la libertad el señor ERMIS AMILCAR AREVALO MONTALVO, sumado a esto los 5 meses que ya ha cumplido la pena, lo cual es totalmente ilegal puesto que existe norma expresa al respecto (…)"*
- *"De lo dicho se ha demostrado hasta la saciedad que el señor ERMIS AMILCAR AREVALO MONTALVO, cumplió la pena impuesta en procedimiento abreviado y se debió ordenar su libertad, ya que la misma se convierte en* ***ILEGAL*** *luego* ***DE LOS 5 MESES QUE HA TRASCURRIDO DETENIDO por la misma causa"***

iv. Auto de 5 de abril de 2018, las 15h09 dictado por la Sala Especializa de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, mediante el cual se dispone remitir a la Corte Nacional de Justicia, el recurso de apelación interpuesto a favor del accionante Ermis Amílcar Arévalo Montalvo.

v. Mediante sorteo de 13 de abril de 2018, las 14h51, ante la Jefa de Gestión Documental y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, Julia Cárdenas Rondal; se conformó el Tribunal de Apelación para conocer la presente causa; tribunal que de manera primigenia quedó integrado por los doctores: Miguel Jurado Fabara (Ponente), Daniella Camacho Herold y Marco Rodríguez, Jueces Nacionales.

vi. Mediante resoluciones No. 188-2019 y 197-2019, dictadas por el Pleno del Consejo de la Judicatura de 3 de diciembre de 2019, se encarga al señor doctor: Iván León Rodríguez el despacho del ex juez Nacional Miguel Jurado Fabara, ante su ausencia definitiva.

vii En virtud de lo precisado *ut supra*, ergo, los suscritos doctores Iván León Rodríguez, Daniella Camacho Herold y Marco Rodríguez Ruiz **AVOCAMOS** conocimiento de este recurso, a partir de la presente fecha.

2.- ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN

2.1.- Competencia

i. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2018, de 26 de enero de 2018, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) en su artículo 183, sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al COFJ, publicada en el Suplemento del Registro

Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013; así también emitió el respectivo instructivo para la distribución de causas en caso de renovación parcial de los miembros de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 02-2018, de 01 de febrero de 2018.

ii. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer del presente recurso apelación de la acción constitucional de habeas corpus, en virtud de lo previsto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República (CRE); 186.3 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); con la Resolución s/n, de la Corte Nacional de Justicia, de 23 de marzo de 2009, publicada en el R. O. 565 de 7 de abril de 2009, que señala: *"Los recursos de apelación que se interpongan en contra de las sentencias dictadas por las Salas de las Cortes Provinciales, dentro de los recursos de Hábeas Corpus propuestos de conformidad con el último inciso del artículo 89 de la Constitución de la República, serán conocidos, previo sorteo, por cualquiera de las Salas que conforman la Corte Nacional de Justicia."*; los artículos 169.2; y, 44.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJyCC)

iii. Conforme ya quedara referido en el punto 1.vii, el Tribunal al cual le ha correspondido conocer el presente medio de impugnación ha quedado integrado por: Doctores Iván León Rodríguez (Ponente), Daniella Camacho Herold y Marco Rodríguez Ruiz.

3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL

3.1.- Cabe recordar, que por mandato expreso del artículo 169 CRE, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia; que las normas procesales deben consagrar entre otros, los principios de eficacia e inmediación, y harán efectivas las garantías del debido proceso; norma constitucional que está recogida en el artículo 18 COFJ; es por ello que se procede a realizar el análisis del presente recurso apelación en acción de habeas corpus- sobre el mérito de los autos.

3.2.- Toda vez, que el tema medular, en el caso en ciernes, estriba en la garantía jurisdiccional del habeas corpus y, en ultima ratio, con el derecho mismo de la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos; y, solo cuando aquellos se encuentren amenazados en riesgo de manera arbitraria, ilegal e ilegítima procede esta garantía constitucional; es por ello que, resulta pertinente abordar tales temas a fin de realizar un adecuado examen y/o análisis del caso y poder resolver en derecho y justicia.

Con relación a la garantía constitucional, jurisdiccional, del habeas corpus, este órgano, en varias resoluciones[1], ha señalado:

> *(…)En el marco de un Estado constitucional de derechos y justicia, como el adoptado por el Ecuador, a partir de la Constitución del 2008, la persona humana, y por ende sus garantías constitucionales, como la libertad, deben ser el objetivo primigenio, donde la aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que la normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos; en este marco, el Estado, está llamado a cumplir dos objetivos fundamentales: salvaguardar y defender el principio de la supremacía constitucional; y, proteger los derechos, garantías y libertades públicas; bajo este escenario, cabe reparar, que el "hábeas corpus", se encuentra contemplado, dentro de las garantías constitucionales -conforme así consta en el Título III, Capítulo III, Sección Tercera, artículo 89 de la Constitución de la República-, como la garantía jurisdiccional a través de la cual se hace efectivo el derecho a la libertad, que le permite al ciudadano acudir ante cualquier juez a demandar su recuperación, cuando éste se encuentre privado de ella de manera ilegítima, arbitraria o ilegal*; ***es por tanto, además, una garantía para proteger la vida y la integridad física, de las personas privadas de su libertad.*** *Acorde con la norma constitucio-*

[1] Ver CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO, Resoluciones que resuelven las casos Nos.975-2013; 1459-2013; 818-2014; 1353-2014; 2012-2014 (recursos de apelación en habeas corpus)

nal; en principio, para que proceda el hábeas corpus, deben reunirse los siguientes presupuestos: **i)** *privación de libertad; y,* ***ii)*** *que aquella privación sea* ***ilegítima, arbitraria o ilegal.***

Por otro lado, esta garantía constitucional se encuentra desarrollada y normada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Título II, Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Constitucionales, Capítulo Cuarto, artículos 43 al 46, en donde se establece su objeto, trámite y reglas de aplicación; el artículo 43 ejusdem, en cuanto al "objeto" mismo de esta acción señala que es: "proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, (…)".

De allí que el habeas corpus, como garantía constitucional, tutela los derechos de libertad, vida, integridad física y más derechos conexos, del ser humano que se encuentre privado o restringido en su libertad, ya sea por autoridad pública o cualquier persona, de manera ilegal, ilegítima o arbitraria. (…)

3.3.- En el caso *sub iúdice,* y así lo recoge, inclusive la propia sentencia que ha negado esta garantía jurisdiccional; la cual expresa que se ha revisado y observado, si en el caso llevado a sede constitucional, se ha producido uno o algunos de los casos en los que se presumirá la privación ilegítima o arbitraria, acorde con el artículo 45.2 de la LOGJyCC, en armonía con el artículo 89 CRE; o la amenaza a la libertad; es así que, de manera expresa, el fallo ahora recurrido señala:

"(…) **6.3. DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL ACCIONANTE**.- El ciudadano Ermis Amílcar Arévalo Montalvo, *sostiene que se encuentra privad de la libertad por más de 5 meses, que se esperaría de 10 a 15 días más que este privado de su libertad de manera ilegal, que el hábeas corpus tutela de manera directa la libertad personal física en contra de detenciones arbitrarias , que presentaron esta acción de habeas corpus con el objeto de que al haber cumplido la pena incluso haber superado en días adicionales la pena prevista en la respectiva sentencia, que dicha detención ya sería ilegal por lo que como jueces constitucionales solicita se sirva ordenar la libertad inmediata de su defendido. Al respecto, la sala considera SEPTIMO: (i) Le correspondía al recurrente demostrar lo contentitivo en el Art 89 de Carta_Fundamental, esto es que la privación de la libertad es ilegal, arbitraria o ilegitima. Reitera el Tribunal, para que proceda la presente Acción Jurisdiccional, debe mostrarse; la detención ilegal, haya sido detenido arbitrariamente; haber permanecido privada de su libertad, por un tiempo mayor a que el establecido; se haya violado sus derechos en la detención; se ha violentado los derechos establecidos en los tratados y convenios internacionales suscritos y vigentes en nuestro País; y se haya violado de ley al momento de su detención; además, el detenido fue presentado a la Audiencia, existe orden de privación de libertad ordenada por Autoridad competente, cumpliendo con los requisitos legales y de procedibilidad. ii) Con fecha 14 de febrero de 2018, las 12h43, el señor Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba, al amparo del Art 189 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de cómplice conforme el Art 43 de la ley ibídem, del delito de robo, dicta sentencia imponiéndole al accionante, señor Ermis Amílcar Arévalo Montalvo, la pena privativa de libertad de cinco meses, a contabilizar desde la fecha de su detención, debiéndose descontar el tiempo que ha permanecido detenido(…). iii) Sentencia de la cual la acusadora particular interpone recurso de Apelación, el mismo que es concedido por estar interpuesto dentro de término. iv) La Sala Especializada de lo Penal, con fecha martes 27 de marzo de 2018, las 08h15, en sentencia rechaza el recurso de apelación interpuesto por la acusadora particular, y confirma la sentencia emitida por el Dr. Luis Rodríguez Vascones, Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba. Que en cuanto a la reparación integral y procedimiento se dará cumplimiento a lo ordenado en el Art 142 del COFJ.* (…) v) *Por lo antes expuesto, no se ha vulnerado el núcleo esencial de derecho a la libertad del señor Ermis Amílcar Arévalo Montalvo, toda vez que su detención ha sido legal, legitima y no se ha vulnerado derecho constitucional alguno; no encuadrándose en la disposición contentitiva del Art. 43 de la LOGJCC, Consta del proceso la boleta de encarcelamiento No. 06282-2017-000436, dentro de la presente causa de 31 de octubre de 2017, prisión preventiva, gira en observancia con la ley, ratificado con el certificado de fs. 59 emitido por el abogado Alfonso Orellana Carrera, responsable del Centro de Detención, por lo tanto no se ha cumplido los requisitos del Hábeas Corpus. vi) La sentencia dictada en su contra, no se encuentra ejecutoriada, lo cual es comprobado por este Tribunal en el juicio No.*

2017-01738; en consecuencia y en virtud de lo ordenado por el Art. 624 del COIP, la pena debe cumplirse una vez ejecutoriada la sentencia. El accionante pretende por medio de esta garantía jurisdiccional, sin que se encuentre ejecutoriada la sentencia, este Tribunal efectué el cálculo de los días en que el accionante se encuentra efectivamente detenido; al respecto el Juez garantista debe ser muy prudente y circunspecto para no exceder sus competencias, por tanto, lo solicitado, es una cuestión que el ordenamiento jurídico establece al juez natural el ejercicio de sus funciones y no corresponde dilucidar a este Tribunal de orden constitucional. En mérito de lo expuesto, basado en la sana crítica y de acuerdo a lo ordenado en los artículos 169 y 172 incisos 1ero y 2do, de la Constitución. ADMINSITRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LA LEYES DE LA REPUBLICA, se rechaza la acción jurisdiccional de Hábeas Corpus interpuesto por el Dr. Jorge Santiago Vallejo Lara Defensor Público y defensa técnica del señor Ermis Almilcar Arévalo Montalvo.(…)"[2][subrayado fuera de texto]

3.4.- Según se desprende de los antecedentes mencionados en el numeral 1 de esta sentencia, el fundamento del impugnante Ermis Almilcar Arévalo Montalvo por intermedio de su abogado patrocinador, para plantear su actual recurso apelación Hábeas Corpus- está basado en que se revoque la resolución dictada por los señores Jueces de la Sala Especializada de lo Civil, de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, en virtud de que de que *"se establezca los correctivos que en derecho correspondan para que en casos similares no se violen derechos constitucionales de libertad de las personas, ordenando la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas o negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias en las que deban cumplirse".*

Para responder a esta alegación, el Tribunal de Apelación Constitucional considera adecuado tratar sobre la legalidad material de la orden de prisión preventiva en contra de Ermis Almilcar Arévalo Montalvo.

En el presente caso se debe partir del hecho de que Ermis Almilcar Arévalo Montalvo, ha sido procesado por el delito de robo estatuido en el artículo 189.2 del Código Orgánico Integral Penal, - en calidad de cómplice -; proceso que por haberse acogido al trámite abreviado, se dicta sentencia en su contra imponiéndole la pena de cinco meses. En este aspecto, como se dijo supra, tiene que ver con el hecho de que la privación de la libertad responda a los casos planteados en la legislación para su procedencia. En el presente caso, se observa que se encuentra garantizados los derechos del detenido, por cuanto el procesado se encontraba legalmente detenido por haberse emitido en su contra auto de prisión preventiva, por el delito de robo, acusado por la Fiscalía, por lo que no hay violaciones a los derechos consagrados en la Constitución de la República, ya que se ha respetado todas las garantías básicas al debido proceso establecidas en la Constitución de la República y no se ha violentado la tutela judicial efectiva a que tiene derecho el procesado.

En cuanto a este ámbito de la privación de la libertad del accionante, corresponde al Tribunal de Apelación aclarar que el cumplimiento de este requisito se mide de acuerdo al delito que le haya sido imputado al procesado por el fiscal del caso, en tanto es tal funcionario público, como representante de la Fiscalía General del Estado, el titular de la acción penal, cuestión que la confirma el artículo 195 de la Constitución de la República.

En el caso en concreto, dicho lo anterior el señor Ermis Almilcar Arévalo Montalvo, al accionar la vía constitucional, por considerar que se encuentra privado de su libertad desde el 24 de octubre del año 2017, y que ha cumplido en demasía la pena impuesta en procedimiento abreviado de 5 meses, y que al haberse negado su Hábeas Corpus por parte de la Corte Provincial de la Sala Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, los mismos que han fundamentado su negativa en el art. 624 del COIP, indicando que la sentencia no está ejecutoriada, lo que debieron haber hecho es ordenar su inmediata libertad ya que su detención se convierte en ilegal luego de los 5 meses que ha permanecido detenido.

[2] Ver sentencia que obra de fs. 62 a 66 (cita a fs. 63 vta, a 65 vta.)

Una vez explicado lo anterior, es necesario manifestar que, la Corte Constitucional de manera reiterada al tratarse del Habeas Corpus, manifiesta que es una garantía constitucional prevista en el Art 89 de la CRE, para proteger las detenciones ilegales, por lo que su naturaleza, es ser el remedio cuando a una persona se le restringe su derecho de libertad.

Ahora bien, respecto de este mandato constitucional cabe hacer ciertas precisiones; en principio, corresponde aclarar que si bien en lo relativo al cumplimiento de penas, el artículo 72 del COIP dice, la pena se extingue por el cumplimiento de la misma.

De hecho inclusive de acuerdo al artículo 3.1 de la Constitución de la República del Ecuador dice que son deberes primordiales del Estado:

> *"Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (…)".*

Este tipo de aplicación de las normas programáticas, obedece al principio contenido en el artículo 11.3 de la Constitución de la República, que prevé la aplicabilidad directa de todos los derechos y garantías establecidos en la Constitución y refleja la tendencia garantista de la Norma Suprema, en la que:

> *[l]a distinción entre normas programáticas y normas directamente aplicables es irrelevante. Por supuesto que esta afirmación implica que las personas estén sometidas además de la ley a la Constitución y que requiere una dosis de creatividad de la persona que aplica al imaginar y crear la hipótesis de hecho y la obligación que emana del principio en el caso que aplica*[3].

En el contexto presentado, ningún juez puede alegar falta de norma para irrespetar los preceptos constitucionales, más aún cuando ha sido en este tipo de órganos jurisdiccionales, en quienes ha puesto la Constitución de la República, la carga de velar por la vigencia de los derechos y garantías. Con respecto a esto, ha dicho la Corte Constitucional: *"El Estado constitucional vigente cuestiona la posición del juez como un simple espectador del proceso; mira a un juez activo que hace suya la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva; cumple un papel mucho más proactivo"*[4]

Una vez determinada la aplicabilidad directa de los artículos enunciados en líneas precedentes, de la Constitución de la República, corresponde determinar la pertinencia de su uso en el caso concreto; y para ello, se analiza que:

- Se tiene como hecho indiscutido, que el señor Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantó Riobamba el 14 de febrero de 2018. Las 12h43, al amparo del Art. 189.2 del Código Orgánico Integral Penal, dicta sentencia en trámite abreviado en contra de Ermis Amílcar Arévalo Montalvo, en calidad de cómplice por el delito de robo, imponiéndole la pena de 5 meses, por lo que se gira la boleta constitucional e encarcelamiento.
- De acuerdo al certificado emitido por el Ab. Alfonso Orellana Carrera, responsable Jurídico del Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de Riobamba, de fecha 28 de marzo del 2018, se tiene que el sentenciado Ermis Amílcar Arévalo Montalvo, ha perdido su libertad el 24 de octubre del 2017, por el delito de robo, y que ha sido sentenciado por el señor Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Riobamba, a cumplir la pena de 5 meses; y que, la persona privada de su libertad permanece detenida 5 meses 3 días.

Expuestos estos presupuestos, se desprende claramente la conclusión de que la fundamentación efectuada por la Sala Especializada de lo Civil, de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, no se ajusta al espíritu del Hábeas Corpus, que como se ha dicho supra, es una garantía constitucional, que en el presente caso el procesado se encuentra ejerciendo su derecho a la defensa, y que su responsabilidad se determinó en el momento que se emitió la sentencia correspondiente y se le impuso una pena de 5 meses.

Dado que nos encontramos resolviendo una garantía jurisdiccional, el Tribunal de Apelación Constitucional, considera que se debió revisar que los derechos del procesado se hayan respeta-

[3] ÁVILA, Ramiro. Óp. Cit. Supra. Pág. 75.
[4] CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia Nro. 19-14-SEP-CC, dictada el 29 de enero del 2014.

do y que la orden de privación de libertad haya sido emitida observando el procedimiento legal, respetando los derechos a la libertad, a la vida y la integridad personal - Art. 89 de la Constitución de la República-; en la especie y de lo aportado en este trámite se evidencia que la boleta de encarcelamiento ha sido suscrita por un Juez, que la orden de prisión preventiva fue dictada dentro de un proceso penal en trámite, es decir fue emitida por una autoridad competente; pero en cuanto a lo alegado por el procesado de que se encuentra privado de su libertad en exceso por haber cumplido la pena, como sustento del Habeas Corpus, sin que este juzgador constitucional entre a tratar el tema de fondo, se encuentra que los jueces de apelación, no han observado lo dispuesto en el artículo 72 del COIP, -la pena se extingue por el cumplimiento de la misma-; incumpliendo de esta manera lo establecido en el artículo 11.3.5 de la Constitución de la República del Ecuador, inobservado todas las garantías básicas del debido proceso consagradas en los artículo 76 y 77 CRE, decisión, por contraria a los preceptos constitucionales, torna a la detención del accionante, claramente, en ilegal, lo cual no ha vulnerado únicamente su libertad, sino que también ha puesto en peligro su derecho a la integridad personal, al mantenérselo detenido habiendo cumplido su pena.

4.- RESOLUCIÓN:

A la luz del análisis realizado, sobre la base de las consideraciones que quedan expuestas, 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:***

4.1 Acepta el recurso de apelación de Habeas Corpus presentado por el doctor Jorge Santiago Vallejo Lara, en calidad de Defensor Público del procesado Ermis Almilcar Arévalo Montalvo, en razón de que su privación de la libertad se ha tornado en ilegal.

4.2 Declara la vulneración de los siguientes derechos del accionante: **a)** Derecho a la libertad ambulatoria, consagrado en el artículo 66.13 de la Constitución de la República; **b)** Derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 66.3 de la Constitución de la República; **c)** Derecho a la igualdad material, consagrado en el artículo 11.2, último inciso, de la Constitución de la República; y, **d)** Derecho a la seguridad jurídica, contemplado en el artículo 82 de la Constitución de la República

4.3 Esta sentencia constituye, como tal, una medida de reparación. Además de ella, se deja sin efecto la boleta de encarcelamiento dictada en contra de Ermis Almilcar Arévalo Montalvo; y, se dispone su inmediata libertad.

4.4 Notifíquese y Cúmplase.-

f) Dr. Iván León Rodríguez, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dra. Daniela Camacho Herold, JUEZA NACIONAL; Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL

V

Juicio Nro. *08282-2015-00702*
Resolución Nro. *569-2020*
Fecha: *28 de abril de 2020, las 14h15*

TEMA: La orden legítima y expresa de autoridad competente como causa de exclusión de la antijuridicidad.

ASUNTO DEL CASO

El presente proceso lo sigue Fiscalía en contra del señor V. T. P., como autor del delito de peculado, tipificado y sancionado en los incisos 1 y 5 del artículo 257 del Código Penal, y contra el ciudadano L. A. A. C., como cómplice de la misma infracción. En la causa se discute si la disposición impartida por un superior representa una causa de exclusión de la antijuridicidad de la conducta del señor L. A. A. C.

PRIMERA INSTANCIA
El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Esmeraldas concluyó que el señor V. T. P. autorizó y utilizó erradamente fondos públicos, en su calidad de Director de la Dirección Provincial Intercultural Bilingüe de Esmeraldas, y por tan to se lo condenó como autor de la infracción, mientras que, con respecto al señor L. A. A. C., lo sancionó en calidad de cómplice, en virtud de que fungía como el generador de los gastos. El tribunal determinó que ambos procesados adecuaron su conducta al tipo penal, al abusar de recursos públicos en la Dirección Provincial Intercultural Bilingüe de Esmeraldas, disponiendo arbitrariamente de los mismos
SEGUNDA INSTANCIA
El tribunal de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas rechaza los recursos de apelación planteados y confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado que declara culpables a los procesados, alegando que la responsabilidad está demostrada con las pruebas actuadas en el juicio y que aquellos actuaron de manera consiente y con el propósito de hacer un mal uso de los bienes de la administración pública.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 08282-2015-00702
Jueza Ponente: Dra. Daniella Camacho Herold

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, 28 de abril de 2020, las 14h15.

VISTOS:

PRIMERO.- Antecedentes

1.1. Antecedentes Procesales

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Esmeraldas, en sentencia de 16 de octubre de 2017, las 13h41, declaró a Víctor Tapuyo Pianchiche, autor del delito de peculado, tipificado y sancionado en los incisos 1 y 5 del artículo 257 del Código Penal, por lo cual se le impuso la pena de ocho años de privación de libertad, y a Luis Alberto Añapa Cimarrón, cómplice de la referida infracción, por lo que se le impuso la pena de cuatro años de privación de libertad; además, se les ordenó el pago solidario de siete mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por concepto de reparación. De esta decisión, los procesados presentaron sendos recursos de apelación.

La Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, en sentencia de 10 de diciembre de 2018, las 11h57, desechó los mentados medios de impugnación y ratificó en todas sus partes el fallo subido en grado.

Inconforme con esta sentencia, el acusado Luis Alberto Añapa Cimarrón interpuso recurso de casación.

1.2.- Hechos acusados y hechos probados

Según la sentencia de la Corte de Apelaciones, la Fiscalía acusó al procesado de los siguientes hechos:

> "(…) **TERCERO.- ANTECEDENTES FÁCTICOS.-** Fiscalía tiene conocimiento de fecha 28 de mayo del 2013, de un informe con indicios de responsabilidad penal signado con el N° DR5-DPM-AI-0015-2013; el mismo que ha sido realizado al Proyecto "HLANDO DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN PROVINCIAL DE EDUCACIÓN INTERCUTLTURAL BILINGÜE DE ESMERALDAS", por el período comprendido entre enero del 2006, hasta el 31 de julio del 2010; habiéndose analizado las transferencias realizadas a los servidores de dicha institución, sin encontrarse los justificativos a través del sistema e-sigef; por lo que en dicho examen se desprendió que el Lcdo. VÍCTOR TAPUYO PIANCHICHE, recibió indebidamente valores de la Dirección Provincial de Educación y no devolvió el valor de USD$ 5.687,95, lo que ocasionó una afectación al presupuesto y un perjuicio económico a la Dirección Provincial Intercultural Bilingüe de Esmeraldas (…)" [Sic]

El Tribunal *ad quem*, luego de ejercer su facultad de valoración probatoria, concluyó:

> "(…) **SÉPTIMO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA. 7.1.-** (…) En autos consta que la Dirección Nacional de Auditoría Interna del Ministerio de

Educación practicó un examen especial a las Disponibilidades y Transferencias del Proyecto "*Hilando el Desarrollo*" de la Dirección Provincial de Educación Intercultural Bilingüe de Esmeraldas, en el que se encontró indicios de responsabilidad penal, por lo que en cumplimiento de los artículos 66 y 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se emite el informe con indicios de responsabilidad, el mismo que es puesto en conocimiento del Director Regional 5 de la Contraloría General del Estado, Dr. Diego Abad León (fs. 283-284), quien considera que existen suficientes elementos de indicios de responsabilidad penal, que deben ser puestos en conocimiento de fiscalía, como efectivamente aconteció. (…) **7.3.-** En la especie, la responsabilidad de los procesados VICTOR TAPUYO PIANCHICHE y LUIS ALBERTO AÑAPA CIMARRON, está demostrada con las pruebas documentales, aunadas con los testimonios rendidos en el juicio, principalmente los de cargo de fiscalía, que demuestran que los procesados referidos, actuaron de manera consiente en el indubitable propósito de vulnerar el bien jurídico protegido por la constitución, la ley penal y las conexas, esto es que los bienes de la administración pública sean efectivamente utilizados para lo cual estaban destinados, que en el caso en examen fue en contrario; tanto es así que aunque del uso diverso que de los fondos se les haya dado, y que se hubiere beneficiado incluso la administración, es contra ley; porque lo que se protege a través de la norma penal, no es ni siquiera la posibilidad de la disposición de los bienes, sino lo que se tutela es la eficacia, la buena marcha, la disciplina, la organización, no solo en la ejecución del gasto, sino en la utilización de los bienes por parte de los servidores públicos a quienes se sanciona dentro del campo jurídico, repito aun cuando lo hagan en beneficio y para lucro de la propia administración, arbitrio que hace perder por consiguiente el objeto para el cual eran destinados dichos fondos.- Los verbos rectores del delito de peculado, es la de abusar, de disponer arbitrariamente dineros públicos, acción que debe ser dolosa, siendo de considerar al dolo como la deliberada intención de causar daño. (…) **7.4.-** La responsabilidad penal de los encausados, está demostrada con la prueba documental, así como con la testimonial rendida por quienes formaron parte del examen especial, por la de los funcionarios de la misma Dirección Provincial de Educación, los que dan cuenta que a los procesados se le transfirieron indebidamente valores públicos en sus cuentas personales, los que no fueron devueltos en su totalidad, o fueron utilizados para otros fines y a su arbitrio. En contrario, la prueba de descargo de los procesado no llega a desvirtuar la responsabilidad que ellos tienen en la utilización de dichos fondos, más bien confirman sus irregulares actuaciones, cuando en efecto, en el testimonio del procesado VÍCTOR TAPUYO PIANCHICHE acepta dos transferencias sin la debida justificación a su cuenta personal, la primera el 26 de agosto del 2009, por el valor de #30.000, y que el día 27 de agosto del 2009, realizó el depósito de $25.000, a la cuenta corriente personal N° 3419421004 de LUIS ALBERTO AÑAPA CIMARRON, quedando un saldo pendiente de devolución de 5.000 dólares; la segunda transferencia es de fecha 4 de noviembre del 2009, por el valor de 15.687,95 dólares, que hizo la devolución de 15.000 dólares, quedando un saldo de 687,95 dólares; y que dicho valor total no devuelto es de 5.687,95 dólares, los que fueron devueltos mediante justificativos de la siguiente manera: 1.- Pago de alfabetización por un valor de 740 dólares; 3.- La casa del filtro de aceite del vehículo Vitara por el valor de $40,00 dólares; 4.- Librería y Papelería Bolívar por compras de agendas por el valor de 112,05 dólares; 5.- Por depósito como devolución por un valor de 1.500dólares, que da un total de 6.892,65 dólares, es decir tiene un saldo a su favor de 1.204,70 dólares, por lo que jamás hubo un perjuicio económico al estado; manifiesta también "*que en su momento no devolvió completo lo que se le transfirió, porque tenía unos recursos dentro de su cuenta y estaba haciendo unos gastos personales, y no logró los montos por contabilizar, hasta poder sustentarse de cómo y cuánto tenía en la cuenta, que para esos fines (compra de cuatro llantas y agendas) sí había…*".- A su vez, el encartado LUIS ALBERTO AÑAPA CIMARRON acepta que dichas transferencias, las solicitó a través de oficio al Director (Víctor Tapuyo)quien las autorizó; para luego transferir a la cuenta personal del señor Tapuyo Pianchiche en dos ocasiones "*nomás*", a su cuenta y a la de Betty De la Cruz; y fue por necesidad de cubrir pagos pendientes, que no se ha aprovechado en ningún momento de un centavo, por eso él inmediatamente transfirió los recursos a la institución acepta que no es procedentes transferir dineros públicos a cuentas personales, pero que él hizo la consulta y le contestaron en forma verbal.- Cabe resaltar que a la señora Lcda. Betty De la Cruz, también le depositaron dinero sin su consentimiento, pero los mismos que fueron devueltos en su totalidad, por la ilegalidad del acto.- Se precisa además, que se necesitó las pericias de los dos programas en razón que

se ocupaba dineros de un programa para el pago del otro, y de dichos fondos fueron ocupados al libre albedrío en gastos, sin sustento legal alguno de su necesidad, abusando de la calidad de sus cargos, lo que determinó el ilícito que se les acusa.- (…)". [Sic]

SEGUNDO.- Jurisdicción y competencia

Avocamos conocimiento de la causa conforme a lo siguiente:

El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento del artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, 173 del Código Orgánico de la Función Judicial y por la Resolución del Pleno No. 209-2017, renovó un tercio de los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, el 26 de enero de 2018 el Consejo de la Judicatura posesionó a los nuevos jueces nacionales.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2018, de 26 de enero de 2018, conformó sus seis Salas especializadas según el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

El Pleno del Consejo de la Judicatura, en Resolución No.187-2019, de fecha 15 de noviembre de 2019, cesó a los jueces y conjueces que no superaron el "Proceso de Evaluación Integral a los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional".

El Pleno del Consejo de la Judicatura en Resolución No. 197-2019, de fecha 28 de noviembre de 2019, designó a los conjueces temporales de la Corte Nacional de Justicia y junto a la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, en virtud del artículo 200 del Código Orgánico de la Función Judicial, asignaron los conjueces temporales a las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito tiene competencia para conocer los recursos de casación en los procesos de ejercicio público y privado de la acción, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Se llevó a cabo el sorteo de ley para el conocimiento de la presente causa, quedando como resultado del mismo el Tribunal conformado por el doctor Luis Enríquez Villacrés, ex Juez Nacional; por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, ex Juez Nacional; y, por la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En consecuencia, el presente Tribunal quedó integrado por el doctor Wilman Terán Carrillo, Juez Nacional encargado, quien actúa en subrogación del doctor Luis Enríquez Villacrés, ex Juez Nacional, conforme se desprende del oficio signado con el No. 2279-SG-CNJ-ROG, de fecha 19 de noviembre de 2019, suscrito por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia; por la doctora Dilza Muñoz Moreno, Juez Nacional encargada, quien actúa en reemplazo de la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, ex Juez Nacional; y, por la doctora Daniella Camacho Herold, en la calidad antes indicada.

TERCERO.- Validez de la sustanciación del recurso de casación

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo de inicio del proceso, que para el caso in examine son las contenidas en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal.

El recurso de casación fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la Constitución de la República, y conforme las normas procesales previstas en los artículos 349 a 352 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia se declara su validez procesal.

CUARTO.- Fundamentación del recurso y argumentos de los sujetos procesales

Acorde con lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria.

4.1. Fundamentación del recurso de casación.- El abogado Jorge Rivadeneira, defensor técnico del procesado recurrente, ciudadano Luis Alberto Añapa Cimarrón, fundamentó el recurso de casación en los siguientes términos:

(…) señores jueces nosotros hemos interpuesto el recurso de casación a la amparo de lo que se dispone el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal atinente a este proceso, señores jueces la identificación de la sentencia la hacemos en este sentido la sentencia que nosotros impugnamos es de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Esmeraldas, dictada el lunes 10 de diciembre del 2018, a las 11h57, la misma que rechaza el recurso de apelación interpuesto por los dos procesados, señores jueces es menester indicar a ustedes que el tribunal de garantías penales con sede en el cantón Esmeraldas referente a mi representado lo declara en calidad de cómplice del delito tipificado en el artículo 257.1 en armonía con el inciso quinto ibídem del Código Penal imponiéndole la pena de cuatro años

de privación de liberal, señores jueces vamos a determinar cuáles son las causas para esta casación, las causales para esta casación e identificamos dos causales señores jueces la primera falta de motivación en la sentencia y la segunda una indebida aplicación del artículo 43 del Código Penal, cuando lo debido era aplicar el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en concordancia con el artículo 11 del Código Penal y esto subsumido a lo que nos determina el artículo 86 del Código del Procedimiento Penal en este sentido pues debían los jueces ad quem resolver conforme lo dispone el artículo 304-A del Código del Procedimiento Penal esa es la primera alegación de esta defensa que en pocos minutos empezare a desarrollar el mismo; la segunda señores jueces se trata sobre la falta de motivación de la sentencia la misma que la encontramos justamente en el relato que les are en este momento, señores jueces, en base en este argumento debo determinar la parte de la sentencia donde se encuentra la falta de motivación y cuál es su incidencia en la decisión final que adoptan los señores jueces de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, señores jueces en el considerando séptimo de la sentencia se encuentra lo siguiente: "Este Tribunal determina que fiscalía indicó uno sola investigación por dos hechos diferente por cuanto el informe con inicio de responsabilidad penal derivado del examen especial practicado las disponibilidades y transferencia de los valores para la ejecución del proyecto, hilando para el desarrollo de la Dirección Provincial de Educación Intercultural Bilingüe de Esmeraldas por periodo comprendido entre dos de enero del dos mil seis y el treinta y uno de julio del dos mil diez, existen dos comentarios el uno referente a los valores presuntamente recibidos por el director financiero de la Dirección Provincial de Educación Intercultural Bilingüe de Esmeraldas no depositados, no descontados de los roles de pago de quienes pertenecían a la asociación de empleados de dicha entidad y el otro comentario es concerniente a las transferencias realizadas por el señor Luis Alberto Añapas Cimarrón en calidad de director financiero de la Dirección Provincial de Educación Intercultural Bilingüe de Esmeraldas, (… sigue lo siguiente la base (intervención Juez Ponente) señores jueces es en el punto siete, en la siguiente página de la sentencia cuando empezamos tipifica a la terciaba línea de la siguiente hoja del considerando séptimo, en autos consta que la Dirección Nacional a la siguiente página ahí se encuentra, en la terciaba línea de donde empieza el considerando séptimo a la siguiente página.(Intervención juez Ponente) continua, viene la Corte Nacional de Justicia y de ahí viene el desarrollo de lo que es el hecho que se está, que se investigó. Prosigo su señoría dice la base del impulso de la acusación fiscal tiene que ver con el examen especial hecho al mencionado organismo Educativo que se contrae al hecho de las transferencias antes indicadas donde ambos procesados están involucrados mientras que lo diferente a lo relatado en el primer comentario del aludido informe solo se involucra al señor Luis Alberto Añapas Cimarrón, sería ilógico por consiguiente que este proceso penal se juzgue otro hecho en el que no se menciona como participe al procesado Tapuyo Piachiche por lo que el Tribunal enfoca el presente fallo únicamente en relación al tema de las transferencias hecho respecto del cual la existencia material de la infracción y la responsabilidad de los ciudadanos encartados se han comprobado más allá de toda duda razonable, identificamos esta parte de la sentencia señores jueces por cuanto conforme lo determina la Corte Constitucional en sus diferentes fallos y visto lo que he relatado señores jueces se vulnera en principio o el requisito de lógica y de comprensibilidad por cuanto no se entiende como si existe dos hechos y después dice que fiscalía estos dos hechos subsume en un solo hecho, como es que los jueces subsanan este error de fiscalía para luego después sancionar las conductas de los dos ciudadanos los jueces nada más pueden en este caso pues, justamente convalidar omisiones de derecho, en este sentido se vulneran estos dos requisitos exigidos por la Corte Constitucional lo cual si afecta gravemente a la decisión de la causa por cuando si decimos que son dos hechos porque en este caso los juzgadores nada más, porque no, dijeron en su momento oportuno si son dos hechos que se investigó entonces existe una negligencia por parte de fiscalía debieron haberse abierto pues dos investigaciones fiscales y ahí si pues continuar con el tramite previsto en la ley penal atinente a ese proceso no se hizo eso y en este sentido esta defensa técnica pues los jueces debieron actuar estableciendo que esto sería una nulidad procesal contenida en el artículo 330.3 del Código de Procedimiento Penal que es ateniente a esta causa esa es primera alegación señores jueces de esta defensa. Respecto a la segunda causal de casación que es la indebida aplicación señores me atrevo a determinar lo siguiente por que decimos que existe una indebida aplicación del artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, si es que no se diera pasó a la primera causal señores jueces decimos esto porque a mí representado pues se lo juzga como cómplice de

este delito obviándose lo que indica la sentencia señores jueces que en su parte pertinente en el considerando 7.3 indica esto "El Licenciado Víctor Tapuyo Pichinche "fojas 219-220" en respuesta al oficio número 005 DPEIPE–P-EIM-2015 del Doctor Emiliano Iturre Montaño perito de la fiscalía cuando le manifiesta: "(…) los valores devueltos, mediante cheques por la Asociación de Funcionarios y Empleados de la Dirección Provincial de Educación Intercultural Bilingüe de Esmeraldas, al Señor Luis Alberto Añapas Cimarrón, Jefe Administrativo y Financiero para que sean depositados en la cuenta de la institución por el valor de $ 9.523,00, se depositó en la CAJA CHICA de la institución con miras de dar mayor agilidad y atención a las solicitudes institucionales. Además como máxima autoridad al conocer que los recursos económicos fueron depositados en la CAJA CHICA DE LA INSTITUCIÓN, sentí una preocupación ya que estos recursos no sean destinados para otros fines que no sea institucional, pero me arriesgué y reuniendo a los responsables financieros, di las recomendaciones inmediatas y contundentes para que ni un centavo sea destinado para los fines sino dar prioridad a la planificaciones y solicitudes institucionales atrasadas y replanificadas, (…)", de la lectura que acabo de dar señores jueces existe una indebida aplicación del artículo 43 cuando no se toma en consideración el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado al momento en que estos valores que son detallados en la sentencia fueron dispuestos o existió una disposición parte de una autoridad que en este caso era el director el señor Víctor Tapuyo Pianchiche así mi represento el señor Luis Alberto Añapa Cimarrón, así dentro del proceso pues existe prueba documental que así lo justifica en donde le dispone que mi representado haga todas estas transferencias y en virtud de eso pues no existiría señores jueces responsabilidad penal para mí representado por cuanto existe una disposición o existe un mandato de una autoridad que en este caso está por encima de él y en este sentido la Ley Orgánica es muy tajante al mencionar que cuando existe eso no existiría responsabilidad penal para él, sino para la persona que en este caso le autoriza o le dispone en él, peor de los casos señor Juez sería tal vez una culpa y no sería el dolo el que se necesita justamente en este delito tipificado en el artículo 257 del Código Penal al no establecerse ese presupuesto pues jamás podría haberse responsabilizado de este hecho a mi representada esto colige señores jueces en lo que determina el artículo 11 del Código Penal que dispone; "Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto en la ley como infracción si al acontecimiento dañoso peligroso fe que depende la existencia de la infracción no hay consecuencia de su acción u omisión.", esto señores jueces trae también un error de derecho en cuanto a la valoración del conjunto de toda la prueba y eso sí se lo puede hacer en el recurso de casación, la Corte Nacional de Justicia en muchos fallos pues ya ha referido sobre esto, que cuando existe una errónea valoración de la prueba que traduce en una incorrecta resolución por parte de los señores jueces puede resolverse en casación entonces estos señores jueces nos da la pauta para ir al artículo 304–A del Código de Procedimientos resolver declarando la inocencia de mi defendido señores jueces están han sido las dos causas por las cuales hemos interpuesto el recurso de casación esperando que las mismas sean aceptadas y se declaró por la inocencia de mi defendido y se levanten todas las medidas cautelares que pesan sobre él. [Sic]

4.2. Contestación al recurso de casación.- La Fiscalía General del Estado, a través de su delegada, la doctora Paulina Garcés Cevallos, expresó:

(…) ante todo debo señalar que debo comenzar por la parte inicial que tiene relación con el tema constitucional debo indicar y recordar a usted que el señor abogado ha hecho relación a la falta de motivación jamás ha indicado cuál es la norma sobre la que se fundamenta esta argumentación, jamás nos dijo que la falta de motivación es un requisito constitucional contenido en el artículo 76.7.l) de la norma Constitucional, simple llanamente hizo una argumentación sobre la motivación que no realmente, ni siquiera, a menciona cuál es la norma que la contiene, luego nos dijo que esta falta de motivación está en el considerando séptimo de la sentencia y leyó para ello algunas partes del considerando séptimo fojas 23 de la sentencia en donde se desarrolla las consideraciones que hace la Sala para poder emitir su decisión final, leyó en la primera parte en relación con los temas probatorios, pero luego se refirió al considerando 7.3, dio lectura sin embargo no sé, creo que hay un error del señor abogado porque el 7.3 de la sentencia que es motivo casacional habla sobre la responsabilidad de los procesados Víctor Tapia Pianchiche y Luis Alberto Añapas Cimarrón como ésta se demuestra con todas las pruebas que fueron incorporadas al proceso en forma legal que fueron analizadas habla sobre los verbos rectores del delito indica que los acusados aceptaron en sus testimonios porque eso es verdad, en sus testimonios aceptan que los dineros fueron depositados en sus cuen-

tas personales y que luego es que empiezan a devolver estos valores, pero que estos usaron estos dineros para beneficiarse personalmente pues por eso estaban en sus cuentas personales y no coincide con aquellos el señor abogado leyó, no ha indicado claramente dónde están los errores; sobre la vulneración del principio de la motivación nos ha dicho que se violenta los requisitos de la lógica y de la comprensibilidad porque los jueces a subsanado un error cometido por la fiscalía, dejo claro que el recurso de casación se relaciona con errores de derecho que comete el órgano de jurisdicción penal, porque es el único capaz de administrar justicia la fiscalía no es un órgano de administrador de justicia sino de investigación de delito y aquí todo se subsume a este error, a esta negligencia que dijo incluso entre comillas por falta de la fiscalía lo cual evidencia que no estamos muy claros que es un recurso casacional como he dicho el recurso casacional no se centra su naturaleza no está dada para analizar las actuaciones de fiscalía sino exclusivamente las decisiones del órgano jurisdiccional es decir contrastar la sentencia con la ley para ver dónde se encuentra el error, y, en este caso no ha podido hacérselo pues no existe realmente ninguna posibilidad de que los errores que comenten la Fiscalía General del Estado puedan ser comparables o puedan ser subsanados con el recurso casacional, ha dicho que los jueces han subsumido, han arreglado, han subsanado un error de derecho cometido por la fiscalía porque eran dos temas que se tratan en este caso, lo cual me da a entender que no se ha revisado el proceso y que no se revisó tampoco la sentencia pues debemos considerar que en este caso en la audiencia preparatoria en juicio es que se acumularon los dos casos porque ambos tienen relación con el dinero que se recibió esta Dirección de Estudios Bilingüe y tenía dos proyectos, el uno es Dolores Caguango y el otro es Ilando para el desarrollo considerando los jueces los sujetos procesales al momento de la audiencia preparatoria del proceso y tengo que volverme allá, lamento mucho pero hay que dejar en claro la verdad procesal en esos momento es que se acumularon los dos procesos en ese momento ha pedido justamente del propio juzgador y de la fiscalía y los demás sujetos procesales intervinientes entre ellos el hoy recurrente eso se produce legalmente, no es que la Corte o que el juez del Tribunal ha subsumido y acumulado proceso, no, esta acumulación se dio como he referido en tantas ocasiones ya en la audiencia preparatoria de juicio por lo tanto ni siquiera se conoce cuál es el fundamento del proceso, no es verdad por tanto entonces, que aquí existe un motivo de nulidad y aquí está pidiendo el recurrente que se declare la nulidad procesal de conformidad a lo que dispone el artículo 330.3 del Código Procesal Penal, aplicable a este caso y eso también nos demuestra que no estamos claros que es el recurso casacional, la casación no tiene su esencia, no es comparable, no es asimilable no puede subsumida tampoco a la nulidad, nulidad y casación no son sinónimo son cuestiones absolutamente diferente y creo que debemos conocer básico por lo menos la diferencia entre el uno y el otro, el recurso de casación es un recurso que ataca la sentencia por falta de aplicación o por equivoco al aplicarse la norma, la nulidad tiene que ver como un castigo al error que produce al juzgador al momento que produce al tramitar un proceso, de tramitar el proceso entonces no son las mismas cosas, el uno tiene relación con los errores in procedendo la el recurso casacional va con los errores in iudicando, no se puede pedir este tipo de cosas dentro de este recurso no son lo mismo, luego en este caso también dice que no se entiende la decisión vuelvo a decir entonces no se ha leído la sentencia porque si al leer la sentencia estaríamos claros que todos los informes pericial tienen relación y tienen absoluta coherencia con aquello que los sujetos procesales y en especial el señor Luis Alberto Añapa Cimarrón indican en el proceso por lo tanto no cabe esta primera fundamentación; segundo se dice que hay una indebida aplicación del artículo 43 del Código Penal que tiene relación con la complicidad pero no nos dice por qué. Porque esta indebidamente aplicada, más bien creo que él ha sido favorecido el señor Añapas Cimarrón con una aplicación de complicidad con su participación en realidad fue directa, en este caso como existe la imposibilidad de agravar su situación debemos mantenernos en este principio de complicidad pero no se ha dicho porque razón la complicidad no era aplicable para él, creo que debe haberse aplicado la autoría directa, sin embargo en este caso el recurrente nada nos indica sobre la indebida aplicación no nos dice nada, nos dice que en el considerando 7.3 de la sentencia se encuentra el argumento sobre el que debe tratarse y el considerando 7.3 lo que nos dice es señora jueza si usted me lo permite voy a dar lectura breve a las tres primeras líneas para que vea que no era posible con aquello que aquí fue leído, "7.3 en la especie, la responsabilidad de los procesados VÍCTOR TAPUYO PIANCHICHE Y LUIS ALBERTO APAÑA CIMARRÓN, está demostrada con las pruebas documentales, anuladas con los testimonios rendidos en el juicio, principal-

mente los de cargo de fiscalía, que demuestran que los procesados referidos, actuaron de manera consciente en el indubitable propósito de vulnerar el bien jurídico protegido por la Constitución, la ley penal y las conexas, esto es que los bienes de la administración pública sean efectivamente utilizados para lo cual estaban destinados, que en el caso en examen fue en contrario; y sigue luego hablando de los verbos rectores etc. del delito de peculado, por lo tanto no entiendo cuál es la indebida aplicación que tiene que ver este argumento que hace la Corte de apelaciones sobre el verbo rector que tiene que ver con la indebida aplicación del artículo 43 nada absolutamente nada luego nos hace una tercera argumentación sobre la valoración indebida de la prueba debo recordarle al Señor abogado y a ustedes también señores jueces que en el escrito con el que se presentó el recurso de casación se habló de otros argumentos, se habló de la errónea interpretación de la ley sobre la valoración de la prueba y sobre otros argumentos que hoy no han sido aquí sostenidos ni aclarados y sobre la valoración indebida de la prueba lo único que se evidencia es que se les está pidiendo a ustedes que hagan una nueva revalorización, no existió argumentos que diga que leyes de la sana crítica han sido violentadas cómo estás se mal interpretaron, se mal utilización para hacer esta valoración probatoria las reglas de la lógica de la psicología de la ciencia, absolutamente nada se ha dicho por lo tanto en esta tercera parte no hubo argumentación alguna considero que ni siquiera cabe ser un argumento de respuesta a algo que no está sostenida. Por esa razón considera la fiscalía que no existiendo ningún argumento que pueda fundamentar un recurso casacional pues estamos equivocándonos entre el recurso de nulidad que se ha pedido que ustedes declaren la nulidad procesal y no el tema casacional consideró y pido a ustedes que se declara este recurso improcedente (…) [Sic]

4.3. Contestación al recurso de casación.- La Contraloría General del Estado, a través del abogado René Yánez, refirió:

(…) dentro del presente proceso en esta diligencia señora juez acoge todo lo manifestado por fiscalía y en especial señora juez solicitó se considere que si bien es cierto la norma exige o establece que el recurso de casación debe ser fundamentado en esta audiencia pero también la doctrina establece doctora que el escrito en el que mediante el cual se interpone recurso de casación debe precisar cuál es la causal o las causales que se va a fundamentar en esta diligencia, señora juez sólo debo indicar que mediante escrito presentado por el hoy recurrente lunes 17 de diciembre del 2018 a las 15h30 en el que interpone recurso de casación no se ha fundamentado de forma adecuada en esta diligencia por parte de la defensa técnica del hoy recurrente por lo tanto solicito se rechace el pedido de casación formulado en esta diligencia, gracias señora jueza. [Sic]

4.4. Intervención del procesado no recurrente.- El doctor Paúl Guerrero Godoy, Defensor Público, en representación del señor Víctor Tapuyo Pianchiche, señaló:

(…) debo manifestar que esta audiencia con intervención de las partes no se ha vulnerado ningún derecho del representado no recurrente. [Sic]

QUINTO.- Consideraciones del Tribunal de Casación.

5.1. Sobre el debido proceso y la seguridad jurídica

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** (...). (Lo resaltado nos corresponde).

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.

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" (...)

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"[1].

ii. "En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales). Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in peius, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc."[2].

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"." (Sic)

La ex Corte Constitucional del Ecuador, sobre la seguridad jurídica, razonó:

"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."[3] (Sic)

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 procedi-

[1] Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.
[2] Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.
[3] Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 0849-13-EP, de fecha febrero 4 de 2015.

miento". 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." (Sic)

Sobre la naturaleza del recurso de casación, la ex Corte Constitucional del Ecuador, 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, planteó 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 la sentencia en referencia a estas tres circunstancias.

Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos 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 (...)" (Sic)

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.

Criterios del máximo intérprete de la Constitución de la República del Ecuador, que como norma suprema, deben guiar, junto con los instrumentos internacionales de derechos humanos, el desarrollo de los razonamientos de este Tribunal respecto al recurso de casación, para dar respuesta a los reclamos expuestos en la respectiva audiencia.

5.2. Sobre la naturaleza y límites del recurso de casación

El recurso de casación es un medio extraordinario de impugnación previsto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en contra de las sentencias de segundo nivel que resuelvan sobre la existencia del delito y la responsabilidad de las personas procesadas. Para explicar a los sujetos procesales, y a la sociedad, las restricciones propias del recurso de casación en su naturaleza extraordinaria, limitada y técnica; es necesario partir desde el reconocimiento de los derechos de los sujetos procesales a recurrir y la coherencia de la casación en el sistema recursivo previsto en el ordenamiento jurídico.

Como medio de impugnación, su ejercicio es expresión del derecho de los sujetos procesales a recurrir de las decisiones judiciales que consideran les afectan; derecho recogido en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76.7.m), que establece:

> "**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
> (...)
> 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
> (...)
> m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos."

Derecho recogido también por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, reconocidos y ratificados por el Estado ecuatoriano:

- El artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece:

"**Artículo 8.**
Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley."

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce:
"**Artículo 14.-**
(...)
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. (...)"
- Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, expresa:
"**Artículo 8.- Garantías Judiciales.**
(...)
h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."
"**Artículo 25.- Protección Judicial.**
1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales."

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha fijado los estándares mínimos que deben cumplir los Estados a través de su ordenamiento jurídico para garantizar el derecho a recurrir, entre los principales: no obstaculizar los mecanismos de impugnación[4]; prever los recursos que garanticen de manera efectiva los derechos de la persona[5]; la sustanciación de los recursos se debe apegar al marco del debido proceso[6] y tener como objeto la protección de la persona frente a la arbitrariedad[7]; el derecho a la doble instancia a través de la revisión íntegra de la decisión judicial[8]; y, que los recursos son efectivos aun cuando su resolución no sea favorable a la pretensión de quien los propone[9].

El ejercicio de este derecho no es ilimitado, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que está sometido al respeto de las reglas del debido proceso, entre ellas el principio de legalidad; sin que las normas por las que están regulados implique un obstáculo para el ejercicio del derecho a recurrir; criterio que toma fundamental importancia en lo que respecta a los recursos extraordinarios, como es el que nos ocupa.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional para el Período de Transición en la sentencia No. sentencia 008-13-SCN-CC de 14 de marzo de 2013, en referencia a los casos acumulados, sobre la legalidad de los recursos, 0033-09-CN, 0012-10-CN, 0026-10-CN, 0029-10 CN, 0033-11-CN, 0040-11-CN,0052-11-CN, 0016-12-CN, 0344-12-CN, 0579-12- CN, 0598-12-CN, 0622-12-CN, 0623-12-CN y 0624-12-CN; decisión en la que concluyó:

> "(...) la facultad de recurrir un fallo o resolución no tiene carácter absoluto. El legislador, para garantizar el ejercicio simultaneo y completo de todos los derechos constitucionales, así como el cumplimiento de los deberes y obligaciones de los ciudadanos, tiene la facultad para delimitar el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal m de la Constitución, siempre que con ello no afecte su núcleo esencial (...)".

De todo lo anotado se puede colegir que, en materia penal, el derecho a recurrir, en respeto de los estándares internacionales de derechos humanos, se ejerce por parte de los procesados y se garantiza en toda su expresión por el Estado a través del recurso ordinario de apelación, como aquél que se habilita con el simple reclamo de los sujetos procesales y permite la íntegra revisión del fallo condenatorio, tanto en la tramitación del proceso, los antecedentes fácticos fijados a través de la revisión de la valoración de la prueba y los hechos fijados en el

[4] Corte IDH, Caso Hilaire Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de fondo de 21 de junio de 2002, párr. 151 a 152.
[5] Corte IDH, Caso 19 comerciantes vs. Colombia, sentencia de fondo de fecha 05 de julio de 2004. párr. 192 y 193.
[6] Corte IDH, Caso masacre de Mapiripan vs. Colombia, sentencia de fondo, 15 de septiembre de 2005, párr. 195.
[7] Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia de fondo, 19 de septiembre de 2006, párr. 126 a 130
[8] Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de fondo, 17 de noviembre de 2009, párr. 82 a 91
[9] Corte IDH, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia de fondo, 20 de junio de 2005, párr. 82 y 83.

Tribunal *a quo*, como de la aplicación del derecho; pues permite confirmar o rechazar los fundamentos de la decisión de primera instancia y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, al mismo tiempo que brinda mayor seguridad y tutela a los derechos de las personas sometidas al poder punitivo del Estado.

De ahí la necesidad jurídica de los procesados y exigencia por parte de la administración de justicia de agotar el recurso ordinario de apelación y cumplir con la doble instancia, de manera previa a pretender el recurso de casación; por eso el carácter extraordinario del medio de impugnación que nos ocupa.

De esto también se deriva su carácter limitado; pues el recurso de casación no permite una revisión íntegra de la decisión judicial reprochada como sí lo hace el de apelación; la materia y objeto de estudio del medio de impugnación que nos ocupa son exclusivamente los errores en el proceso racional de los jueces sobre la intelección y aplicación de la ley, expresado y contenido en la sentencia del Tribunal de segunda instancia, siendo imposible para el Tribunal de Casación en su decisión el análisis de instancias o momentos procesales previos a la decisión susceptible de casación[10].

Asimismo es limitado, pues no se trata de una tercera instancia, no todo error ni toda inconformidad es motivo para proceder con el análisis propio de la casación, sino solamente aquellos contenidos taxativamente (principio de taxatividad) en las causales previstas de manera exclusiva en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; estas son contravención expresa del texto de la ley, indebida aplicación o errónea interpretación de la ley.

De manera general se considera violación a la ley por contravención expresa a su texto, cuando el juzgador no aplica una disposición jurídica para resolver la cuestión puesta en su conocimiento, pese a que, después de la valoración probatoria, los hechos considerados probados guardan identidad con los presupuestos de hecho previstos en la norma cuya aplicación se ha omitido.

La indebida aplicación de la ley es un error en la selección de la norma, que ocurre cuando el juzgador aplica una norma diversa a la que corresponde al caso puesto en su conocimiento y resolución. La indebida aplicación, por lo general, conlleva a la falta de aplicación de otras normas relacionadas, jurídicamente, con la norma que debía aplicarse correctamente.

La interpretación errónea se produce cuando, aun eligiendo la norma correcta, se le atribuye un sentido jurídico que no tiene, es decir, se va más allá del contenido de la norma y su alcance, produciendo un efecto que el legislador no previó, lo que puede provenir de un error de intelección por inadecuada preparación de la persona encargada de aplicarla.

Cada una de estas causales responde a un error específico sobre la aplicación de la ley y son excluyentes entre sí, pues por su naturaleza no pueden presentarse simultáneamente en relación a la misma norma, de lo que deviene la obligación del censor de presentar sus reclamos de manera autónoma (principio de autonomía de los cargos de casación), para evitar caer en una proposición jurídica contradictoria.

Es técnico pues no todo reclamo habilita el análisis de casación, corresponde al recurrente la carga procesal de demostrar los errores que reprocha, por lo que para su presentación y fundamentación la defensa de quien lo pretende debe conocer las particularidades de cada causal legal, y referirse de manera independiente, lógica, completa y correcta, exclusivamente a la violación concreta de la ley según la circunstancia invocada sin incurrir en pedidos de valoración de prueba, ya que en atención al segundo inciso de la norma referida, que ordena "No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba", para el Tribunal de Casación está vedado el análisis de los elementos probatorios.

La prohibición de "volver a valorar la prueba", significa que este órgano juzgador no puede emitir juicios de valor sobre los elementos probatorios actuados en el juicio y analizados por los juzgadores de instancia, respecto a las reglas que la ley exige

[10] Sin perjuicio del correspondiente ejercicio del control de legalidad del proceso o del control de constitucionalidad en cuanto a la motivación de la decisión, siempre que no se puede subsanar mediante la casación, en cumplimiento del rol garante de los jueces, y la aplicación directa de la Constitución de la República del Ecuador.

para dar valor a la prueba, previstas en los artículos 79 a 90 del Código de Procedimiento Penal, sin perjuicio de las reglas específicas para cada tipo de prueba (documental, testimonial y material), en especial:

a. Legalidad de la prueba (art. 83 CPP).- por el cual los juzgadores otorgan valor a la prueba solamente su esta ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones del Código adjetivo penal. Asimismo, este criterio es el que permite al juzgador excluir toda información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad; u, obtenida a través de procedimientos que hayan inducido al infractor a la comisión del delito.
b. Apreciación según las reglas de la sana crítica (art. 86 CPP).- estas reglas son las que permiten a los juzgadores motivar la fijación del relato fáctico y transmitir a los sujetos procesales y la sociedad las razones por las que arriba a sus conclusiones fácticas y a la certeza o no sobre la existencia material de la infracción o la responsabilidad de los procesados.
c. Objeto y finalidad de la prueba (arts. 83 y 84 CPP).- los sujetos procesales tienen libertad para investigar y practicar pruebas sobre hechos y circunstancias de interés para el caso, siempre que no contravengan la constitución, la ley y los derechos de otras personas. Asimismo, las pruebas actuadas deben permitir establecer la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado. Criterios de los que nacen juicios de valor sobre la pertinencia, suficiencia o conducencia de la prueba actuada para cumplir con su objeto y finalidad.

Los criterios de valoración descritos en párrafos anteriores son de carácter general. El Código de Procedimiento Penal establece reglas específicas para la valoración de pruebas en función de a qué tipo corresponde: material, documental o testimonial.

Es decir, que cualquier reclamo que exija al Tribunal la calificación de un elemento probatorio respecto a cualquiera de estos criterios contraviene la prohibición de valoración probatoria contenida en el segundo inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Cabe aclarar que sí es posible un cargo sobre los errores de interpretación o aplicación de una de estas reglas siempre y cuando se refiera exclusivamente a la intelección del juzgador sobre la misma (al proceso racional de su aplicación o interpretación) y no se incurra en un pedido de juicio de valor de un elemento probatorio.

En este orden, el carácter limitado y extraordinario del recurso de casación, al estar sometido a las reglas del debido proceso y al principio de legalidad, no permite la revisión integral de las decisiones impugnadas, facultad que corresponde exclusivamente al recurso de apelación con el cual se cumplen con los estándares internacionales del derecho a recurrir; y, limita el ámbito de actuación del órgano censor, en lo principal[11], al control de la correcta aplicación de la ley en las decisiones judiciales de segunda instancia; y, al ser la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (máximo órgano de administración de justicia ordinaria) la única competente para resolver estos recursos en todo el territorio nacional; con el transcurso de sus resoluciones se unifican los criterios de aplicación de la ley en interés de la seguridad jurídica y el debido proceso y en defensa de los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

En conclusión, el recurso de casación tiene como principal objeto la verificación de la correcta aplicación de las normas en la decisión judicial que se revisa vía este medio de impugnación, garantizando así el derecho de las partes a la seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva. En segundo plano, al garantizar los derechos en cada caso concreto, en suma cumple con un objeto de interés público, el respeto de la ley en las decisiones

[11] Sin perjuicio de la aplicación directa de las normas de la Constitución de la República del Ecuador y de instrumentos internacionales sobre derechos humanos; así como, del ejercicio del control de legalidad del trámite a través de la declaración de la nulidad, en virtud de los artículos 330 y 331 del Código de Procedimiento Penal.

judiciales violatorias de la misma, que al ser competencia de la máxima autoridad de justicia ordinaria propende a la uniformidad de la jurisprudencia y fijar para los administradores de justicia los criterios sobre la aplicación de la ley.

Con esta breve explicación de la naturaleza del recurso de casación, los fundamentos de su carácter extraordinario, técnico y limitado; y de la prohibición legal de valoración de prueba se procede a analizar los fundamentos de la defensa técnica del procesado.

5.3. Sobre la materia del recurso de casación.

Como se expresó en el apartado anterior, el recurso de casación, a partir de las reformas al Código de Procedimiento Penal, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 555, de 24 de marzo de 2009, es medio de impugnación de las sentencias de segunda instancia, y exige a quien reprocha la decisión de la Corte de Apelación, indique al Tribunal de Casación los cargos que imputa a dicha resolución, en qué forma estos cuestionamientos configuran las causales taxativas del artículo citado y, además, el perjuicio que se le ha irrogado a un derecho.

La defensa del recurrente presentó ante este Tribunal los siguientes reproches:

i. Falta de motivación de la sentencia incoada.
ii. Indebida aplicación del artículo 43 del Código Penal.

En tal virtud, corresponde pronunciarnos, de forma individualizada, al respecto de estos puntos, siendo así, tenemos:

5.3.1 Falta de motivación de la sentencia incoada.

A fin de dar respuesta a este reproche, este órgano jurisdiccional considera necesario revisar las reglas de la motivación y los estándares internacionales, constitucionales y legales que permiten determinar si una decisión cumple o no con esta garantía.

La motivación de las decisiones judiciales es una de las garantías básicas del debido proceso y un componente fundamental del derecho a la defensa, contenida en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador; en virtud de los artículos 11.3 y 426 ibídem, y, 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, es obligación de los jueces aplicar directamente las normas constitucionales, tanto más que los derechos consagrados en la norma jurídica suprema son de inmediato cumplimiento y aplicación.

El debido proceso es un derecho consagrado en la Constitución en su artículo 76, y una de sus garantías básicas es la emisión de decisiones motivadas, misma que debe aplicarse de forma directa, por lo que todos los órganos jurisdiccionales deben emitir sus resoluciones respetando esta norma; deviene de manera lógica y natural que por la interposición de un recurso, las juezas y jueces a quienes corresponda conocer y resolver el medio de impugnación, tienen que cumplir con tal obligación y verificar que la decisión puesta en su conocimiento haya aplicado las normas constitucionales, esto en virtud de la disposición del artículo 76.1 de la Constitución de la República del Ecuador, que estatuye que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

La garantía de la motivación como obligación de las juezas y jueces en la emisión de sus resoluciones, es fundamental para el respeto y ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales, pues, en palabras de la Corte Constitucional para el periodo de transición, permite conocer "*el fundamento por el cual se pronunció en determinada forma el juez 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*"[12].

La obligación de motivar se articula plenamente con el derecho de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, de manera que, las ciudadanas y ciudadanos no queden en indefensión y confíen en el sistema de administración de justicia.

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

"**Artículo 8. Garantías Judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable,

[12] Ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición, sentencia No. 048-11-SEP-CC, de 08 de diciembre del 2011, en el caso No. 1252-10-EP.

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."

En base a esta norma, sobre la motivación de las sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tristán Donoso vs Panamá[13] se expresó en los siguientes términos:

"(…) 152. En cuanto a lo alegado por los representantes sobre la falta de motivación de la sentencia respecto de la divulgación de la conversación telefónica, la Corte ha señalado que la motivación 'es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión'[134]. **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[135].

153. **El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias**[136]. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, **en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiore**s. 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[137].

154. La Corte ha precisado que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, si no que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha[138]. (...)" (El énfasis nos corresponde)

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación es una de las "debidas garantías" del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para salvaguardar el derecho a un debido proceso. En atención a los deberes convencionales del Estado, es obligación de todas las autoridades públicas, en específico los órganos jurisdiccionales, aplicar esta garantía, y por la interposición de un recurso, velar que haya sido aplicada por parte del juez inferior.

El mandato constitucional del artículo 76.7.l), es expreso y claro:

"**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". (El énfasis nos corresponde)

En consecuencia, es preciso afirmar que esta norma establece dos requisitos de cara a cumplir con la garantía de la motivación, siendo estos:

i) La enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión; y,

ii) La explicación la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

La mentada disposición, pese a no requerir ley para

[13] Corte IDH, caso Tristán Donoso vs Panamá, Sentencia de 27 de Enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 152, 153. Las referencias de la cita corresponden a las siguientes:

[134] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107, y Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 77.

[135] Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo'), supra nota 134, párr. 77.

[136] Cfr. Caso Yatama, supra nota 10, párr. 152; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, supra nota 134, párr. 107, y Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo'), supra nota 134, párr. 78.

[137] Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo'), supra nota 134, párr. 78.

[138] Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo'), supra nota 134, párr. 90.

ser aplicada directamente por todos los jueces, está replicada en el ordenamiento jurídico infraconstitucional, y por tanto materia propia de la casación. El Código Orgánico de la Función Judicial, al desarrollar la norma constitucional, tanto del rol garantista de los jueces como de la garantía constitucional y legal de motivación de las decisiones judiciales, establece:

> "Art. 4.- PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial **aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía**. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. (...)" (El énfasis nos corresponde)
>
> Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- **Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución**, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...)
>
> 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. **Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados <u>serán nulos</u>**; (...)" (El énfasis nos corresponde)

En materia penal, que es la que nos ocupa, el Código de Procedimiento Penal, establece la obligación de los jueces de motivar sus sentencias, en los siguientes términos:

> "Art. 304-A.- 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."

Por las normas citadas, los jueces, a efecto de cumplir con su rol primigenio de garantes de derechos, por disposición expresa constitucional, en aplicación directa de normas internacionales de derechos humanos, de la Constitución y de la ley, deben respetar la garantía de la motivación en sus decisiones; y, de mediar un recurso, tienen el deber y la facultad de analizar la sentencia impugnada para determinar si se encuentra o no inmersa en lo establecido en los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Es lógico considerar que al no encontrarse motivada la sentencia, y por tanto nula, este Tribunal no puede referirse a los argumentos expuestos en el marco del recurso de casación sobre una decisión inválida. Es necesario insistir, toda vez que encaminar el razonamiento jurídico bajo una línea de análisis diferente implicaría el desconocimiento y la inobservancia de derechos establecidos en la Constitución y la ley, en especial los principios de economía y lealtad procesal.

Considerando que la Corte Constitucional del Ecuador cesada en sus funciones por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) Transitorio el 31 de agosto de 2018, estimó que es su competencia exclusiva el uso de las herramientas fijadas por su antecesora para la determinación de la motivación o no de una decisión judicial[14], criterio que no ha sido revisado hasta la fecha de esta decisión por la actual Corte Constitucional; el Tribunal de Casación, para evitar conflicto con tal criterio, y en cumplimiento de las disposiciones de la Constitución y la ley, realizará el análisis de motivación sin referirse a los estándares de lógica, comprensibilidad y razonabilidad.

Por lo tanto, es necesario remitirse a preceptos procedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como normativa nacional respecto a qué requisitos debe reunir un fallo para encontrarse motivado. A los que ya se hizo referencia.

Bajo los parámetros enunciados, la argumentación del razonamiento judicial en la sentencia debe demostrar que los argumentos relevantes de las partes procesales han sido debidamente tomados en cuenta, lo que demostraría que han sido oídas y sus peticiones contestadas de manera adecuada según la naturaleza de la decisión.

Asimismo, la construcción del razonamiento judicial debe ser lógico, es decir, que exista una relación coherente y de fácil comprensión entre las

[14] Así lo fijó en la sentencia No. 088-17-SEP-CC, dictada en el caso No. 2040-15-EP, de 29 de marzo de 2017.

premisas fijadas por el órgano juzgador y la conclusión a la que arriba; asimismo, en relación a este parámetro, debe constar que se hayan fijado los hechos considerados demostrados fruto de un análisis de la prueba y se hayan enunciado las normas y principios jurídicos que fundamentan la decisión, explicando la pertinencia de su aplicación al caso concreto, de conformidad con el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador.

En la especie, el encartado, refiere que el fallo dictado en segunda instancia por parte de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, no se encuentra motivado, pues afirma que no cumple con los requisitos de lógica y de comprensibilidad, ya que cuestiona que al existir dos hechos, estos hayan sido subsumidos en uno sólo por parte de la Fiscalía, por lo que sostiene que su accionar fue negligente ya que debieron emprender dos investigaciones para luego seguir con el trámite previsto en la ley; además, confronta la labor de los juzgadores por no haber subsanado este particular, cuando, a su pensar, debían emitir un pronunciamiento de nulidad procesal, al amparo de lo que determina el artículo 330.3 del Código de Procedimiento Penal.

Del fundamento vertido a fin de dar soporte al mencionado reproche, constatamos que el mismo resulta ser sumamente genérico, pues a ningún momento expresa cuál ha sido el razonamiento judicial que amerita errado, ni tampoco ha reflexionado al respecto de si el mismo es insuficiente, incompleto e inexistente, dejando entrever tan solo su expresa inconformidad con el accionar de Fiscalía, y un supuesto vicio *in procedendo*, mismo que no ha sido declarado en las instancias inferiores ni en esta sede, pues no se ha encontrado mérito alguno para el efecto, tanto más que no se ha constatado incompetencia de alguno de los juzgadores que han intervenido en la presente causa, no se ha verificado incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos en el artículo 309 del Código Adjetivo Penal, ni tampoco se ha encontrado violación de trámite alguna que haya influido en la decisión de la causa.

Ahora bien, en nuestra calidad de juzgadores garantes de los derechos y principios constantes en la Constitución de la República del Ecuador y en la ley, de la revisión del fallo dictado por el *adquem*, constatamos que en el mismo se encuentra que la construcción del razonamiento judicial es lógica, pues se explica con claridad y coherencia la relación entre sus premisas y la conclusión a la que se arriba; se encuentran los hechos considerados como probados, se enuncian las normas y principios jurídicos que fundamentan la decisión, explicando la pertinencia de su aplicación al caso concreto, de conformidad con el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 304.A del Código de Procedimiento Penal; y, se han dado contestación a todos los cargos relevantes que han sido expuestos por los sujetos procesales en el desarrollo de la audiencia de fundamentación de los recursos de apelación.

En consecuencia, la sentencia de la Corte de Apelaciones cumple con la garantía de motivación de las decisiones judiciales.

5.3.2 Indebida aplicación del artículo 43 del Código Penal.

Con la finalidad de dar respuesta a esta pretensión, consideramos preciso desentrañar la naturaleza jurídica del yerro intelectivo invocado, siendo este el de indebida aplicación del texto de la ley, constante de forma taxativa en el inciso primero del artículo 349 del Código Penal.

Para el efecto, nos servimos del criterio plasmado por el maestro Orlando Rodríguez, quien considera:

> "(…) el juez, al proferir la sentencia, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto; (…) Esto acarrea la inaplicación de la norma sustancial que corresponde realmente (…) en otras palabras: el sentenciador realiza una falsa adecuación de los hechos probados a los presupuestos que contempla el dispositivo legal y deja de lado el precepto que está llamado a ser aplicado. Es un "error de adecuación, de selección", y se produce cuando la norma aplicada, que tiene validez jurídica, no regula, no recoge los hechos probados y juzgados, cuando estos no se adecuan ni corresponden a ella (…)"[15]

[15] Orlando Rodríguez, Casación y Revisión Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 239.

Por lo referido, esta dimensión de error de derecho implica que el juzgador ha aplicado una norma jurídica que no correspondía al caso, dejando de emplear una que efectivamente debía ser utilizada, lo que dota al impugnante de la obligación de expresar este silogismo jurídico, como una expresión de la proposición jurídica completa que requiere este yerro para encontrarse fundamentado, ahondado por un razonamiento de mérito y sustento en su influencia en la decisión de la causa.

En la presente causa, el censor afirma que se ha aplicado de forma indebida el artículo 43 del Código Penal, pues se ha obviado lo contenido en la parte pertinente del considerando 7.3 de la sentencia incoada, en virtud de que se ha demostrado con prueba documental que existió una disposición por parte del señor Víctor Tapuyo Pianchiche, en calidad de autoridad, a fin de que él haga todas las transferencias, por lo que no era responsable del ilícito pues su accionar no ha sido doloso, razón por la cual correspondía que se aplique el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en concordancia con el artículo 11 del Código Penal; además, afirma que esta vulneración hace devenir en un error de derecho respecto a la valoración en conjunto de la prueba, lo que da la pauta para remitirse al artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, de cara a ratificar su estado constitucional de inocencia.

De lo antes citado, constatamos que a más de individualizarse la norma jurídica que se presume transgredida, indica que esta presunta vulneración se encasilla en la causal de indebida aplicación del texto de la ley, y además, expone la proposición jurídica completa que se amerita, pues manifiesta que se debían aplicar los artículos 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado[16] y 11 del Código Penal[17]; asimismo, a fin de fundamentar su cargo casacional, tan sólo se ha limitado a explicar que su accionar no ha sido doloso, sino que ha respondido a órdenes del señor Víctor Tapuyo Pianchiche, quien era su autoridad, por lo que no se ha podido demostrar su responsabilidad.

Sin embargo de lo manifestado, estos asertos no han logrado desvirtuar la decisión emitida por el *ad-quem*, pues este órgano jurisdiccional, sobre la base del análisis del acervo probatorio en contraste con los antecedentes fácticos, ha llegado a determinar, de forma motivada –con arreglo a los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 304.A del Código de Procedimiento Penal, conforme se ha adelantado en párrafos anteriores-, que existe certeza de la materialidad de la infracción, la responsabilidad de sus procesados, y la existencia del nexo causal entre ambas instituciones, a la luz de lo que estatuyen los artículos 85, 86 y 88 del Código de Procedimiento Penal, y de manera específica, con respecto al hoy casacionista, Luis Alberto Añapa Cimarrón, se ha comprobado su accionar doloso, indirecto y secundario, en calidad de cómplice, de cara a la ejecución de la infracción de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257 incisos primero y quinto del Código Penal.

Además de esto, los argumentos sobre la base de los cuales se pretende dar sustento a su pedido insinúan a que el suscrito Tribunal vuelva a valorar prueba, pues categóricamente señala que no se ha tomado en consideración lo referido por el procesado Víctor Tapuyo Pianchiche en contestación al oficio signado con el No. 005-DPEIBE-P-EIM-2015, suscrito por el doctor Emiliano Iturre Montaño, en calidad de perito presentado por la Fiscalía General del Estado, y que existe un error en la valoración en conjunto del acervo probatorio, ergo, solicita que en esta sede se lleve a cabo esta atribución, que no nos compete por encontrarse reservada a los juzgadores de primera y segunda instancia, y hacerlo violaría el principio de independencia de la Función Judicial, ya que implicaría que nos arroguemos funciones que no nos

[16] Art. 41.- Ordenes superiores.- Ningún servidor, funcionario o empleado de las instituciones del Estado, podrá ser relevado de su responsabilidad legal alegando el cumplimiento de órdenes superiores, con respecto al uso ilegal, incorrecto o impropio de los recursos públicos de los cuales es responsable. Los servidores públicos podrán objetar por escrito, las órdenes de sus superiores, expresando las razones para tal objeción. Si el superior insistiere por escrito, las cumplirán, pero la responsabilidad recaerá en el superior. Esta disposición se aplicará en armonía con lo dispuesto en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

[17] Art. 11.- Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la Ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión.

corresponden, por lo que incurre en la prohibición constante en el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.
En tal virtud, su cargo casacional deviene en improcedente.
En consecuencia de lo manifestado, no se encuentra error de derecho alguno en la sentencia dictada por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, dictada con fecha 10 de diciembre de 2018, las 11h57, que requiera un ejercicio nomofiláctico por parte del suscrito Tribunal.
SEXTO.- Resolución
En mérito de lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales anotadas, en atención al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, y, con fundamento en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, "**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**", 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 interpuesto por Luis Alberto Añapa Cimarrón.
Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen para su ejecución. **Notifíquese y cúmplase.-**
f) Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (E); Dra. Dilza Muñoz Moreno, JUEZA NACIONAL (E).

VI

Juicio Nro. *17282-2017-00517*
Resolución Nro. *568-2020*
Fecha: *05 de mayo de 2020, las 13h45*

TEMA: Aplicación del estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable en la determinación de la responsabilidad de una persona.

ASUNTO
El presente proceso lo sigue la Fiscalía en contra de los señores D. L. L. I. y M. I. A. S., como autores directos del delito de estafa, y contra el señor S. F. L. I. y la señora R. E. A. M., en calidad de cómplices del mismo delito.
PRIMERA INSTANCIA
El Tribunal de Garantías Penales con sede en el Distrito Metropolitano de Quito declaró la culpabilidad del señor D. L. L. I., como autor directo del delito de estafa, y del señor S. F. L. I., en el grado de participación de cómplice del mismo delito. El tribunal, por considerar que existe duda, y por tanto que no se ha podido comprobar la responsabilidad de los ciudadanos M. I. A. S. y R. E. A. M., ratificó su estado de inocencia.
SEGUNDA INSTANCIA
El tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha reforma la sentencia subida en grado y declara la culpabilidad, en grado de autor, del ciudadano M. I. A. S., por el delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 186, inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, por considerar que se ha probado el nexo causal entre la infracción y el procesado.

El tribunal en su análisis considera que existen suficientes pruebas que incriminan a M. I. A. S., ya que, igual que los otros procesados, se hicieron entregar varios vehículos con el pretexto de que eran integrantes de una empresa dedicada al arrendamiento y leasing de vehículos y que habían ganado una licitación para el proyecto Metro Quito, sin que jamás hayan pagado los dividendos ni devuelto los vehículos. En este sentido, el tribunal estima que la prueba actuada demuestra la responsabilidad del procesado más allá de toda duda razonable.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 17282-2017-00517
Jueza Ponente: Dra. Daniella Camacho Herold

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, 05 de mayo de 2020, las 13h45.
VISTOS:
PRIMERO.- Antecedentes
1.1. Antecedentes procesales
El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Quito, provincia de Pichincha, en sentencia de fecha 01 de marzo de 2018, las 15h42, declaró a David Leonardo Llivigañay **Íñiguez autor directo del delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 186, segundo inciso del Código Orgánico Integral Penal, por lo que le impuso la pena agravada privativa de la libertad de trece años cuatro meses y una multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general; a Segundo Franklin** Llivigañay **Íñiguez, en el grado de participación de cómplice del mismo delito, por lo que se le impuso la pena agravada privativa de la libertad de cuatro años seis meses, una multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general; a quienes ordenó el pago por reparación integral a favor de las víctimas, de noventa y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América** ($95.000,00 USD); y, por considerar que existe duda sobre la responsabilidad de los ciudadanos Milton Iván Álvarez Samaniego y Ruth Emilia Atapuma Martínez, ratificó su estado de inocencia. De esta decisión, la Fiscalía General del Estado, los procesados con condena David Leonardo Llivigañay **Íñiguez y Segundo Franklin** Llivigañay **Íñiguez; y, la acusación particular, interpusieron recurso de apelación para ante la Corte Provincial de Pichincha.**
La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, en sentencia de fecha 20 de junio de 2018, las 11h44, resolvió desechar los recursos de apelación de los procesados sentenciados y aceptar los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía General del Estado y la acusación particular, por lo que reforma la sentencia subida en grado y declara la culpabilidad en el grado de autor del ciudadano Milton Iván Álvarez Samaniego, del delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 186, segundo inciso del Código Orgánico Integral Penal, por lo que le impone la pena agravada privativa de la libertad de trece años cuatro meses, una multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general y se le condena a su vez a pagar de forma solidaria junto con los otros procesados sentenciados la cantidad de noventa y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América ($95.000,00 USD).
Inconformes con la sentencia dictada, los procesados David Leonardo Llivigañay **Íñiguez, Segundo Franklin** Llivigañay **Íñiguez y Milton Iván Álvarez Samaniego, interpusieron recurso de casación para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia**
1.2. Hechos acusados como probados.
Después de la valoración probatoria, que es facultad del Tribunal *ad quem*, consideró demostrados los siguientes hechos:

> "(…) 5.4. Análisis de los puntos controvertidos y contrastación con la prueba actuada.- De conformidad con el artículo 140 del COFJ, el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, siendo la materialización de lo que en doctrina se conoce como principio "iura novit curia"; sin embargo, la misma norma pone un límite al establecer que no podrá el juzgador ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados

por las partes. En el caso que nos ocupa, dilucidamos del modo siguiente: 5.4.1. Respecto al recurso interpuesto por el procesado DAVID LLIVIGAÑAY IÑIGUEZ.- En lo principal, manifiesta que la sentencia es carente de objetividad e injusta, ya que ha quedado claro que su defendido era un trabajador más de la empresa, para lo cual cita parte de los testimonios rendidos en la audiencia de juzgamiento. Al respecto, este tribunal ha procedido a contratar lo manifestado con lo obrante del acervo probatorio, de lo que emerge lo siguiente: i) La prueba actuada demuestra que el recurrente ejercía funciones de dirección al interior de la empresa, y como tal tenía el dominio de los actos, tanto así que el personal contratado manifiesta que se presentaron ante el ahora recurrente, quien les daba disposiciones como las de firmar los contratos, conforme lo testifica Sheyla Vannessa Echeverría Loza, al afirmar que "se presentó ante el Ing. Francisco Molina, después conoció era David Llivigañay (…) que el que se hacía pasar como Ing. Molina le obligaba a firmar contratos (…)". La señorita Erika Geovanna Villalba Novoa, en su testimonio, al contestar repreguntas dice que "le contrató el Ing. Molina, que él le pagaba las mensualidades (…) que se enteró en internet de los empleos, que decía se necesitaba secretarias para atención al cliente, que mandó su currículo por internet, que le entrevistó Francisco Molina (…)", en alusión al señor David Llivigañay. La señorita Mary Ann Stafnny Velásquez Monsalve, dice que trabajó unos días en la Corporación Alvarez, "que trabajaba con ella el ingeniero Molina que era su jefe (…), que le llamaban la atención Francisco Molina y Milton Álvarez, pero era por WhatsApp (…), que Francisco Molina era el jefe (…)"; ii) de los testimonio de las personas perjudicadas igualmente queda demostrado el control que tenía el ahora recurrente sobre las actividades que se realizaban en esa empresa, así se desprende del testimonio del señor Jorge Luis Carpio Pazmiño, quien afirma que se acercó a las oficinas a dejar su vehículo, "allí tomó contacto con el Ing. Francisco Molina, que ahora conocen se llama David Leonardo Llivigañay Iñiguez, le dijo que requería vehículos para dentro y fuera de la ciudad (…), que el vehículo lo entregó el 19 de septiembre al Ing. Leonardo Llivigañay, quien verificó que el vehículo esté en buen estado (…)". El testigo Galo Antonio Prado Leiva, manifiesta que un señor Molina le dijo "que era hijo del General Molina de la Policía (…), que el señor Molina recibió su vehículo". El testigo Rommel Vicente Macas Torres manifiesta que entregó el vehículo al Ing. Francisco Molina, quien se ha sabido llamar David Leonardo Llivigañay Iñiguez; que le hizo el chequeo de la camioneta el señor David Llivigañay conjuntamente con su hermano; que las llaves le entregó a David. Y así tenemos un desfile probatorio interminable, como es el testimonio del señor Marco Antonio Cevallos, quien refiere que entregó su vehículo a Molina supuestamente para utilizarlo en encomiendas y uso de su esposa. Testimonio de Juan José Orozco, quien afirma que el vehículo le entregó a David Llivigañay para utilizarlo en el Metro de Quito y transporte de alimento a Cayambe, dejándole a él la llave del automotor, que luego resultaría vendido en Macará. Testimonio de Juana Mariela Pesantez, quien en la parte pertinente dice que se entrevistó con el Ing. Molina (en referencia a David Llivigañay), quien le dijo que desde ese mismo día el vehículo empezaba a trabajar, dejando su camioneta con opción de compra luego de dos meses. El testigo Franklin Guzmán dice haber entregado varios vehículos al Ing. Molina, quien se encontraba junto a unas señoritas; o, el testimonio de Luis Alfonso Pérez, quien entregó su volqueta y camioneta a Francisco Molina en las afueras del edificio Tapia. Por todo lo expuesto, la prueba resulta incontrovertible y destruye de manera cabal la presunción de inocencia del ciudadano recurrente; 5.4.2. Respecto al recurso interpuesto por el ciudadano SEGUNDO FRANKLIN LLIVIGAÑAY IÑIGUEZ.- Al recurrir manifiesta, en lo principal, que jamás trabajó para la Corporación Álvarez y que su actuación se limita, con posterioridad a los hechos, a encontrar los vehículos para que se retire la denuncia que pesaba en contra de su hermano. Al respecto, la prueba que obra del expediente y ya fue analizada por el Tribunal A-quo, conduce a lo contrario, conforme pasamos a dilucidar: El testigo Rommel Vicente Macas Torres manifiesta que entregó el 27 de octubre del 2016 se acercó al edificio Tapia y entregó su vehículo al Ing. Molina, afirmando "que la señorita Atapuma le entregó la llave al hermano del señor David Llivigañay, identificando al procesado Franklin Llivigañay (….)", lo que evidencia

que el recurrente se encontraba vinculado a la empresa desde antes que se realicen los trabajos de localización de los automotores, incluso afirma el testigo que el señor David Llivigañay le hizo el "chequeo" de su camioneta conjuntamente con el hermano. El señor Franklin Guzmán, en su testimonio refiere que cuando se hacían las gestiones para localizar su vehículo, quienes participaban eran David y Franklin Llivigañay, pero del mismo testimonio se colige que esa aparente ayuda estaba supeditada a la entrega de quinientos dólares para pagar por información. El testigo Juan José Orozco manifiesta que dejó su vehículo a David Llivigañay, precisando que ese momento se encontraba presente Segundo Llivigañay, de quien decían era el chofer. Marco Antonio Zevallos, en su testimonio manifiesta que cuando entregó el vehículo a Molina estaba presente su hermano, de quien afirma "era el que movía los vehículos"; que al recurrente lo vio por tres ocasiones, la primera cuando entregó el vehículo, la segunda en el parqueadero en el sur de Quito y, la tercera, cuando ya se encontraba detenido, en la audiencia. El señor Cirilo Molina, al declarar, señala que su volqueta "la entregó al Ing. Molina y la llevó el señor Franklin, en la Shyris (…)". De este modo queda demostrado que no intervino con posterioridad a los hechos, estuvo presente cuando se entregaban los vehículos, actuando de manera dolosa, cooperando con actos secundarios y necesarios para la ejecución de la infracción; 5.4.3. Respecto a los recursos interpuestos por Fiscalía General del Estado y acusación particular en relación al ciudadano MILTON IVÁN ÁLVAREZ SAMANIEGO.- Los dos recurrentes han realizado una larga exposición respecto a la prueba actuada, la que a su decir, demuestra la responsabilidad del mencionado procesado en calidad de autor del ilícito. Por su parte, la defensa del procesado controvierte aquello, señalando que se han tomado el nombre de su defendido para el cometimiento de la infracción. De la revisión procesal tenemos que el testigo Rommel Vicente Macas Torres manifiesta que cuando entregó el vehículo también estaba el señor Milton Alvarez "chequeando"; al contrainterrogatorio de la defensa del señor Milton Alvarez, manifiesta que aquél día en que entregó su vehículo, "el señor Alvarez Samaniego estaba en la oficina pero no sabía el nombre, que lo conoció cuando se hizo las investigaciones, lo reconoció cuando le presentaron unas fotografía, que no habló con él ninguna vez, que él hablaba con sus empleados sobre los vehículos, en su caso, de su vehículo, escuchó que dijo que vaya a chequear el vehículo, lo escuchó a 4 metros en voz baja, que estaba vestido normalmente con ropa de oficina (…)"; y, al contrainterrogatorio de la defensa del señor David Llivigañay, dice que viajó a Loja, llegó a la mecánica El Gato, quien manifestó "que el señor Alvarez le había entregado los vehículos como forma de pago por un dinero que el señor Alvarez le debía (…)". Marco Zevallos, en su testimonio, manifiesta que cuando entregó su vehículo en la planta de abajo, "que el señor que estaba prendiendo el vehículo no lo pudo hacer, es el de rojo el señor Alvarez, lo reconoce en la audiencia, era el que no podía prender el vehículo, el salió del edificio Tapia (…)". El testigo Juan José Orozco manifiesta que viajó a la ciudad de Loja, llegó a la mecánica El Gato, habló con el dueño Carlos Amay, le indicó fotografías de su automotor, respondiéndole que dichos automotores "le había entregado el señor Alvarez (…), que le había dado en 18.000 dólares por una deuda que tenía (…)". La señorita Erika Villalba, trabajadora de la empresa, manifiesta que llamaba al señor Milton Alvarez por orden de Francisco Molina, y que Alvarez le indicaba cómo atender a los clientes, aunque afirma que no lo conocía personalmente, pero que el Ing. Molina le dijo que Alvarez era el jefe. Finalmente tenemos el testimonio del agente policial Edison Bonifaz Damián, quien estuvo a cargo de las investigaciones para localizar los automotores, manifestando que viajó a Loja por tres ocasiones, que tomó contacto con el señor Amay que tiene una mecánica, quien le dijo que los vehículos le había entregado el señor Milton Alvarez. En fin, se trata de abundante prueba que incrimina al señor Milton Alvarez, más allá de toda duda razonable, de ahí que nos llama profundamente la atención el hecho de que el Tribunal A-quo, luego de valorar las pruebas y realizar un enfoque de las categorías dogmáticas, que incrimina al ciudadano procesado, súbitamente llegue a la conclusión de que existe una duda razonable, y decimos esto por cuanto en su resolución menciona que "los procesados SEGUNDO FRANKLIN LLIVIGAÑAY IÑIGUEZ, MILTON IVÁN ALVAREZ SAMANIEGO y DAVID LEO-

NARDO LLIVIIGAÑAY IÑIGUEZ, bajo el ardid de que allí funcionaba la corporación AlvarezUnicredit (…) se hicieron entregar varios vehículos y maquinaria (…)", para luego, al enfocar los elementos subjetivos del tipo penal, referir que la voluntad de los actores "se revela con el acto realizado por los procesados SEGUNDO FRANKLIN LLIVIGAÑAY IÑIGUEZ, MILTON IVÁN ALVAREZ SAMANIEGO y DAVID LEONARDO LLIVIIGAÑAY IÑIGUEZ de haberse presentado como integrantes de una empresa dedicada al arrendamiento y leasing de vehículos, que había ganado una licitación para el proyecto Metro Quito y ofrecerles a los interesados excelentes dinerarias mensuales por el arrendamiento de sus vehículos, haciéndose entregar esta manera varios vehículos y maquinaria sin que jamás hayan pagado dichos dividendos ni devuelto los vehículos (…)". Consiguientemente no se comparte la decisión asumida respecto al señor Milton Alvarez, ya que la prueba actuada establece su responsabilidad más allá de toda duda razonable; y, 5.4.4. Recurso de apelación interpuesto por la acusación particular respecto a la ciudadana RUTH EMILIA ATAPUMA MARTÍNEZ.- Sostiene el acusador particular que la procesada tiene responsabilidad por cuanto se hizo entregar cien dólares americanos a través de Wester Unión; a ella le entregaban las llaves de los automotores y elaboraba la documentación correspondiente, así como también existe el cruce de llamadas, que demuestran que realizó 14 entrantes y 30 salientes, por lo que tiene la calidad de cómplice. De la revisión procesal encontramos que se encuentra plenamente probado el hecho de que la ciudadana procesada ingresó a laborar en la referida empresa una vez que el 18 de septiembre del 2016 se enteró a través de un aviso clasificado del Diario El Comercio que requerían secretarías, entrevistándose con el Ing. Francisco Molina el 20 de septiembre del mismo año; inicia sus labores el 26 de septiembre del 2016, siendo sus funciones las de atender a los clientes interesados en rentar sus vehículos, contestar el teléfono; hacerles leer a los clientes el contrato de arrendamiento y leasing, en lo que ponía su nombre para que sepan quien les atendió; y, mandar informes; que su jefe se presentó vía WhatsApp y decía llamarse Isabela Ferrín, a quien le daba explicaciones de lo que hacían, con copia a Renán Calle y Milton Alvarez. Respecto a la transferencia de cien dólares por Wester Unión, manifiesta que ella no lo recibió, que fue David quien le pidió la cédula para cobrar, lo cual guarda concordancia con lo manifestado por el señor Franklin Eugenio Guzmán Rogel, quien dejó varios vehículos en la Corporación Alvarez, pero una máquina "fueron a traerla de Borbones en un tráiler, que faltó $ 100,00 USD para combustible y le depositó a la señorita con transferencia por Wester Unión". Por lo expuesto, este Tribunal A-quem considera que la señorita Atapuma fue contratada por el señor David Llivigañay para prestar servicios en esa empresa, y que el hecho de vincularles alguna relación sentimental entre ella y David Llivigañay, de ningún modo conduce a demostrar la existencia de una complicidad, por lo menos en este caso sí existe la duda razonable, que favorece a la procesada." (Sic)

1.3. Decisión de admisibilidad del recurso.

El Tribunal integrado por los doctores Edgar Flores Mier, Miguel Jurado Fabara, Ex Jueces Nacionales; y, la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional, en auto de fecha 24 de junio de 2019, las 14h40,decidieron:

"(…) 4. DECISIÓN Por lo expuesto, con fundamento en las normas citadas en este auto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, declara: Inadmisible el recurso de casación planteado por el procesado David Llivigañay Íñiguez mismo que, pese a ser presentado oportunamente en el término de ley, no cumple con los requisitos de admisibilidad exigidos por el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, pues se sustenta en pedidos de valoración de pruebas y revisión de hechos y no expresa de manera idónea cuáles son los fundamentos legales que constituirían su soporte como dispone el fallo de triple reiteración contenido en la Resolución No. 10-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Que el recurso de casación planteado por el procesado Segundo Franklin Llivigañay Íñiguez, cumple con los requisitos de admisibilidad exigidos por el Código Orgánico Integral Penal, artículo 656, por lo que se lo admite a trámite, exclusivamente por el siguiente punto de derecho: a. Contravención expresa de los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador y 130.4 del Código Orgánico

de la Función Judicial. Que el recurso de casación planteado por el procesado Milton Iván Álvarez Samaniego, cumple con los requisitos de admisibilidad exigidos por el Código Orgánico Integral Penal, artículo 656, por lo que se lo admite a trámite, exclusivamente por el siguiente punto de derecho: a. Contravención expresa del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador. Se convocará a las partes a audiencia oral, pública y contradictoria, de fundamentación del recurso de casación, en los que se discutirán estrictamente los cargos admitidos, de conformidad con el calendario de audiencias asignado al Tribunal por la Secretaría de la Sala. En caso de que no comparezcan la defensas particulares de los procesados, sin perjuicio de la aplicación del artículo 652.8 del Código Orgánico Integral Penal, en atención al principio de contradictorio y estrictamente por sus derechos constitucionales, se designa a la señora doctora Lolita Montoya Moreta, defensora pública, para que asuma la defensa técnica del referido ciudadano, a quien se notificará en la casilla judicial No. 5711 y en los correos electrónicos, boletaspichincha@defensoria.gob.ec y lmontoya@defensoria.gob.ec. - NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.” (Sic.)

SEGUNDO.- 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 del Pleno No. 209-2017, renovó un tercio de los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a los siete jueces quienes reemplazaron en sus funciones a los salientes.

El 26 de enero de 2018 el Consejo de la Judicatura posesionó a los nuevos jueces que se integraron a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2018, de 26 de enero de 2018, 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 17 de julio de 2013.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito tiene competencia para conocer los recursos de casación en los procesos de acción pública y privada, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1 sustituido del Código Orgánico de la Función Judicial.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, dio cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución 02-2018, y previo sorteo en virtud de lo dispuesto en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el presente Tribunal quedó integrado por los doctores Edgar Flores Mier y Miguel Jurado Fabara, ex Jueces Nacionales; y, la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. Una vez fenecido el proceso de evaluación y renovación de la Corte Nacional de Justicia, el presente Tribunal quedó integrado por el Dr. David Jacho Chicaiza y el Dr. Iván León Rodríguez, Jueces Nacionales; y, la Dra. Daniella Camacho, Juez Nacional ponente.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni la de quienes lo integramos.

Atento el estado de la causa, se considera:

TERCERO.- Validez procesal

Por la fecha que inició el proceso, corresponde aplicar el régimen legal vigente a tal tiempo, esto es el Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014; en consecuencia, se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio.

El recurso de casación fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, y conforme las normas procesales previstas en los artículos 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de casación que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa.

El recurso es válido y así se lo declara.

CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso

4.1. Fundamentación del recurso de casación.- El doctor Stalin López, abogado defensor del ciudadano Franklin Llivigañay Íñiguez, manifestó:

“(…) a esta defensa del señor Segundo Franklin Llivigañay le corresponde exclusivamente fundamentar sobre el segundo cargo, es decir sobre la falta de motivación, la indebida motivación

de la sentencia, en este sentido la contravención expresa del artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el artículo| 76.7.I) de la Constitución de la República, que se refiere a que la sentencias deben ser debidamente motivadas, lo cual no sucede en el presente caso su señoría, ya que los considerandos de la sentencia no se establece la pertinencia de los hechos con las normas planteadas en el caso, lo cual hace que esta sentencia, comparando y analizando esos dos puntos que estoy proponiendo carezca de una debida motivación, incluso violenta la violación de contar con los argumentos de la sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador que menciona que todas las sentencias deben ser debidamente motivadas para que tengan un valor jurídico y pueda ser analizado al momento correspondiente por las personas a quienes les corresponda analizar, es decir a ustedes los jueces juzgadores, a ustedes en este caso los jueces que tienen que analizar los cargos de casación que se están fundamentando. La sentencia impugnada no contiene cuatro puntos fundamentales estos son: Razonabilidad, no contiene lógica, carece de comprensibilidad y finalmente voy a narrar los errores de falta de motivación señora jueza, no existe razonabilidad en el numeral 5 y 5.4.2 de la sentencia, pues no se enuncian las normas constitucionales ni legales que den sustento a los argumentos que motiven a la resolución que está casando en esta audiencia; no determina la pertinencia de normas y de igual forma no existe una relación entre los hechos determinados en las responsabilidad de su representado en calidad de cómplice tal y como está establecida en la Corte Provincial al ratificar la sentencia del Tribunal ad-quo con la aplicación normativa penal ni constitucional, es decir no hay una relación fáctica completa y ningún articulado legal en que se sustente, porque la sentencia carece del requisito constitucional del debido proceso a la motivación, continuando con esta fundamentación me refiero al segundo punto, la falta de lógico, la sentencia no tiene una coherencia entre las premisas que se invocan a lo largo de la sentencia, al redactar la sentencia en los diferentes considerandos no tienen una coherencia con la conclusión y no hay lógica ya que en el numeral quinto, esto es importante por favor señores jueces observar no se desglosa los hechos imputados en forma individual como era obligación de la Corte si pretendía ratificar la sentencia del Tribunal inferior, tenía que haber desglosado uno por uno los hechos imputados en forma individual lo que en la especie no se ha hecho, lo que en la especie no sucede para que se pueda establecer las premisas, la premisa menor es la constitución de los hechos que deben llevar a subsumir a la premisa mayor tipo penal, en este caso cual es el tipo penal que tenía que haberse establecido era la complicidad en el delito de estafa por lo que la conclusión es incoherente con las premisas de la sentencia; tercer punto que carece la sentencia invocada comprensibilidad, no existe racionamiento ni lógica, por lo tanto no puede ser comprensible la sentencia en la que estoy fundamentando en este momento en el recurso de casación, de la misma forma señores jueces, la argumentación jurídica no guarda relación con lo argumentado y manifestado en la sentencia, de esta forma cumplo con el requisito de la causal casacional establecida y que la he invocado al principio de esta intervención. Los errores de la motivación se la encuentra en los numerales 4, 5 y fundamentalmente en el punto 5.4 que se refiere al análisis de los puntos controvertidos, eso dice textualmente la sentencia, y contrastación de la prueba actuada muy importante en la fundamentación de lo que deber ser tomada en cuenta por ustedes para tomar la decisión. Se advierte la falta de normativa como la incoherencia en los fundamentos de hecho y de derecho, además una falta de individualización de la conducta y la responsabilidad, se le acusa a su representado de ser cómplice de un delito de estafa y no existe el detalle e individualización de cuáles son los elementos para establecer la conducta y el grado de responsabilidad, de igual forma hay una infundada forma de una determinación de los hechos, solo con el sustento de hechos incriminatorios como ausencia de los actos exculpatorios por lo que afecta el fondo del derecho a la motivación. El pedido concreto de esta defensa que al existir una falta de motivación en la sentencia se ha afectado derechos legales y constitucionales que deben llevar a la declaratoria de nulidad de constitucionalidad sobre la sentencia que estoy en este momento fundamentando el correspondiente recurso de casación, de esta forma señores jueces cumplo con la determinación de la falta de motivación en la sentencia y que justamente ha

sido el fundamento con lo que en esta intervención está dando lugar a la debida fundamentación del cargo casacional que ha presentado oportunamente ante ustedes señores jueces, muchas gracias." (Sic.)

4.2. Fundamentación del recurso de casación.- El doctor Germán Jordán, Defensor Público del ciudadano Milton Iván Álvarez Samaniego:

"(…) la sentencia que atacamos es la sentencia que se dictó el 20 de junio del 2018 dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en el cual revoca la sentencia en primera instancia y a mi defendido le pone una pena privativa de libertad de trece años cuatro meses, una multa de 60 salarios básicos unificados del trabajador en general y una reparación integral de noventa y cinco mil dólares, y porque no nos encontramos de acuerdo y dice que la conducta de su defendido se subsume en el tipo penal del artículo 42.1, es decir, en calidad de autor directo del delito tipificado en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, el recurso de casación ha sido admitido por contravención expresa al artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, dice que la resolución de los poderes públicos deberán ser motivadas, no habrá motivación si en la resolución no se enuncie las normas o principios jurídicos en que se fundan y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hechos, los fallos que no estén debidamente motivados serán nulos, señores jueces al hablar de motivación la Corte Constitucional ha puesto tres parámetros de motivación tenemos la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad, al hablar de la razonabilidad nos dice que debe haber una ponderación desde las normas constitucionales a las normas aplicables que se dividen de las normas constitucionales al Código Integral Penal, en este caso el bien jurídico protegido, nosotros estamos hablando de la propiedad y de la contratación y del derecho a la libertad de contratación y el derecho a la libertad de realizar actividades económicas, esto está fundamentado y dispuesto en el artículo 66 de la Constitución de la República numerales 15, 16 y 26 el derecho a la propiedad y en concordancia con el Código Orgánico Integral Penal que el delito del artículo 186 es un delito contra la propiedad, pero no nos hace la sentencia de la Corte Provincial, no hace ni una relación de principios constitucionales ni de las normas aplicables, por eso es que no existe una razonabilidad, con respecto a la lógica, la lógica estamos hablando del silogismo jurídico, la premisa mayor nos referimos a la norma, en este caso estamos hablando del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, que dice: "la persona que para obtener un beneficio patrimonial para sí y para un tercero mediante simulación de actos de formación o de ocultamiento de hechos verdaderos induzca a error a otra persona para realizar un acto que perjudique.", aquí también tenemos cinco verbos rectores y de los cinco verbos rectores señora jueza en ninguno se encauza la conducta de su defendido, toda vez que dice que el artículo 42 dice que es autor directo, quienes cometan la infracción de una manera inmediata, la conducta del señor Iván Álvarez en ningún momento obtuvo un beneficio, en ningún momento simuló hechos, en ningún momento deformó u oculto la verdad y tampoco indujo al error a las personas aparentemente perjudicadas, es decir, él aquí no tiene ninguna responsabilidad señores jueces de los hechos que se está hablando y al respecto a la comprensibilidad nosotros tenemos que en la comprensibilidad, es decir la sentencia tiene que ser digerible, comprensible, entendible si bien los abogados patrocinamos a los procesados y a diferentes personas, esta sentencia debe ser entendible para que así todas las personas sin necesidad de estudios judiciales lo puedan entender, lo puedan digerir y la puedan asumir a la sentencia, es decir señores jueces el error de la sentencia se encuentra en el punto 5.4.3 que manifiesta lo siguiente, solicito que se permita dar lectura señores jueces dice lo siguiente "… en fin, se trata de abundante prueba que incrimina al señor Milton Álvarez, más allá de toda duda razonable de ahí que nos llama profundamente la atención el hecho de que el Tribunal A-quo, luego de valorar las pruebas y realizar un enfoque de las categorías dogmáticas, que incriminan al ciudadano procesado súbitamente llegue a la conclusión de que existe una duda razonable, y decimos esto por cuanto en su resolución menciona que los procesados SEGUNDO FRANKLIN LLIVIGAÑAY IÑIGUEZ, MILTON IVÁN ÁLVAREZ SAMANIEGO Y DAVID LEONARDO LLIVIGAÑAY IÑIGUEZ, bajo el ardid de que ahí funcionaba la Corporación Álvarez Unicredit se hicieron entregar varios vehículos y maqui-

naria para luego, al enfocar los elementos subjetivos del tipo penal, que refieren que la voluntad de los autores se revela con el acto realizado por los procesados SEGUNDO FRANKLIN LLIVIGAÑAY IÑIGUEZ, MILTON IVÁN ÁLVAREZ SAMANIEGO Y DAVID LEONARDO LLIVIGAÑAY IÑIGUEZ de haberse presentado como integrantes de una empresa dedicada al arrendamiento y leasing de vehículos, que habían ganado una licitación para el proyecto Metro Quito y ofrecerles a los interesados excelentes dinerarias mensuales por el arrendamiento de sus vehículos, haciéndose entregar esta manera varios vehículos y maquinaria sin que jamás hayan pagado dichos dividendos ni devuelto los vehículos consiguientemente no se comparte la decisión asumida al respecto del señor Milton Álvarez, ya que en la prueba actuada establece su responsabilidad más allá de toda duda razonable.", al respecto señores jueces, no nos encontramos, esa es la parte de la sentencia donde existe el error y como es que nos perjudica, en primer lugar los jueces dicen que establecen la responsabilidad más allá toda duda razonable y el artículo 5 de Principios Procesales en el literal 3 dice para establecer la responsabilidad de una persona nosotros tenemos que hablar del convencimiento, si yo hablo de duda razonable es porque voy a ratificar el estado de inocencia pero si hablo de convencimiento es que voy a sentenciar a la persona procesada, también hablan e indican que los jueces de primera instancia hacen un razonamiento de las categorías dogmáticas, que él también hizo un razonamiento de las categorías dogmáticas y no encontró por ninguna parte la responsabilidad del señor Milton Álvarez, si hablamos de la escuela finalista, estamos hablando que debe haber algunos elementos, por ejemplo el sujeto activo Milton Álvarez, sujeto pasivo, no existe sujeto pasivo porque el señor Álvarez no se hizo entregar, ningún vehículo, no firmo ningún contrato, ni deformó los hechos, ni ocultó la verdad, ni indujo a ninguna persona para que esta firme o le entregue ningún vehículo, es decir no hay sujeto pasivo, aquí señores jueces con respecto al señor Milton Álvarez y si hablamos del elemento subjetivo que estamos hablando del dolo conocimiento y voluntad, él en ningún momento supo los hechos que se estaban dando, no conocía y mucho menos quiso realizar los hechos señores jueces y esto no lo indican aquí los señores jueces de la Corte Provincial, la fundamentación que realizan los jueces dicen que es en base a la sana critica, pero esto no es a la sana critica, porque es un análisis sesgado de los elementos de cargo, en ningún momento analizan los elementos de descargo, porque si los jueces hubiesen cumplido con su principio que es imparcialidad, hubiesen analizado elementos de cargo y elementos de descargo y no solamente mencionar los elementos de descargo, que analizando de una manera sesgada para según ellos dar una responsabilidad de mi defendido que no la tiene y tampoco subsume su conducta en los verbos rectores, por eso es que el razonamiento lógico era el de los jueces de primera instancia que no había responsabilidad alguna de su defendido, por lo expuesto señores jueces y también hay una sentencia de la Corte Interamericana que hablamos del caso Marín Cegarra, y él nos habla de cómo se debe analizar los testimonios de los coprocesados dice: "que el testimonio del coprocesado es una prueba iniciaría que solo debe haber más elementos de convicción para que una persona se le pueda dar una sentencia", y en este caso del testimonio de los coprocesados es tomado muy a la ligera por los señores jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia y le dan un valor que no debe tener, porque debe ser analizado con más prueba que exista, señores jueces esta es la fundamentación y el pedido que hace esta defensa es que se acepte la casación por falta de fundamentación y se declare la nulidad constitucional de esta sentencia que no tiene ninguna fundamentación, hasta aquí mi primera intervención." (Sic.)

4.3. Contestación del recurso.-La doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada dela señora Fiscal General del Estado, respondió:

"Respecto al recurso de casación fundamentado en esta audiencia el que ha sido aceptado por la contravención expresa del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República y en concordancia con el 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial que se refiere a la falta de motivación de la sentencia que ha sido hoy recurrida en esta audiencia, esto es la dictada por la Sala Penal de la Corte de Pichincha con fecha 20 de junio del 2018 a las 11h44, al respecto señores jueces ustedes pudieron haber escuchado del abogado de la defensa técnica del procesado Franklin Llivigañay Iñiguez en su

exposición, se ha referido al artículo 76.7.i) de la Constitución de la República del Ecuador que nada tiene que ver con el 76.7.l) que se refiere a la falta de motivación sin embargo señores jueces han argumentado que la sentencia recurrida no cumple con los parámetros de motivación, esto es con la razonabilidad, logia y comprensibilidad, dice que los hechos no contienen la pertinencia con los argumentos establecido por parte de los jueces y por lo tanto a criterio del casacionista no existe razonabilidad lógica ni comprensibilidad, lo cual señores jueces esto no es verdad, porque la sentencia recurrida en su considerando que ha sido también mencionado por parte del casacionista en el considerando 5.4 que se dice análisis de los puntos controvertidos y contrastación con la prueba actuada, este título lo ha sido asignado por parte del Tribunal Ad-quem, y a partir de este considerando han sido resueltos cada uno de los puntos controvertidos en la audiencia de apelación en las cuales, claramente, señalan y analizan una a una las pruebas, es decir, los elementos fácticos los contrarrestan con los hechos probados y de esa forma llegan claramente a establecer tanto la materialidad como la responsabilidad en el delito que ha sido acusado, esto es por el 186 del Código Orgánico Integral Penal; y, en el caso del Señor Franklin Llivigañay Iñiguez han adecuado la conducta en el artículo antes mencionado, pero en el artículo 43 su participación y de esta forma se establece claramente que existe una coherencia entre los elementos fácticos, los elementos probatorios y su decisión y de esta forma, pues los jueces han determinado o han justificado, mejor dicho la razón de su decisión contemplada en su artículo 76.7.l) de la Constitución que señala, que debe haber pertinencia en su aplicación de las normas, más aun cuando es necesario indicar señores jueces que esta sentencia es ratificatoria a la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Quito de fecha 1 de marzo del 2018, en las cuales, pues se adecua a la conducta del hoy recurrente al artículo que antes ha sido señalado y también en esta sentencia se hace constar claramente un estudio del análisis de los hechos y de la dogmática jurídica mejor dicho para adecuar de esta forma su conducta, en esta circunstancia pues no encontramos a criterio de Fiscalía que la sentencia carezca de los elementos que han sido aquí acusados, los mismos que han sido en muchas de las sentencias de parte de la Corte Constitucional establecidos, esto es, que la misma tiene razonabilidad tiene lógica y tiene comprensibilidad, porqué hablamos de razonabilidad, pues como dije anteriormente, pues los elementos fácticos contrastados con los probatorios y la decisión, pues, guardan estricta relación con el artículo que ha sido aplicado en este caso el 786 y el 43 del COIP, por otra parte se convierte de esta forma en lógica, `porque han sido analizados esos elementos y de esta forma también comprensible, por lo tanto ninguno de estos tres parámetros han sido violentados en esta sentencia; dicen también de que no se encuentran desglosados los hechos imputados, pues para mejor comprensibilidad, no sé si es pertinente señora jueza, que me permita leer de una partecita de la sentencia recurrente, exclusivamente en el considerando 5.4.2, los jueces del Tribunal Ad-quem al realizar el análisis claramente dice: "Respecto al recurso interpuesto por ciudadano SEGUNDO FRANKLIN LLIVIGAÑAY IÑIGUEZ, dice que su actuación se limita, con posterioridad a los hechos", eso fue lo que argumentaron al encontrar los vehículos para que se retire la denuncia en contra de su hermano, al respecto de la prueba que obra dentro del expediente, ya fue analizada por el Tribunal A-quo conduce a lo contrario conforme pasamos a dilucidar, el testigo Rommel Vicente Macas Torres manifiesta que entregó el 27 de octubre del 2016, se acercó al edificio Tapia y entrego su vehículo al ingeniero (Molina) el cual no era su verdadero nombre, que prácticamente los hoy procesados, inclusive actuaban con otros nombres para cometer el ilícito, pues por los que han sido investigados y procesados e inclusive hoy sentenciados, pues de esta forma existe un sinnúmero inclusive de testimonios de los perjudicados, los cuales aseguran de que Segundo Llivigañay estuvo siempre presente en la entrega de estos vehículos, pues porqué la entrega, y porqué la adecuación de la conducta de estos procesados en este artículo, porque los hoy procesados pusieron un anuncio en la prensa diciendo que solicitaban vehículos, para realizar un contrato que lo firmaron con el Metro de Quito y solicitaban Guinchas, Camiones, Camionetas, inclusive se dieron el trabajo de firmar contratos de licin, ofreciéndoles una mensualidad de 2400, 1800 y 2000 dólares, los mismos que iban a ser pagados acumuladamente en dos meses, cuando nunca lo hicieron, se hicieron entregar los vehículos, inclusive vendieron unos vehículos en Loja, llevaron a unas mecánicas de un señor denominado arias el "gato" para hacerles inclusive desarmar a esos vehículos y poderlos vender, en estas circuns-

tancias señores jueces se encuentran cumplidos los verbos rectores del artículo 186, que dice hacerse entregar claramente señores jueces, ustedes conocen con exactitud la norma jurídica en la que se enmarca esta conducta, pues se hicieron entregar los vehículos ofreciéndoles pagar un cierto valor, lo cual jamás lo cumplieron señores jueces, así de esta forma, pues no se ha logrado determinar o mejor dicho demostrar que la sentencia adolezca de los vicios que han sido acusados en este caso la contravención expresa del en el artículo 76.7.l) en concordancia con el 134 del Código Orgánico de la Función Judicial. Po otra parte en el recurso de casación interpuesto por Milton Álvarez Samaniego, por medio de su defensa técnica también ha sido fundamentado por este mismo artículo 76.7.l) de la Constitución y señala acusando la sentencia de que en la misma no existen normas tanto constitucionales, legales, por lo tanto carece de acusa contravención expresa de esta norma, en estas circunstancias señores jueces vuelo a reiterar de que al ser ratificatoria de la sentencia del A-quo no era necesario inclusive realizar otro estudio tanto de la dogmática jurídica como ha manifestado, pues dice que no tiene igual razonabilidad, no tiene lógica y que los verbos rectores no se cumplen, en estas circunstancias señores jueces como ya dije anteriormente no es necesario otra vez repetir, de esta forma pues quedaría dada la contestación al argumento antes expuesto, sin embargo es necesario también en el caso del señor Milton Iban Álvarez Samaniego que la respuesta se encuentra en el considerando 5.4.3 de la sentencia recurrida en la que claramente se le determina tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad del procesado encasillándole su conducta en el 186 del Código Orgánico Integral Penal en concordancia con el artículo 42, esto es a lo que se le ha sentenciado como autor directo, porqué autor directo?, de igual forma con su permiso señora jueza solo cuatro líneas de lo pertinente, sin embargo de que existen unas dos hojas sobre las razones del porque llegó adecuar la conducta, dicen los señores jueces "… De la revisión procesal tenemos que el testigo Rommel Vicente Macas Torres manifiesta que cuando entregó el vehículo también estaba el señor Milton Álvarez, chequeando…"; y, es así que más adelante como ustedes podrán haberse dado cuenta dice que este señor lo vendió al señor "gato" en 18.000 dólares y otros vehículos más así, en estas circunstancias señores jueces, pues el artículo que ha sido aplicado se encuentra totalmente justificado y por ende pues la sentencia no adolece de vicio alguno más aún del que ha sido acusado. Por lo tanto fiscalía solicita que se declare improcedentes los recursos de casación interpuestos en esta tarde." (Sic.)

4.4. Contestación del recurso.- Contradicción del acusador particular José Carpio, a través de su abogado defensor el doctor José Logacho.-

"En efecto se ha aceptado el recurso de casación, se ha admitido bajo los parámetros del artículo 656, pero hoy se ha escuchado tanto al recurrente del señor Segundo Franklin Llivigañay Iñiguez y en cuanto también el señor Milton Iván Alvares Samaniego, se ha hecho una breve exposición hablándose de razonabilidad de lógica, de comprensibilidad que ha sido explicada debidamente por fiscalía pero por principio de economía procesal debo manifestar, se ha cumplido todo lo dispuesto conforme así lo ordena el artículo 21.5 del Código Orgánico Integral Penal, pero sin embargo al haberse aplicado la disposición legal del articulo 656 en lo que habla sobre la procedencia, hoy ninguno de los dos abogados que han recurrido a esta casación han hecho una interpretación referente al punto violatorio de lo que se han referido es a manifestar al numeral 5.1 y 5.2, para lo cual señores jueces ponentes, porque no se ha demostrado la violación a la ley, el primer punto del articulo 656 por no contravenir expresamente su texto, por no haber hecho una indebida aplicación a ella y por haber interpretado erróneamente, se refieren exclusivamente a la disposición legal que ustedes dentro de la admisibilidad lo hacen conforme así lo determina el artículo 76.7.a), y así en concordancia con la disposición legal del 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, manifiesto ello, leído que ha sido porque sería volver a repetir lo que fiscalía dice, no han hecho ningún tipo de aseveración lógica, ahí si le volvería lógica, no han hecho una interpretación a este recurso con razonabilidad pero si puedo decirles señores jueces que se ha hecho con toda la comprensibilidad en forma clara, motivada por los jueces de la Corte Provincial de Justicia en contra del señor Segundo Franklin Llivigañay en aplicación perfecta a la disposición legal del articulo 186 y nótese señora jueza que el abogado recurrente del señor Álvarez, solo lee la parte que le conviene, pero no dice que la sentencia le fue aplicada en el artículo 186 inciso segundo

del Código Orgánico que me permito con la venia de su señoría solo leerle una partecita, la persona que perjudique a más de dos personas o su monto sea igual o mayor a los cincuenta salarios básicos unificados, eso es lo que pasó, se perjudico a Jorge Luis Carpio y otros, lo que no dice también que el señor Milton Iván Álvarez Samaniego, pues él era el gestor de tener sus oficinas en el edificio Tapia segundo piso, por eso que la Corte sabiamente al hacer el análisis hace la aplicación, utiliza el articulo 186 segundo inciso y les dan la calidad de lo que dispone el artículo 42.1.A con la agravante del artículo 47.5, y así mismo hacen la aplicación perfecta del artículo 44 inciso tercero, considerando de que él es el autor para que exista la complicidad de Segundo Franklin Llivigañay Iñiguez, señora jueza sería por demás analizar la sentencia subida en grado hacia su señorías y a la Sala, los señores jueces con fecha 20 de junio al cual atacan a la sentencia de 20 de junio del 2018 las 11h44. Por cuanto ninguno de los dos recurrentes ha hecho un análisis, ni siquiera se han pronunciado, dónde, en qué parte de la sentencia se ha hecho la violación a la motivación del artículo 76.7.l), por eso señores jueces, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76.7.l) es muy claro, motivación, existe suficiente y abundante motivación, tanto del Tribunal Juzgador, cuanto los jueces de la Corte Provincial, donde interpusieron el recurso de apelación, con los antecedentes expuestos no se ha demostrado en absoluto la falta de motivación, por lo tanto señora juez este abogado a nombre de los acusadores particulares solicito se rechace el recurso de casación interpuesto por los hoy recurrente y se les confirme la sentencia subida en grado de la Corte Provincial."

4.5. Intervensión del procesado no recurrente a través de su defensor público, doctor Pablo Corrales.

"Señora jueza mi comparecencia es a nombre del señor David Leonardo Llivigañay Iñiguez, quien, ha sido sentenciado en este caso, su recurso no fue admitido a trámite, por lo tanto es no recurrente, al respecto considera que no se ha vulnerado ningún derecho constitucional suyo ni en esta diligencia, por lo cual no tengo ninguna alegación que hacer señora juez. Señora jueza quería saber si me va a dar la contra replica y una igual que quería que se le dé el derecho de última palabra al señor Milton Álvarez." (Sic.)

4.6.Réplica.-La defensa del procesado Segundo Llivigañay Íñiguez, dijo:

"Primero una aclaración al realizar mi primera intervención justamente hubo un error a la expresión e hice referencia el literal i), es el literal l) y ese el motivo por lo que al fundamentar su recurso no lo hizo porque una persona ha sido sentenciada dos veces por la misma causa, lo hizo por la falta de motivación de la sentencia, al carecer de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, algo muy importante y que ratifica la intervención por esta defensa en representación del señor Segundo Franklin Llivigañay Iñiguez. Lo que acaba de manifestar Fiscalía al hacer referencia y al contestar la fundamentación de mi recurso, que él es claro al expresar en su fundamentación que no se han determinado los elementos, ni se han enumerado con los cuales se establece la responsabilidad de su representado, fiscalía dice que para eso hay que referirse 5.4.2 de la sentencia al que él hizo referencia que justamente no se había desarrollado correctamente en la sentencia y hace referencia a hechos por ejemplo dice que los procesados actúan con otros nombres, en ninguna parte del proceso parece que mi representado haya actuado con otro nombre, entonces esto es una afirmación incoherente con los hechos que constan en la sentencia y que las hace Fiscalía en esta audiencia, de igual forma dice que le hacen la entrega a un señor Molina de los vehículos, que su representando jamás se ha hecho pasar por el señor Molina y no recibió ningún vehículo. (…) Si doctora justamente por este motivo es la contrarréplica para hacer alusión a los hechos que erradamente ha invocado fiscalía al hacer contestación al recurso, justamente por eso señora jueza, que él no puedo hacer replica de hechos que no ha pronunciado Fiscalía, que está haciendo su contrarréplica de los hechos pronunciados por Fiscalía, no pretendo incidentar, que procura ser técnico en sus intervenciones, finalmente señora jueza me permito alegar lo que dispone el artículo 656.6 del Código Orgánico Integral Penal, es decir, ante la eventualidad de que el recurso de casación que ha sido fundamentado en esta audiencia hubiese sido erróneamente hecho, hubiese sido erróneamente planteado ante ustedes señores jueces de esta Sala de la Corte Nacional de Justicia ustedes al encontrar motivos para casar la sentencia deben expresarlos en su resolución y así hacerlos cons-

tar a favor de las personas que de uno u otro modo no hubiesen fundamentado de manera debida su recurso, con eso termino mi intervención ratificando el pedido en mi intervención anterior de que se debe aceptar los cargos de casación propuestos por esta defensa en representación del señor Segundo Franklin Llivigañay Iñiguez y declarar el estado de inocencia a mi representado. Juez: doctor en ningún momento usted solicitó la nulidad constitucional, que pide el estado de inocencia. Abogado defensa en representación del señor Segundo Franklin Llivigañay Iñiguez, hago la corrección, la nulidad constitucional justamente por los cargos invocados al fundamentar el cargo de casación aceptado en la admisibilidad por esta sala de la Corte Nacional de Justicia." (Sic.)

4.7.Réplica.- La defensa del procesado Milton Iván Álvarez Samaniego, dijo:

"Si muy concreto con respecto a lo manifestado por la señora representante de la Fiscalía General del Estado, un punto que ha indicado que los procesados actuaban con otro nombre y que sacaron un anuncio en el Comercio, su defendido jamás sacado un anuncio en el Comercio ni se puso otro nombre, y ha manifestado un hecho con el señor Rommel Vicente Macas y aquí el hecho esta en el 5.4.3 y Rommel Vicente Macas manifiesta que mi defendido estaba chequeando, chequear no es uno de los verbos rectores del artículo 186, es decir no tiene nada que ver con el tipo penal artículo 186 de estafa, con respecto a lo manifestado por el señor representante de la acusación particular, dice que no hemos indicado donde se encuentra el error, hemos indicado expresamente que en mi caso es el 5.4.3 donde se habla de la responsabilidad de mi defendido, eso no está bien fundamentado y lo he explicado porqué y si hemos fundamentado, igual dice que mi defendido es el gestor de esto y la conducta determinada en el tipo penal no se subsume ni en ningún momento su defendido se ha visto inmerso en los verbos rectores, él no tiene nada que ver en el hecho, señores jueces por lo dispuesto solicito que se declare la nulidad constitucional a fin de que una nueva audiencia se pueda verificar estas faltas de fundamentación que existen en la sentencia, hasta aquí mi intervención señora jueza." (Sic.)

4.8. Intervención del ciudadano Milton Álvarez Samaniego:

"Yo soy Milton Iván Álvarez Samaniego, yo cree la compañía, la empresa "Corporación Álvarez de la Torre Unicredit" Compañía Limitada, yo cree esta compañía porque mis hijos cursaban sus estudios superiores en la carrera de ingeniería automotriz y odontología, el objeto social de mi compañía fue compra de aceites y lubricantes e insumos automotrices, si por mi varón e importación y exportación de equipos médicos y odontológicos por mi hija, en ningún momento nosotros hemos pensado en compra y venta de vehículos, alquiler de vehículos o lo que ellos hacían constar en su membrete construcción de vías, aceras, bordillos y carreteras, nosotros no hicimos esto y me entero en el mes de noviembre de 2016 de este problema porque un señor Francisco López me llama por teléfono y me dice Corporación Álvarez de la Torre y le digo sí señor, me tome unos minutos explicándoles que a mí me estafaron con 65000 dólares en aceites por una empresa "KIATRUMS" la empresa "KIATRUMS" me roba los aceites y me paga con certificados de depósito falso a lo que yo le puse la denuncia, entonces este señor inmediatamente me dice señor Álvarez contésteme el teléfono en unos minutos, se había acercado a la supuesta oficina que tenía y me contesta un señor Francisco Molina muy déspota me dice le estoy grabando la llamada señor Álvarez y le digo quién es usted y me dice soy representante de la corporación Álvarez, me hirvió la sangre señora jueza, señores jueces inmediatamente le procedí a insultarle al señor, le dije sinvergüenza, mamarracho, el representante legal de mi empresa es mi señora, es mi esposa, la empresa es de mis hijos y le recomendé al señor López que me llamó, le digo cierre la puerta no les deje salir, llame a la policía porque le están robando, ahí yo me enteré señora jueza de este problema, al siguiente día me acerco a la Fiscalía porque estaba preocupado de eso, con la novedad que desde el día 15 de noviembre de 2016, ya habían algunas denuncias a la corporación, entonces me asesoro con un abogado, el doctor Soria en ese tiempo, Francisco Soria fue mi abogado y el doctor me pregunta don Milton usted recibió vehículo?, digo señor no conozco nada de esto, don Milton usted firmó contratos? Le digo que desconozco esta situación, don Milton usted recibió dinero con estos?, ya me enoje con el doctor, le digo que no conozco nada de esto, entonces

el doctor me asesora y me dice Milton no es el mismo nombre porque ellos tomaron el nombre de Corporación Álvarez se olvidaron de la Torre UnicreditCia. Ltda., sociedad anónima, entonces me dice el nombre no es el mismo, usted no recibió vehículos, usted no ha recibido dinero, usted no ha firmado contratos, es fácil demostrar la usurpación del nombre, sin embargo en la Fiscalía 1, 2 y 3 con fecha de 17 de noviembre yo deje constancia y casillero para saber alguna cosa, no me descuide de esto y yo continuamente le llamaba al doctor Soria y le preguntaba al doctor Soria y le preguntaba algo, nada me dijo el doctor Soria, hasta que sorpresa el 2 de febrero del 2017 allanan mi casa y me llevan a flagrancia, el momento que llego a flagrancia me detienen en una de esas celda y el momento que me llaman a rendir mi versión, me juntaron con un poco de personas que jamás en mi vida les había visto, ha sido la secretaria, el supuesto chofer y el representante legal, el representante legal es el señor Francisco Molina que ahora sabemos que se llama Leonardo Llivigañay, él fue el guarda almacén de la empresa KIATRUMS, los que me robaron a mí los 65.000 dólares en aceites, él era el guarda almacén, como tuvo mis datos, yo firme un contrato legalizado en la notaria la 55 me parece que es en el condado, entonces tenía acceso a mi nombre, pero ni hasta eso pudo hacer bien, porque Corporación Álvarez de la Torre UnicreditCia. Ltda., no es Corporación Álvarez Unicredit S.A., desde ahí empezó toda la cosa, a mí me vinculan porque este señor Llivigañay decía que el dueño y el jefe de esto se llamaba Milton Álvarez, pero no se dio cuenta si quiera que la empresa era de mi mujer, de mis hijos, doy gracias a Dios que me vincularan a mí, porque si les pasaba algo a mis hijos ahí hubiera sido otra cosa, doy gracias a Dios, estoy indignado de esto, me vinculan porque yo he sabido ordenar vía teléfono, vía correo electrónico, vía Wthatsaap con el señor perito Cabo Primero Hilton Maya, este señor perito hace la triangulación de llamadas, pero en ningún momento vincula mis números telefónicos o algún número que me quieran relacionar a mí, todo fue entre esta red de delincuentes que se unieron. Yo solicito que por favor se ratifique la sentencia que fue expuesta en primera instancia, analizaron punto por punto, hecho por hecho y no tuvieron relación, veintinueve personas tuvieron que pasar rindiendo sus testigos entre peritos y una persona dice haber visto que yo me rodeaba que chequeaba, digo señores frente a ese edificio que yo me di el trabajo de ir a visitar, hay dos cámaras del ojo de águila, teniendo hora fecha y día, por favor yo solicito que se declare lo que mi abogado defensor está solicitando, gracias." (Sic.)

QUINTO.-Consideraciones del Tribunal de Casación.

5.1. La casación penal

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** […]. (Lo resaltado nos corresponde).

Sobre el deber de los juzgadores de sujetarse y garantizar el debido proceso la 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.
> 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" […]

La 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"[1].

ii. "En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales). Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in peius, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc."[2].

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".

La Corte Constitucional del Ecuador, en funciones 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

[1] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

[2] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público, respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno."[3]

Sobre el principio de legalidad, la 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.

Sobre la naturaleza del recurso de casación, la Corte Constitucional del Ecuador, 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, planteó que:

> 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 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 la sentencia en referencia a estas tres circunstancias.
>
> Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos 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 […].
>
> 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-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. 0003-09-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.' […].

Decisión con la cual hemos de entender que el recurso de casación conlleva también al estudio del trámite por el cual se llegó a emitir la sentencia cuestionada.

5.2. Sobre la materia del recurso de casación.

En lo principal, este Tribunal de Casación considera que los cargos en contra de la sentencia,

[3] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 0849-13-EP, de fecha febrero 4 de 2015.

expuesto por la defensa técnica de los recurrentes, se contiene en el siguiente punto.

a) Respecto del ciudadano Franklin Llivigañay Íñiguez: Falta de motivación de la sentencia recurrida, por el vicio de contravención expresa de los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial.
b) Respecto del ciudadano Milton Iván Álvarez Samaniego: Falta de motivación de la sentencia recurrida, por contravención expresa al texto de la ley del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador

Una vez realizada esta diferenciación este Tribunal de casación considera imperativo manifestar que al ser concordantes las alegaciones formuladas por las defensas técnicas de ambos procesados, inicialmente se procederá a indicar de manera general qué constituye el vicio de falta de motivación, para posteriormente analizar de forma individual cada una de las alegaciones plasmadas dentro de la audiencia de fundamentación de los recursos de casación interpuestos.

Sin embargo, se ha puesto en debate esta garantía constitucional del debido proceso, cuyo cumplimiento y verificación es obligación de todos los jueces en su rol de garantes. Por lo que este Tribunal de Casación debe verificar que la sentencia impugnada esté de acuerdo con esta regla constitucional. Para este particular, este órgano jurisdiccional considera necesario, en primer lugar, revisar las reglas de la motivación y los estándares internacionales, constitucionales y legales que permiten determinar si una decisión cumple o no con esta garantía.

La motivación de las decisiones judiciales es una de las garantías básicas del debido proceso y un componente fundamental del derecho a la defensa, contenida en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador. En virtud de los artículos 11.3 y 426 ibídem, y, 5 del Código Orgánico de la Función Judicial. Es obligación de los jueces aplicar directamente las normas constitucionales, además los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador son de inmediato cumplimiento y aplicación.

El debido proceso es un derecho consagrado en la Constitución en su artículo 76 y una de sus garantías básicas es la emisión de decisiones motivadas[4]. La garantía de motivación como parte del derecho al debido proceso debe aplicarse de forma directa, por lo que todos los órganos jurisdiccionales deben emitir sus resoluciones respetando esta norma; deviene de manera lógica y natural que por la interposición de un recurso, las juezas y jueces a quienes corresponda conocer y resolver el medio de impugnación tienen que cumplir con tal obligación y verificar que la decisión puesta en su conocimiento haya aplicado las normas constitucionales, esto en virtud de la disposición del artículo 76.1 de la Constitución de la República del Ecuador, que ordena: "Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes".

La garantía de la motivación como obligación de las juezas y jueces en la emisión de sus resoluciones, es fundamental para el respeto y ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales, pues, en palabras de la Corte Constitucional para el periodo de transición, permite conocer "el fundamento por el cual se pronunció en determinada forma el juez 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"[5]. La obligación de motivar se articula plenamente con el derecho de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, de manera que, las ciudadanas y ciudadanos no queden en indefensión y confíen en el sistema de administración de justicia.

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

[4] **Art. 76.**- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: […] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: […] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

[5] Ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición, sentencia No. 048-11-SEP-CC, de 08 de diciembre del 2011, en el caso No. 1252-10-EP.

"**Artículo 8. Garantías Judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

En base a esta norma, sobre la motivación de las sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tristán Donoso vs Panamá[6] se expresó en los siguientes términos:

"152. En cuanto a lo alegado por los representantes sobre la falta de motivación de la sentencia respecto de la divulgación de la conversación telefónica, la Corte ha señalado que la motivación 'es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión'[134]. **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[135].

153. **El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias**[136]. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, **en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiore**s. 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[137].

154. La Corte ha precisado que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, si no que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha[138]." (El énfasis nos corresponde)

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación es una de las "debidas garantías" del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para salvaguardar el derecho a un debido proceso. En atención a los deberes convencionales del Estado, es obligación de todas las autoridades públicas, en específico los órganos jurisdiccionales, aplicar esta garantía, y por la interposición de un recurso, velar que haya sido aplicada por parte del juez inferior.

El mandato constitucional del artículo 76.7.l), es expreso y claro:

"**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". (El énfasis nos corresponde)

[6] Corte IDH, caso Tristán Donoso vs Panamá, Sentencia de 27 de Enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 152, 153. Las referencias de la cita corresponden a las siguientes:

[134] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107, y Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 77.

[135] Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo'), supra nota 134, párr. 77.

[136] Cfr. Caso Yatama, supra nota 10, párr. 152; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, supra nota 134, párr. 107, y Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo'), supra nota 134, párr. 78.

[137] Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo'), supra nota 134, párr. 78.

[138] Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo'), supra nota 134, párr. 90.

Disposición, que pese a no requerir ley para ser aplicada directamente por todos los jueces, está replicada en el ordenamiento jurídico infraconstitucional, y por tanto materia propia de la casación. El Código Orgánico de la Función Judicial, al desarrollar la norma constitucional, tanto del rol garantista de los jueces como de la garantía constitucional y legal de motivación de las decisiones judiciales, establece:

> "Art. 4.- PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial **aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía**. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.
> […]" (El énfasis nos corresponde)
> Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- **Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución**, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: […]
> 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. **Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados <u>serán nulos</u>**; […]" (El énfasis nos corresponde)

En materia penal, que es la que nos ocupa, el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 5.18, concuerda con la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y establece la obligación de los jueces (de garantías penales, de juicio, de apelación, de casación, revisión, etc.) de motivar sus decisiones:

> 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:
> […]
> 18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.

Por las normas citadas, los jueces, a efecto de cumplir con su rol primigenio de garantes de derechos, por disposición expresa constitucional, en aplicación directa de normas internacionales de derechos humanos, de la Constitución y de la ley, deben respetar la garantía de la motivación en sus decisiones; y, de mediar un recurso, tienen el deber y la facultad de analizar la sentencia impugnada para determinar si se encuentra o no inmersa en lo establecido en los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

El artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador establece como una garantía mínima del debido proceso, que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas; para la existencia de motivación, la norma referida establece dos requisitos:

i) la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión; y,
ii) la explicación la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

El Tribunal de Casación, en cumplimiento de las disposiciones de la Constitución y la ley, realizará el análisis de motivación bajo preceptos procedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como normativa nacional respecto a qué requisitos debe reunir un fallo para encontrarse motivado. A los que ya se hizo referencia.

Bajo los parámetros enunciados, la fundamentación del razonamiento judicial en la sentencia debe demostrar que los argumentos relevantes de las partes procesales han sido debidamente tomados en cuenta, lo que demostraría que han sido oídas y sus peticiones contestadas de manera adecuada según la naturaleza de la decisión.

Asimismo, la construcción del razonamiento judicial debe ser lógico; es decir, que exista una relación coherente y de fácil comprensión entre las premisas fijadas por el órgano juzgador y la conclusión a la que arriba; asimismo, en relación a este parámetro, debe constar que se hayan fijado los hechos considerados demostrados fruto de un análisis de la prueba y se hayan enunciado las normas y principios jurídicos que fundamentan la decisión, explicando la pertinencia de su aplicación al caso concreto, de conformidad con el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador.

Es imperativo recordar que, si se alega que la

sentencia no contiene el requisito de motivación, se debe señalar razonadamente porqué el fallo carece de la misma; esto es, se debe especificar en qué parte de la sentencia no se ha incumplido con la obligación del juzgador de fundamentar su decisión. Por consiguiente, la fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con las circunstancias a que se refiere la violación, sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia no está motivada o carece de este requisito, es necesario que se proponga cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción.

Una vez realizada esta precisión, este Tribunal procede a analizar las alegaciones formuladas por los procesados.

5.3. Recurrente Franklin Llivigañay Íñiguez.

La defensa técnica del impugnante invocó la causal de contravención expresa al texto de la ley del artículo 76.7.l de la Constitución de la República del Ecuador y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, normas que prevén la garantía de motivación y que establece la obligación de los jueces de motivar sus decisiones.

En consecuencia, es menester señalar que, de manera general se considera violación a la ley por contravención expresa a su texto, cuando el juzgador no aplica una disposición jurídica para resolver la cuestión puesta en su conocimiento, pese a que, después de la valoración probatoria, los hechos considerados probados guardan identidad con los presupuestos de hechos previstos en la norma cuya aplicación se ha omitido.

Por consiguiente, para que el recurso de casación respecto a esta causal en específico esté debidamente fundamentada, es indispensable que el recurrente no solo identifique las normas que considera quebrantadas con mención clara de la causal que invoca, sino también que explique cómo se ha configurado el vicio argüido, demostrando la pertinencia de las normas que acusa como violentada al caso en concreto, además que, como ya se indic**ó e**n párrafos anteriores al poner en tela de duda la garantía constitucional de motivación, es obligación del recurrente demostrar al Tribunal de casación las razones por las que considera que el análisis y razonamiento realizado por el Tribunal Ad quem, es incompleto, insuficiente o inexistente, sin incurrir en imputaciones vagas.

En el caso *in examine*, la defensa técnica del procesado manifiesta que la sentencia subida en grado adolece de falta de lógica, razonabilidad y compresibilidad, sin embargo, con la finalidad de sustentar el cargo formulado, acusa:

> "(…)no existe razonabilidad en el numeral 5 y 5.4.2 de la sentencia, pues no se enuncian las normas constitucionales ni legales que den sustento a los argumentos que motiven a la resolución que está casando en esta audiencia; no determina la pertinencia de normas y de igual forma no existe una relación entre los hechos determinados en las responsabilidad de su representado en calidad de cómplice tal y como está establecida en la Corte Provincial al ratificar la sentencia del Tribunal ad-quo con la aplicación normativa penal ni constitucional, es decir no hay una relación fáctica completa y ningún articulado legal en que se sustente, porque la sentencia carece del requisito constitucional del debido proceso a la motivación, continuando con esta fundamentación me refiero al segundo punto, la falta de lógica, la sentencia no tiene una coherencia entre las premisas que se invocan a lo largo de la sentencia, al redactar la sentencia en los diferentes considerandos no tienen una coherencia con la conclusión y no hay lógica ya que en el numeral quinto, esto es importante por favor señores jueces observar no se desglosa los hechos imputados en forma individual como era obligación de la Corte si pretendía ratificar la sentencia del Tribunal inferior, tenía que haber desglosado uno por uno los hechos imputados en forma individual lo que en la especie no se ha hecho, lo que en la especie no sucede para que se pueda establecer las premisas, la premisa menor es la constitución de los hechos que deben llevar a subsumir a la premisa mayor tipo penal, en este caso cual es el tipo penal que tenía que haberse establecido era la complicidad en el delito de estafa por lo que la conclusión es incoherente con las premisas de la sentencia; tercer punto que carece la sentencia invocada comprensibilidad, no existe raciocinio ni lógica, por lo tanto no puede ser comprensible la sentencia en la que estoy fundamentando en este momento en el recurso de casación, de la misma forma señores jueces, la argumentación jurídica no guarda relación con lo argumentado y manifestado en la sentencia, de esta forma cumplo con el requisito de la causal casacional establecida y que la he invocado al principio de esta intervención. Los errores de la motivación se la encuentra en los numerales

4, 5 y fundamentalmente en el punto 5.4 que se refiere al análisis de los puntos controvertidos, eso dice textualmente la sentencia, y contrastación de la prueba actuada muy importante en la fundamentación de lo que deber ser tomada en cuenta por ustedes para tomar la decisión. Se advierte la falta de normativa como la incoherencia en los fundamentos de hecho y de derecho, además una falta de individualización de la conducta y la responsabilidad, se le acusa a su representado de ser cómplice de un delito de estafa y no existe el detalle e individualización de cuáles son los elementos para establecer la conducta y el grado de responsabilidad, de igual forma hay una infundada forma de una determinación de los hechos, solo con el sustento de hechos incriminatorios como ausencia de los actos exculpatorios por lo que afecta el fondo del derecho a la motivación.(…)" (Sic.)

Alegaciones que evidentemente son imprecisas pues únicamente se limitan a manifestar que no existe relación entre la premisa mayor y la premisa menor, así mismo, indica que no se han aplicado normas de carácter legal ni constitucional, sin que especifique qué normas son aquellas que a su criterio no han sido tomadas en cuenta por el Ad quem, además que, formula pedidos claros de que se revisen los hechos y valore la prueba nuevamente, actividad que de conformidad con el inciso segundo del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, se encuentra prohibida para el Tribunal de casación.

El procesado en su fundamentación pretendió de forma superficial demostrar la presunta configuración de un vicio de falta de motivación, sin embargo, no realiza el ejercicio lógico jurídico indispensable para proponer conforme a derecho sus alegaciones, pues si bien identifica en qué parte de la sentencia recurrida considera se ha configurado el vició argüido, no demuestra de forma concreta los motivos por los que el razonamiento judicial que es impugnado, es insuficiente, ilógico o incompleto y cómo consecuentemente se ha vulnerado el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que evidentemente al no haber sido fundamentado conforme a derecho su alegación, las misma es rechazada.

5.4. Recurrente Milton Álvarez Samaniego.

La defensa técnica del impugnante invocó la causal de contravención expresa al texto de la ley del artículo 76.7.l de la Constitución de la República del Ecuador, norma que prevé la garantía de motivación.

Como ya se señaló en líneas anteriores, el vicio de contravención expresa al texto de la ley tiene que ver cuando el órgano juzgador pluripersonal, luego del ejercicio de valoración de la prueba establece aquellos hechos que se consideran como probados y al momento de aplicar las normas que son pertinentes para resolver un caso en concreto, una de ellas es excluida de este proceso lógico jurídico.

Por lo que evidentemente el recurrente cuando invoca la causal de contravención expresa al texto de la ley, no solo debe individualizar las normas de derecho que considera han sido infringidas, sino también, debe demostrar la pertinencia de las normas invocadas, así como, la forma como se ha producido la infracción de las mismas, sin que incurra en imputaciones y alegaciones vagas, alejadas de la técnica que exige este extraordinario medio de impugnación.

De igual forma, al acusar al fallo recurrido del vicio de falta de motivación, es obligación del recurrente demostrar al Tribunal de casación las razones por las que considera que el análisis y razonamiento realizado por el Tribunal Ad quem, es incompleto, insuficiente o inexistente, requisito sine qua non para la prosperidad del recurso de casación.

En el presente caso, el recurrente con la finalidad de sustentar el vicio argüido ha manifestado:

"(…)al respecto señores jueces, no nos encontramos, esa es la parte de la sentencia donde existe el error y como es que nos perjudica, en primer lugar los jueces dicen que establecen la responsabilidad más allá toda duda razonable y el artículo 5 de Principios Procesales en el literal 3 dice para establecer la responsabilidad de una persona nosotros tenemos que hablar del convencimiento, si yo hablo de duda razonable es porque voy a ratificar el estado de inocencia pero si hablo de convencimiento es que voy a sentenciar a la persona procesada, también hablan e indican que los jueces de primera instancia hacen un razonamiento de las categorías dogmáticas, que él también hizo un razonamiento de las categorías dogmáticas y no encontró por ninguna parte la responsabilidad del señor Milton Álvarez, si hablamos de la escuela finalista, estamos hablando que debe haber algunos elementos, por ejemplo el sujeto activo Milton Álvarez, sujeto pasivo, no existe sujeto pasivo porque el señor Álvarez no se hizo entregar, ningún vehículo, no firmo ningún

contrato, ni deformó los hechos, ni ocultó la verdad, ni indujo a ninguna persona para que esta firme o le entregue ningún vehículo, es decir no hay sujeto pasivo, aquí señores jueces con respecto al señor Milton Álvarez y si hablamos del elemento subjetivo que estamos hablando del dolo conocimiento y voluntad, él en ningún momento supo los hechos que se estaban dando, no conocía y mucho menos quiso realizar los hechos señores jueces y esto no lo indican aquí los señores jueces de la Corte Provincial, la fundamentación que realizan los jueces dicen que es en base a la sana critica, pero esto no es a la sana critica, porque es un análisis sesgado de los elementos de cargo, en ningún momento analizan los elementos de descargo, porque si los jueces hubiesen cumplido con su principio que es imparcialidad, hubiesen analizado elementos de cargo y elementos de descargo y no solamente mencionar los elementos de descargo, que analizando de una manera sesgada para según ellos dar una responsabilidad de mi defendido que no la tiene y tampoco subsume su conducta en los verbos rectores, por eso es que el razonamiento lógico era el de los jueces de primera instancia que no había responsabilidad alguna de su defendido, por lo expuesto señores jueces y también hay una sentencia de la Corte Interamericana que hablamos del caso Marín Cegarra, y él nos habla de cómo se debe analizar los testimonios de los coprocesados dice: "que el testimonio del coprocesado es una prueba iniciaría que solo debe haber más elementos de convicción para que una persona se le pueda dar una sentencia", y en este caso del testimonio de los coprocesados es tomado muy a la ligera por los señores jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia y le dan un valor que no debe tener, porque debe ser analizado con más prueba que exista, señores jueces esta es la fundamentación y el pedido que hace esta defensa es que se acepte la casación por falta de fundamentación y se declare la nulidad constitucional de esta sentencia que no tiene ninguna fundamentación, hasta aquí mi primera intervención. (…)"(Sic.)

De las alegaciones vertidas por la defensa técnica del procesado, este Tribunal observa que, si bien identifica la parte de la sentencia en la que considera se ha configurado el vicio acusado, al momento de sustentar las razones por las que considera existe el mismo incurre en imputaciones vagas, que inherentemente pretenden una nueva revisión de hechos y valoración de prueba, pues los mismos versan en torno a su inconformidad con el valor que se les ha dado tanto a los supuestos elementos de descargo aportados del procesado, como el valor que el Ad quem le dio al testimonio del mismo, imputaciones que incurren en la prohibición prevista en el inciso segundo del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal; y, que en consecuencia acarrean la improcedencia del cargo acusado.

5.5. Ergo de lo manifestado, de conformidad con lo dispuesto con el artículo 657.6 del Código Orgánico Integral Penal, este Tribunal evidencia que la sentencia subida en grado adolece de un vicio de puro derecho, toda vez que, el órgano juzgador pluripersonal aplicó indebidamente el inciso segundo del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, cuando debió aplicar en su lugar el artículo 376.2 de la Constitución de la República del Ecuador, por las siguientes razones:

1.- El artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, por el que fue sentenciado el procesado Milton Iván Álvarez Samaniego, prevé:

> **Art. 186.- Estafa**.- La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.
>
> (…)
>
> La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años." (Sic.)

Mientras que, el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone:

> "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
>
> (…)
>
> 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada." (Sic.)

En la presente causa, el Tribunal Ad quem respecto del procesado Milton Iván Álvarez Samaniego, fijó como probados los siguientes hechos:

" De la revisión procesal tenemos que el testigo Rommel Vicente Macas Torres manifiesta que cuando entregó el vehículo también estaba el señor Milton Alvarez "chequeando"; al contrainterrogatorio de la defensa del señor Milton Alvarez, manifiesta que aquél día en que entregó su vehículo, "el señor Alvarez Samaniego estaba en la oficina pero no sabía el nombre, que lo conoció cuando se hizo las investigaciones, lo reconoció cuando le presentaron unas fotografía, que no habló con él ninguna vez, que él hablaba con sus empleados sobre los vehículos, en su caso, de su vehículo, escuchó que dijo que vaya a chequear el vehículo, lo escuchó a 4 metros en voz baja, que estaba vestido normalmente con ropa de oficina (…)"; y, al contrainterrogatorio de la defensa del señor David Llivigañay, dice que viajó a Loja, llegó a la mecánica El Gato, quien manifestó "que el señor Alvarez le había entregado los vehículos como forma de pago por un dinero que el señor Alvarez le debía (…)". Marco Zevallos, en su testimonio, manifiesta que cuando entregó su vehículo en la planta de abajo, "que el señor que estaba prendiendo el vehículo no lo pudo hacer, es el de rojo el señor Alvarez, lo reconoce en la audiencia, era el que no podía prender el vehículo, el salió del edificio Tapia (…)". El testigo Juan José Orozco manifiesta que viajó a la ciudad de Loja, llegó a la mecánica El Gato, habló con el dueño Carlos Amay, le indicó fotografías de su automotor, respondiéndole que dichos automotores "le había entregado el señor Alvarez (…), que le había dado en 18.000 dólares por una deuda que tenía (…)". La señorita Erika Villalba, trabajadora de la empresa, manifiesta que llamaba al señor Milton Alvarez por orden de Francisco Molina, y que Alvarez le indicaba cómo atender a los clientes, aunque afirma que no lo conocía personalmente, pero que el Ing. Molina le dijo que Alvarez era el jefe. Finalmente tenemos el testimonio del agente policial Edison Bonifaz Damián, quien estuvo a cargo de las investigaciones para localizar los automotores, manifestando que viajó a Loja por tres ocasiones, que tomó contacto con el señor Amay que tiene una mecánica, quien le dijo que los vehículos le había entregado el señor Milton Alvarez. En fin, se trata de abundante prueba que incrimina al señor Milton Alvarez, más allá de toda duda razonable, de ahí que nos llama profundamente la atención el hecho de que el Tribunal A-quo, luego de valorar las pruebas y realizar un enfoque de las categorías dogmáticas, que incrimina al ciudadano procesado, súbitamente llegue a la conclusión de que existe una duda razonable, y decimos esto por cuanto en su resolución menciona que "los procesados SEGUNDO FRANKLIN LLIVIGAÑAY IÑIGUEZ, MILTON IVÁN ALVAREZ SAMANIEGO y DAVID LEONARDO LLIVIIGAÑAY IÑIGUEZ, bajo el ardid de que allí funcionaba la corporación AlvarezUnicredit (…) se hicieron entregar varios vehículos y maquinaria (…)", para luego, al enfocar los elementos subjetivos del tipo penal, referir que la voluntad de los actores "se revela con el acto realizado por los procesados SEGUNDO FRANKLIN LLIVIGAÑAY IÑIGUEZ, MILTON IVÁN ALVAREZ SAMANIEGO y DAVID LEONARDO LLIVIIGAÑAY IÑIGUEZ de haberse presentado como integrantes de una empresa dedicada al arrendamiento y leasing de vehículos, que había ganado una licitación para el proyecto Metro Quito y ofrecerles a los interesados excelentes dinerarias mensuales por el arrendamiento de sus vehículos, haciéndose entregar esta manera varios vehículos y maquinaria sin que jamás hayan pagado dichos dividendos ni devuelto los vehículos (…)". Consiguientemente no se comparte la decisión asumida respecto al señor Milton Álvarez, ya que la prueba actuada establece su responsabilidad más allá de toda duda razonable." (Sic.)

Hechos fijados como probados por el Tribunal Ad quem, respecto de los cuales no se establece en forma clara c**ómo e**l procesado Milton Álvarez Samaniego subsumió su actuar a la conducta tipificada y sancionada en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, pues de ninguna manera, de lo relatado en la sentencia impugnada se evidencia que se haya llegado al convencimiento mas allá de toda duda razonable respecto de la responsabilidad del procesado, por lo que en consecuencia, lo que correspondía es que se ratifique su estado de inocencia en razón de que el mismo no ha podido ser destruido, al existir la duda razonable a su favor en el cometimiento del ilícito por el que se le procesó (estafa)

Por todo lo expuesto y al evidenciarse el error de derecho en el que incurrió el Tribunal Ad quem, esto es, la aplicación indebida del inciso segundo del artículo186 del Código Orgánico Integral

Penal cuando debió aplicar el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, siendo necesario corregir el error de derecho con sustento en el análisis realizado a lo largo de esta sentencia, de conformidad con el artículo 657.6 del Código Orgánico Integral Penal, se debe casar de oficio el fallo subido en grado.

SEXTO.- Resolución

En virtud de lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales anotadas, en atención al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, y, con fundamento en el artículo 657.6 del Código Orgánico Integral Penal, "**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**", este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad resuelve:

1.- Declarar improcedentes los recursos de casación planteados por los procesados Segundo Franklin Llivigañay Íñiguez y Milton Iván Álvarez Samaniego.

2.- Con sustento en lo dispuesto en el artículo 657.6 del Código Orgánico Integral Penal, casar de oficio la sentencia subida en grado por verificarse la indebida aplicación del inciso segundo del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal cuando debió aplicar el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, en consecuencia, se ratifica el estado de inocencia del procesado Milton Iván Álvarez Samaniego, al existir duda razonable respecto de su participación en el cometimiento del delito de estafa, por lo que se ordena el levantamiento de todas la medidas cautelares de carácter real y personal que pesen en su contra; y,

3.- Ejecutoriada la sentencia, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución.- **Notifíquese, cúmplase y devuélvase.-**

f) Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E); Dr. Iván León Rodríguez, JUEZ NACIONAL (E).

VII

Juicio Nro. *09286-2015-04785*
Resolución Nro. *971-2020*
Fecha: *21 de agosto del 2020, las 12h38.*

TEMA: Análisis del dolo civil y del dolo penal en un caso de estafa.

ASUNTO DEL CASO

El presente proceso lo sigue la Fiscalía en contra del señor L. E. T. K. Y., por el delito de estafa, tipificado en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal. En la causa se discute si cabe la aplicación del principio de mínima intervención penal, estableciendo la diferencia entre el dolo civil y el dolo penal para determinar el carácter de la infracción.

PRIMERA INSTANCIA

El Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el Cantón Guayaquil dictó sentencia condenatoria en contra del procesado L. E. T. K. Y., por considerarlo autor directo del delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, por considerar que los hechos y circunstancias de la existencia o materialidad de la infracción conllevan a la culpabilidad penal del procesado.

SEGUNDA INSTANCIA
El tribunal de la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas rechaza el recurso de apelación interpuesto por el procesado y acepta parcialmente la apelación de la acusadora particular, modulando la sentencia en relación con la reparación integral.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 09286-2015-04785
Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO. Quito, viernes 21 de agosto del 2020, las 12h38.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES:

El 20 de febrero de 2019, las 10h02, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, dictó sentencia condenatoria en contra del procesado Luis Eduardo Torres Koun Yeng, por considerarle autor directo del delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP); en tal virtud, le impuso la pena privativa de libertad de un año, en aplicación del principio de favorabilidad, y multa de USD. USD. $ 50.00; además, a manera de penas no privativas de libertad, el a quo ordenó en contra de dicho procesado, "capacitación, programa o curso educativo", así como la pérdida de los derechos de participación; y, finalmente, como reparación integral a favor de la víctima, el pago de USD. $ 60.000.00.

Inconforme con la decisión que antecede, tanto el procesado Luis Eduardo Torres Koun Yeng, como la señora Dora Vargas Troncoso, en su calidad de acusadora particular, interpusieron recursos de apelación, para ante la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

El 13 de noviembre de 2019, las 11h51, la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, rechazó el recurso del procesado; y, aceptó parcialmente la apelación de la acusadora particular, "modulando la sentencia en relación a la reparación integral fijando la misma en USD. $ 64.550 dólares, que es el total de los recibos pagados que obran en el cuaderno procesal.".

Inconforme con tal resolución, el procesado Luis Eduardo Torres Koun Yeng presentó recurso extraordinario de casación, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

El 12 de junio de 2020, las 13h49, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, emitió auto mediante el cual, admitió el recurso de casación, únicamente por el cargo de indebida aplicación de los artículos 186 y 42.1.a del COIP.

Luego de haberse llevado a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación, se reduce por escrito la sentencia de mayoría asumida por los señores doctores Dilza Muñoz Moreno y Marco Rodríguez Ruiz, la cual, contiene los siguientes términos:

1. COMPETENCIA:

La Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con lo ordenado por los artículos 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ).

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, revisión y los demás que establezca la ley, según lo previsto por los artículos 184.1 de la CRE; 8 y 9 del COFJ, así como por las Resoluciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia Nos. 01-2018, de 26 de enero de 2018, 02-2018, de 1 de febrero de 2018 y del Pleno del Consejo de la Judicatura No. 197-2019; siendo que, el Tribunal de casación asignado a la presente causa, está conformado por el señor doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141 COFJ, así como por la señora doctora Dilza Muñoz Moreno y el señor doctor Wilman Terán Carillo, Jueces Nacionales (e).

2. VALIDEZ PROCESAL:
El recurso ha sido tramitado conforme lo dispone el artículo 657 COIP, en concordancia con el artículo de la 76.3 CRE; por tanto, al no advertirse que se haya omitido solemnidad sustancial alguna o vicio de procedimiento, este Tribunal de casación declara su validez.
3. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN:
3.1. Fundamentación del recurrente:
El doctor Cristian Romero, en representación del recurrente Luis Eduardo Torres Koun Yeng, en síntesis, manifestó lo siguiente:
Interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada por el ad quem, que rechazó la apelación de su patrocinado y aceptó parcialmente el recurso de la acusadora particular; conforme al auto de admisión, el recurso ha sido admitido por los cargos de indebida aplicación de los artículos 186 y 42.1 COIP; en este sentido, "el recurrente tiene que armar la proposición jurídica completa, respecto del cargo de casación propuesto, para lo cual se ha propuesto el artículo 186 (COIP) cuando lo correcto era la aplicación del artículo 76.2 (CRE), en referencia a la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Guayas"; mientras que, en relación al artículo 42.1 COIP, se debía haber aplicado el artículo 5.4 (ibídem), el cual se refiere al estado de inocencia del recurrente.
La defensa del casacionista agregó que el primer cargo, refiere al tipo penal, por el cual fue condenado su defendido, "porque el "tipo penal establece que la persona para obtener un beneficio para sí mismo o para otras personas, mediante formulación de hechos u ocultación de hechos verdaderos, e induzca a error a otra, con el fin de obtener un beneficio para sí mismo o para persona, por todo esto se ha propuesto la indebida aplicación del artículo 186 del COIP, porque la acción o conducta y de los hechos dados por probados, tanto por el tribunal penal, como en sede de apelación, se discuten en este escenario y en este momento, tenemos claramente que efectivamente se da como hecho probado que en este escenario se le contrata al señor Luis Eduardo Torres y como hecho probado consta que la acusadora particular le contrata al señor Luis Eduardo Torres para que le realice una casa, misma casa que se la realiza y queda como hecho probado que existe esta casa, es entregada a la acusadora particular, pero la misma se siente inconforme, también se manifiesta que se le ha realizado varios depósitos al señor Luis Eduardo como contratista, a fin que realice la construcción de la casa".
Acto seguido, la defensa del impugnante subrayó que el artículo 18 del COIP, describe a la infracción penal como la conducta típica, antijurídica y culpable, pero en el fallo recurrido no existe "análisis dogmático y necesario, porque toda conducta de tipo penal merece ser necesario que se realice un análisis, es decir no existe un análisis de tipicidad objetiva, un análisis de tipicidad subjetiva y al ser un delito de resultado, mismo que no se realiza un análisis de desvaloración de acción o de desvalor de resultado y en sede de antijuridicidad formal, como en sede de antijuridicidad material; tampoco se realiza un análisis en sede de culpabilidad y cómo nos ha enseñado el doctor Diego Luzón Peña y Santiago Mir Puig, existen tres elementos dentro de la culpabilidad, los cuales son: la imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, conducta típica que puede ser atacada por error de prohibición y exigibilidad del modo de actuar por miedo insuperable. En la tipicidad objetiva se constata la existencia del sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, elemento valorativo, elemento normativo, elemento descriptivo; y en la tipicidad subjetiva el elemento volitivo de dolo o culpa".
La defensa del contradictor reiteró que de los hechos que se dan por ciertos en el fallo recurrido, consta que en "la acción, acto y/o conducta de haber contratado para que realice una casa como contratista" y que el engaño se produce porque ya se había depositado el dinero en la cuenta de su patrocinado, lo que constituye un error de derecho, que debe ser corregido en sede de casación, porque en la sentencia impugnada no se han determinado la "realización de hechos falsos y tampoco la formación de hechos verdaderos y tampoco la inducción de error a otra persona", lo cual, conlleva a la existencia de un problema de carácter civil, en donde el ad quem debía aplicar el principio de mínima intervención penal y la presunción de inocencia "por estándar probatorio de sobrepasar por ínfima convicción y más allá de toda duda razonable, para poder condenar debía haber razonado los artículos 1461 a 1478 del Código Civil, que establecen lo que es acción, acto o conducta"; en este sentido, el presente caso "debe ser sometido a conocimiento de la justicia civil, por mínima intervención penal y por notoriedad y la norma penal y residualidad y al no haber hecho un análisis sucinto de los hechos del tipo objetivo y del tipo subjetivo, por tal motivo, persiste este error de derecho".

Finalmente, la defensa del censor afirmó que en cuanto a la indebida aplicación del artículo 42.1.a COIP, cuando la norma correcta es el artículo 5.4 ibídem, "como principio rector del derecho procesal penal, en tal sentido, existen tres clases de autoría y cuatro modelos de participación, autoría directa, autoría mediata, y coautoría, y en la participación el inductor, el ejecutor, el colaborador necesario, y el cómplice, pero más resulta que de la sentencia subida en grado y recurrida, el tribunal de apelación no realiza análisis alguno, ni realiza esta subsunción de los hechos al derecho, de los hechos dados por probados en sede de tribunal a quo, ni en sede de apelación, por lo tanto, existe una indebida aplicación por autoría directa, sin realizar un análisis conforme, como ha realizado y nos ha enseñado el maestro Miguel Díaz García, quien es discípulo del maestro Roxin".

Por lo expuesto, solicitó que se case la sentencia de alzada "por existir ausencia de análisis y ausencia de elementos que constituyen el tipo objetivo, como el tipo subjetivo y de la participación, dentro de la imputación acusada".

3.2. Contradicción:

El doctor Raúl Garcés Llerena, en representación de Fiscalía General del Estado, en resumen, dijo lo que sigue:

En el recurso de casación no procede valoración de hechos, ni de pruebas; en la sentencia recurrida se encuentra establecido el verbo rector del delito de estafa, por el cual, se ha perseguido al procesado, esto es el haberse hecho entregar con fines de defraudación, efectos patrimoniales, como es la entrega de dinero; también está plasmado el elemento objetivo que es una creencia falsa de algo ofrecido, de algo que no se cumplió y el elemento subjetivo, que "es la esperanza de entrega, para obtener un beneficio patrimonial, que en el presente caso, nunca se cumplió".

El representante de Fiscalía, añadió que en relación al segundo cargo (artículo 42.1.a COIP), también se ha hecho énfasis que no existe el análisis de hechos, puesto que en la sentencia recurrida se ha identificado el cometimiento del delito de estafa, tipificado en el artículo 186 COIP; en referencia al artículo 42 (COIP), respecto a la autoría, cometida por el procesado Luis Eduardo Torres, se tiene como autoría directa, puesto que el procesado es quién aparece como el autor del hecho.

Por lo manifestado, pidió que se rechace el recurso de casación, en tanto no se han cumplido con los presupuestos que establece el artículo 656 COIP.

3.3. Acusación Particular:

El doctor Juan Muñoz, en representación de la acusadora particular Dora Vargas Troncoso, señaló lo que sigue:

Rechaza la alegación de la defensa técnica del sentenciado, ya que carece de sustento jurídico, porque sus dichos han sido "fuera de lugar"; en cuanto a la indebida aplicación del artículo 186 COIP, con todos los elementos de prueba que se han plasmado en la sentencia recurrida, se demostró el engaño del delito de estafa, ya que el contrato, que ha hecho referencia la defensa del procesado, "es uno de los modos y de las argucias que se utilizan en este tipo de delitos de estafa para conseguir el objetivo, el cual es hacerse entregar dinero por una falsa calidad".

La defensa de la acusadora particular amplificó que el sentenciado se presentó ante su defendida, "como un supuesto ingeniero para construir una vivienda, calidad profesional que no la ostenta, lo cual, quedó demostrado con la certificación de la SENESCYT, donde se justifica plenamente que el procesado hoy recurrente no tiene ningún tipo de profesión, y por lo cual no posee ningún título de tercer nivel, más sin embargo se firma el contrato para que así, falseando esa calidad, hacerse entregar el dinero"; además, se justificó que la actividad del procesado no es el de la construcción, sino la venta de artículos de comercio de ferretería; en este sentido, "se demostró que con dolo y con hechos falsos, aludiendo que es ingeniero, y obviamente por su falta de conocimiento sobre construcción, no pudo concretar la obra que se le encomendó y aun así, se hizo entregar el dinero, además es falso que se haya entregado el bien, puesto que cuando se inició la construcción del bien, se pudo ver que existían deficiencias técnicas para poder construir y que inclusive los materiales eran de pésima calidad".

La defensa de la acusadora particular concluyó su intervención citando al profesor Luigi Ferrajoli y solicitando "que se rechace el recurso de casación y se confirme la sentencia subida en grado".

3.4. Réplica:

El doctor Richard Villagómez, en representación del casacionista, dijo lo siguiente:

El contrato de obra fue realizado por la "pretensa ofendida"; la "mera inconformidad sobre el bien, no constituye dolo" y el "inmueble está en poder de la pretensa ofendida, consecuentemente recalcamos que se trata de un asunto de naturaleza me-

ramente civil"; además, "existe una falacia de tipo ad autorem, toda vez a que Ferrajoli no habla sobre tipos penales, sino sobre garantías y derechos constitucionales".

Por último, sostuvo que "al tratarse de un delito de resultado, por el principio de territorialidad, el delito se configura donde se consuma el daño, esto porque se radicó competencia en la ciudad de Guayaquil cuando el inmueble es de otro lado".

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

4.1. Sobre el recurso:

El recurso de casación, de carácter técnico, extraordinario y limitado, a diferencia de los ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades y opera por violaciones a la ley, bajo tres causales: contravención expresa de su texto, indebida aplicación y/o errónea interpretación, circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo de alzada.

En cuanto a las causales para que opere medio extraordinario de impugnación, aquellas han sido descritas por este Órgano jurisdiccional, de la siguiente forma:

"(…) a) Error de omisión, que es al que se refiere el mentado artículo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; b) Error de pertinencia, referido por el artículo 349 ejusdem como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia fáctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta; y, c) Error de interpretación, en el que el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, en definitiva, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada. (…)"

En este contexto, el recurso de casación es un medio de impugnación, que por motivos de derecho, específicamente previstos por la ley, una parte -el recurrente-, postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de segundo nivel que la perjudica; de tal suerte que, reclama la correcta aplicación de la ley; y, por ende, una nueva decisión.

Con otras palabras, la casación se trata de un recurso extraordinario, contra el fallo de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones, por las causales dispuestas en la ley.

En tal virtud, y a manera de corolario, cabe puntualizar que la casación tiene una función nomofiláctica, para asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad, tanto a nivel sustantivo, como adjetivo, a fin de evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales, correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia.

4.2. Respuesta a la fundamentación del recurso:

El impugnante Luis Eduardo Torres Koun Yeng, al fundamentar el recurso de casación -pretendiendo desglosarlos por separado-, alegó indebida aplicación de los artículos 186 y 42.1.a COIP, cuando en su lugar se debían haber aplicado los artículos 76.2 CRE y 5.4 COIP, respectivamente.

Ahora bien, esta Corporación de mayoría abordará el referido marco casacional impuesto por el censor, en un mismo apartado, no solo debido a que así se lo dejó sentado en el auto de admisiblidad de fecha 12 de junio de 2020, las 13h49, sino además, porque a pesar del intento del recurrente de fragmentar su fundamentación en dos reproches, todos sus argumentos -de principio a fin-, giraron en torno a que el quid del asunto es de naturaleza civil y no penal; y, en este sentido, su conducta no se habría subsumido al injusto de estafa, toda vez que, el ad quem habría prescindido de la construcción de los elementos constitutivos de las categorías dogmáticas del delito de estafa, así como de su grado de participación, lo cual, de haberse justificado, esteTribunal de cierre de mayoría, corrigiendo el error de derecho, podría haberle eximido de responsabilidad penal y dejado abierta la puerta de la discusión en vía civil.

Con la finalidad de despejar la referida macro censura, la que, en principio, se ajusta a las causales de casación previstas en la ley, de manera concreta a la indebida aplicación, también conocida como error de pertinencia, en primer término, se puntualiza que tal causal tiene relación con el yerro que comete el juzgador de apelación al aplicar una norma jurídica, cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta, que se pretende juzgar en el fallo.

De esta manera, para que prospere dicha causal, como imputación casacional, no solo es necesario plantear una proposición jurídica completa, compuesta por dos requisitos: normas jurídicas incorrectas (artículos 186 y 42.1.a COIP) y normas co-

rrectas (artículos 76.2 CRE y 5.4 COIP), tal como formula el contradictor, sino que además, se debe acreditar que estas dos exigencias se cumplan en el caso concreto, esto es que el recurrente demuestre que el hecho dado por probado no se ajusta a la norma aplicada, sino a aquella dejada de considerar, solo de esta manera la vulneración se habrá configurado.

Así las cosas, se enfatiza que el casacionista propuso supuesto yerro en la adecuación típica, pues a su criterio el presente caso se debió ventilar en sede civil; y, bajo este presupuesto, el juzgador de alzada no habría reflexionado acerca de los elementos constitutivos de las categorías dogmáticas del ilícito de estafa.

Al respecto, y luego de la revisión minuciosa de la sentencia impugnada, la censura casacional descrita no prospera, debido a que, bajo la óptica del Tribunal de mayoría, resulta evidente que la proposición jurídica que postuló el impugnante, no cumple con ninguno de los dos requisitos que fueron expuestos ut supra, esto es que los hechos dados por probados se ajustan plenamente a los artículos 186 y 42.1.a COIP y como consecuencia lógica de aquello, el juzgador de segundo nivel mal podría haber aplicado los artículos 76.2 CRE y 5.4 COIP; de tal suerte que, tal proposición jurídica resulta estéril e imprecisa, en la medida en que la conducta que se reprocha al recurrente se subsume al delito de estafa tipificado y sancionado en el citado artículo 186 COIP, en relación con el artículo 42.1.a ibídem.

Precisamente, a fin de corroborar con lo expuesto en el párrafo inmediato anterior, consta en el considerando "SEXTO: MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA" de la sentencia recurrida, lo que a continuación se detalla:

"SEXTO: MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.- Es necesario que quede constancia que la sala antes de tomar una decisión ha procedido al análisis prolijo de las pruebas practicadas dentro del juicio y, que, constituyen la fortaleza jurídica para establecer con toda certeza tres aspectos fundamentales para poder condenar al reo que haya vulnerado el orden jurídico o lo que es lo mismo que haya adecuado su conducta al tipo penal en particular, como en el caso que nos ocupa al artículo 186, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal.

SOBRE LA EXISTENCIA MATERIAL DE LA INFRACCIÓN:

a) Para establecer este requisito sine-quanon, nos trasladamos a la NOTICIA CRIMINIS, que en este caso lo constituye la denuncia presentada por la Dra. Dora Vargas, en la que indica que conoció al señor Luis Eduardo Torres Kuon Yeng, por medio de su sobrina el 15 de junio del 2013, que se hizo ganar su confianza y se presentó como ingeniero civil, y uno de los mejores constructores de casa, es así que logran pactar un contrato de obra por el valor de $154 mil dólares, para la construcción de toda la vivienda. Luego la denunciante se percata que el señor condenado no tenía título alguno registrado en la página de Senescyt y conforme iba avanzando la obra se daba cuenta que no era lo acordado en aquel contrato firmado.

b). Testimonio del policía Edison Marcelo Llano Velasco, que fue quien realizo un reconocimiento dl lugar de los hechos en la provincia de Los Ríos, afirmando que la construcción de dicha vivienda no era la que se pactó inicialmente y que pues tenía muchas fallas y desperfectos.

c).- Testimonio del Arquitecto Juan Borja Barrezueta, que es la persona a quien se le solicito información de cómo se hace un diseño arquitectónico, es decir cómo se construye una casa, y esto solo lo puede hacer un Arquitecto o un Ingeniero, para que realice un anteproyecto para poder estudiar el suelo, se contrata un ingeniero eléctrico y sanitario.

d).- Testimonio del señor Diego Geovanny Elizondo Galarza, quien manifestó quien dirigía la obra era el señor LUIS EDUARDO TORRES KUON YENG (condenado) que no veía a nadie más, iba los fines de semana a pagar a los obreros y entre semana a vigilar, él hablaba con los trabajadores y les indicaba que tenían que hacer, indica que veía las paredes descuadradas, le dije que para eso eran las escuadras y el señor Torres supo manifestar que lo dejen trabajar tranquilo.

e).- Testimonio de la Ingeniera Janeth Panchana Arica, quien realizo la pericia en base a una revisión de la casa, ubicada en el Rancho Gabrielita, parroquia Bejucal, indicando que había fisuras, no había agua ni luz eléctrica, había pozo séptico en un punto bajo, no había servicios básicos y existían muchas fisuras.

f).- Testimonio del señor Vicente Ordoñez Calipsto, quien indico que la Dra. Vargas lo contrato para ver qué solución se le podía dar a la casa construida con desperfectos, todo estaba mal estructurado, en mal estado, no servía el tum-

bado, las paredes estaban fisuradas, los pasamanos oxidados, paredes y pisos descuadrados.

g).- Testimonio del señor Fabricio Bravo Zambrano, quien manifestó que es maestro albañil, que no tiene título pero que lleva 13 años realizando labores de albañilería, que fue contratado por el maestro Ordoñez ´para reparar un domicilio en la provincia de Los Ríos, se empezó por la seguridad de ese bien inmueble porque no tenía puertas, ventanas, rejas, después de eso se empezó con las reparaciones de fisuras, paredes, pisos desnivelados, etc.

h).- Testimonio del señor Marvin Gary García Moreira, quien indico que se dedica a realizar todo lo que son instalaciones eléctricas y que fue contratado por el señor Vicente Ordoñez.

i).- Testimonio de la víctima Abg. Dora Vargas, quien expreso que el señor LUIS EDUARDO TORRES KUON YENG, se presentó ante mi como un ingeniero civil, manifestando que se dedicaba a la construcción y remodelación de viviendas, que el señor sabía que deseaba remodelar esa vivienda puesto que era una herencia para ella y sus nueve hermanos, indico que tenía bastante experiencia y que podía manejar este trabajo y me puso como ejemplo la casa de la mama que supuestamente él había construido, tengo pruebas de los contratos falsos donde el firmaba como ingeniero, acordamos que me entregaría esta obra en seis meses, le deposite en la cuneta de la hermana, porque supuestamente él no tenía cuenta, tuve que vender mi casa de Urdesa paran poder seguir cancelando. Pactamos que me hiciera una piscina, y varias adecuaciones, todo estaba mal estructurado y en mal estado, sus mismos albañiles me indicaron que este señor estaba utilizando materiales de mala calidad.

Con estos antecedentes se verifica que se encuentra probada la materialidad de la infracción, en la audiencia de juicio consta que se ha realizado con el testimonio del señor Edison Marcelo Llano, Velasco que es el investigador y dice que efectivamente hace un resumen que la construcción está en mal estado, no existen los parámetros para una vivienda viable de la misma manera indica que el sentenciado no tiene el título de Ingeniero y así fue como conoció a la víctima, firmo el contrato para realizar dicha obra, así mismo esta responsabilidad material se la puede verificar con el testimonio del señor Juan Mora Barrezueta que dijo entre otras cosas que todo el proceso que ha realizado no ha hecho el estudio del suelo, que no hubo los planos pertinentes para realizar dicha obra en consecuencia no es habitable la vivienda construida, así mismo hay el testimonio de la perito Janeth Elizabeth panchana que dice que la vivienda tiene fallas, fisuras, que no había, agua, ni luz , y la estructura metálica no estaba bien realizada.

SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL del señor Luis Eduardo Torres Kuon Yeng, se la puede confirmar con los testimonios que rindieron en audiencia de juicio los señores: Geovanny Elizondo quien dice que el señor Luis Eduardo Torres Kuon Yeng, era quien dirigía la obra, que le decían ingeniero y era quien realizaba los pagos y que de vez en cuando visitaba la obra y que la dirigía a todos los trabajadores por lo tanto indica que toda la responsabilidad estaría con el ingeniero ahora procesado que se hacía pasar por ingeniero, con el testimonio del señor Vicente Ordoñez Calixto, quien dijo que se había ido a hacer una instalación de gypsum, que habían fisuras, que estaba en mal estado, que los alambres estaban cedidos, por lo tanto estaba en mal estado, se afirma esta teoría con el testimonio del señor Marvin García Moreira que se había encargado de la parte eléctrica y en su testimonio indica que toda esta instalación estaba mal ubicada y por ultimo tenemos el testimonio de la acusadora particular, quien hace un recuento de cómo conoció al señor procesado y como la convenció para hacerle el contrato, es decir le enseño varias casas construidas que según él había hecho, inclusive que había construido la casa de la mama y así fue como firmaron contrato y donde hizo su depósito inicial.

SOBRE EL NEXO CAUSAL VINCULATORIO.- De conformidad con el artículo 455 del código orgánico integral penal indica: La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones.

En este sentido la Sala observa, que la Fiscalía también probó el nexo causal que existe en el procesado y el acto ilícito que se investigó, más bien se materializa el dolo que no es otra cosa que la voluntad y conciencia de irrogar daño, en este caso a la víctima.

Este dolo esta sintetizado, en primer lugar con el contrato firmado entre la Abg. Dora Eloísa Vargas Troncoso y el ciudadano Luis Eduardo Torres

Kuon Yeng, en donde el segundo de los nombrados suscribe ese contrato en calidad de Ingeniero Civil, cuando quedo probado en el juicio que no ostenta este título profesional, ni ningún otro que acredite alguna profesión académica, esta tesis es conformada con el certificado otorgado por el Senescyt que obra en el cuaderno fiscal y que fue practicado en el juicio.

En segundo lugar, la conducta dolosa y criminosa del sentenciado de quererse apropiar en este caso de dinero en efectivo mediante el engaño que está plasmado con los depósitos hechos al ahora sentenciado por parte de la víctima en el Banco Pichincha de la agencia Albán Borja, Urdesa, City Mall, etc.

En tercer lugar, con los testimonios de las personas y los peritos técnicos que declararon en el juicio y confirman que el objeto del contrato y de la infracción fue mal construida, con pésimos materiales y de una forma anti técnica, rudimentaria y artesanal que impiden ser habitada por una familia y que están distante de las aspiraciones de la víctima y de lo que estipulaba el contrato." (sic)

Como se deja entrever del extenso memorial transcrito, el juzgador de segunda instancia efectúa una adecuada construcción de los juicios de tipicidad y de culpabilidad, por tanto, no existe ningún error in iudicando en tal proceso lógico subsuntivo; en este contexto, se remarca que de los hechos que se dan por probados, se han configurado todos los elementos constitutivos de las categorías dogmáticas del delito de estafa, relativas a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como el grado de participación del objetante, como autor directo del mismo, entre los que se incluyen el elemento de la tipicidad relativo a la conducta, constituida por el verbo rector: "simular hechos falsos", que indujo a error a la víctima, con el fin de que esta realice un acto que perjudicó su patrimonio, que constituye la acción relevante para el Derecho penal y el elemento subjetivo, esto es el dolo, con el que ha actuado el casacionista, lo cual, se examinará in extenso, más adelante.

Efectivamente, el juzgador de apelación en virtud de su autonomía, exclusividad e independencia como órgano jurisdiccional de alzada para valorar la prueba, ha determinado que el casacionista Luis Eduardo Torres Koun Yeng adecuó su conducta al ilícito de estafa, toda vez que mediante la simulación de hechos falsos: simulando ser ingeniero civil -cuando del certificado del SENECYT, quedó en evidencia que no tenía ningún título profesional-, ha inducido a error a la víctima, quien perjudicó su patrimonio en alrededor de USD. $ 64.550, conforme consta en el citado considerando Sexto de la sentencia recurrida.

De esta manera, el juzgador de segundo nivel ha arribado al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad del casacionista, en los términos que exige el artículo 453 COIP, sin que se denote que el caso que nos atañe debió ventilarse por la vía civil y no la penal, como defectuosamente arguyó el censor.

Justamente, acerca de los elementos que conforman el tipo penal de estafa, así como algunas disquisiciones sobre las líneas que dividen el dolo civil y el dolo penal, cuando se aborda aquel delito, el tratadista español José LUZÓN PEÑA nos enseña lo que sigue:

"B) Elementos

1. Engaño bastante. Como destaca la jurisprudencia, es el engaño la esencia, medula, eje o piedra angular de la infracción (SS. 20-3 y 20-12-1985 y 10-2-1987, Vivas, Soto y Barbero), que, definido por la doctrina como "simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas" (S. 30-1-1987, Manzanares), "será de apreciar cuando alguien afirme como verdadero lo que es falso o cuando oculte lo verdadero" (S.73/2006, de 14-2 Bacigalupo), pudiendo revestir innúmeras modalidades, constituidas por "cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación" (S: 44/1993, de 25-1, Carrero).

a) El término "bastante" implica que sea suficiente o idóneo para originar el error en el sujeto pasivo, modulo objetivo al que se refieren algunas sentencias alusivas a la necesidad de que el engaño tenga "adecuada entidad" (…) tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto (S.23-6 1992, Soto), refiriéndose la moderna jurisprudencia, como módulos valorativos del engaño, a la "imputación objetiva del resultado" en relación con el deber de autoprotección (…), aunque aclarando, o moderando este deber, al afirmar que " en principio la idea de desprotección de la víctima es una excepción que solo puede ser achacada a una incuria grave" de la misma (…), de modo que no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo […] la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquel" (…)

La Sala Segunda distingue el supuesto delictivo de aquellos otros que, en la frontera del ilícito penal, se desenvuelven dentro de la esfera puramente civil, en definitiva, la diferencia entre el dolo civil y el dolo criminal, cuya línea de separación "viene marcada muchas veces a través de los denominados negocios jurídicos criminalizados en los que se simula un propósito serio de contratar para aprovecharse del cumplimiento de la otra parte mientras se incumple deliberadamente el propio" (S. 411/2004 DE 25-, Aparicio), lo que " se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado" (S. 898/2005, de 7-7, Berdugo, con cita de otras). (…)

b) Sobre los juicios de valor, dice Antón que, aunque no pueden excluirse en absoluto como forma de engaño bastante (como, por ejemplo, en el caso del reputado experto que informa falsamente sobre el valor de una obra de arte), de ordinario serán tomados como opinión personal, que puede simplemente influir en la ajena, pero sim fuerza decisoria, salvo que, como destaca Bajo, estén presuponiendo falsamente la existencia de unos hechos.

2. Error. En relación de causa a efecto debe encontrarse el engaño respecto al error, entendiendo éste como conocimiento equivocado o juicio falso, que a su vez serpa la causa, por lo que debe precederle, del acto de disposición." (las negrillas nos pertenecen)

Sobre el mismo tópico, el profesor argentino Edgardo Alberto DONNA subraya lo siguiente:

"Como se sabe, existen dos formas diferentes de concebir este delito, según un criterio limitado del engaño, o con un criterio que podríamos llamar amplio, a cuya base hay teorías sólidas que los respaldan y que han sido tomadas tanto por calificada doctrina, como por la jurisprudencia. Pero no se piense que este tema tiene que ver con el principio de legalidad, sino con la construcción dogmática de lo que se entiende por estafa. (…)

b) Criterio amplio

Frente a la posición anterior, se considera que para la existencia del delito de estafa es suficiente con cualquier forma de engaño que sea idóneo para inducir a error a la víctima, sin que en todos los casos sea exigible el despliegue de alguna maniobra o actividad fraudulenta exterior. Es decir, para estimar el carácter penal del fraude basta con que la conducta, aunque sólo se encierre en una mentira verbal, sea susceptible de engañar a la persona a la que va dirigida, o que el engaño no sea fácilmente verificable. Dicho de otro modo, cualquier forma de engaño es típicamente relevante, siempre que tenga la virtualidad de provocar el error de la víctima y causar un daño patrimonial.

Ésta parece ser la tesis que adopta nuestro Código Penal, pues el artículo 172 utiliza como posibles formas de comisión del delito al ardid y al engaño. El primer elemento es entendido como el empleo o utilización de medios artificiosos para deformar la realidad, ya sea simulando aquello que no existe u ocultando lo que existe." (…)

5. Ejemplos legales de "ardid" o "engaño"

El artículo 172 enumera algunos ejemplos de ardid o engaño que, siguiendo a Núñez, pueden ser clasificados de la siguiente manera: (…)

c) Fraudes relativos a relaciones personales del autor con terceros (…) Se vale de falso título quien fraudulentamente manifiesta poseer una determinada capacidad profesional o un estado (…)."

VI. El error

El segundo elemento que contiene el tipo objetivo de la estafa es el error. Se trata de un estado psicológico provocado por el autor del delito, quien induce a la víctima a la realización de una disposición patrimonial perjudicial. (…)

Para la configuración del delito de estafa resulta imprescindible que el sujeto pasivo realmente haya sido "engañado" por la conducta del autor. Si no existe error, el posible perjuicio patrimonial que se genere nunca puede constituir aquel delito. Esta premisa debe utilizarse para resolver algunas situaciones que han sido debatidas por la doctrina y la jurisprudencia: (…)

4. Estafa en el marco de un negocio jurídico

El fraude también puede producirse aprovechando la realización de un contrato o negocio jurídico. Por lo general, el autor de la estafa se vale de la contratación para perpetrar el engaño, de modo que simula un propósito de contratar cuando realmente sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de la otra parte, recibiendo la contraprestación pactada, pero sin intención de cumplir la suya.

Lo importante es saber diferenciar el posible delito de estafa del mero incumplimiento contractual, asunto que -al pertenecer únicamente a la esfera civil o comercial- queda al margen del tipo penal analizado. Se trata de un problema de tipicidad, pues en cada caso habrá que preguntarse si se cumplen o no los elementos que el tipo delictivo exige para la concurrencia de una responsabilidad criminal.

Para afirmar que se está ante el delito de estafa es imprescindible la presencia de un engaño fraudulento inicial a la contratación. El autor utiliza el contrato como instrumento del delito, con la intención de defraudar a su cocontratante. Como bien se dijo en la sentencia del Tribunal Supremo español del 19 de junio de 1995, "se prostituyen así los esquemas contractuales para instrumentarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio y perjuicio de las víctimas, desplegando unas actuaciones que desde que se planifican prescinden de toda idea de cumplimiento propio, lo que origina el desvalor de la acción del agente y la lesión de un bien jurídico ajeno". (…)

XII. Tipo subjetivo

Sin lugar a dudas el tipo penal de estafa es doloso. La causación imprudente de un perjuicio al patrimonio ajeno puede encontrar adecuada respuesta en el ámbito del Derecho Civil, quedando obviamente fuera del alcance del tipo penal.

Partiendo de un concepto de dolo, como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, en el caso de la estafa se exige que el autor "conozca" y tenga la "voluntad" de engañar y ocasionar un perjuicio patrimonial, obrando además con una motivación especial, que es el ánimo de lucro.

Con respecto al elemento cognoscitivo, entran en juego aquí todos los posibles casos de error sobre el tipo que, al excluir el dolo, eliminan la tipicidad de la conducta dando lugar a la impunidad del autor. Por ello, si el sujeto creyó erróneamente en la veracidad de sus afirmaciones (por ej., cree que el collar de perlas que vende es verídico y en realidad es sólo una vulgar falsificación), la conducta debe quedar impune, ya se trate de un supuesto de error vencible o invencible, pues la ley no ha previsto la forma culposa."

En el campo del derecho comparado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, al abordar el injusto penal de estafa y sus rémoras entre el dolo civil y el dolo penal, acota que:

"La estafa, en suma, supone básicamente la configuración de la figura delictiva más clásica de fraude engañoso en general. La doctrina emanada de esta Sala ha ido perfilando sus caracteres, distinguiendo el supuesto delictivo de aquellos otros que, en la frontera del ilícito penal, se desenvuelven dentro de la esfera puramente civil. En definitiva, el dolo civil frente al dolo criminal.

La diferencia entre uno y otro, o la línea de separación entre uno y otro, viene marcada muchas veces a través de los denominados negocios jurídicos criminalizados en los que se simula un propósito serio de contratar para aprovecharse del cumplimiento de la otra parte mientras se incumple deliberadamente el propio"

"Con ello, la ilicitud de la propuesta conocida por el sujeto pasivo del delito de estafa no hace desaparecer o decaer la tipicidad del delito de estafa convirtiendo en impune la existencia del engaño bastante que provoca error y un desplazamiento patrimonial, haciendo derivar a la vía civil una reclamación meramente civil, cuando los elementos del tipo penal concurren y sin que en modo alguno se configure esta circunstancia como anulatoria de la antijuridicidad y culpabilidad del acto típico y, por ello, punible".

"Se cumple el requisito de que "el engaño tenga entidad bastante y suficiente para ganar la confianza del sujeto pasivo induciéndole a error", acudiendo a la doctrina de la exigencia de autotutela que excluye la suficiencia del engaño, estimando que el tipo penal de la estafa solo protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de auto-tutela.

Ha de tomarse en consideración que no hay elemento alguno del tipo de la estafa, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

Considera la parte recurrente que en el caso actual la parte perjudicada ha sufrido el error por el engaño adecuado pergeñado por el interesado, no consecuencia de un comportamiento propio que convierta en idóneo un engaño que no lo era, por lo que no procede convertir en negligencia lo que

es buena fe y confianza por parte del engañado.
"ESTAFA. ELEMENTOS. Es en la estafa donde se encuentra lo que la victimología llama el "delito relacional", es decir el delito de estafa descansa y presupone una previa relación existente entre víctima y victimario, el imputado efectuó una cuidada "puesta en escena" con la que se ganó la confianza del damnificado, que desde el punto de vista objetivo como subjetivo, superó el nivel de "ser bastante" para producir el engaño apetecido, buscado y querido.
El delito de estafa, a diferencia de otros delitos contra la propiedad, caracterizados por un ataque de un tercero exterior a la víctima que trata de vencer las prevenciones con que el titular protege su patrimonio, en la estafa la mecánica es totalmente distinta, ya que aquí es el propio perjudicado/víctima quien ejecuta el acto de disposición generador de su propio perjuicio, bien que ello lo haga por un error de información recibido de quien se va a beneficiar de aquel acto de disposición ejercitado con esa voluntad viciada, viciada por un engaño desarrollado por el actor, engaño que debe ser antecedente al acto desposesorio efectuado por el propio perjudicado, causante en el sentido de ser esa "información" la causa del acto desposesorio y, finalmente, debe ser bastante, en el sentido de tener la suficiente consistencia y apariencia de credibilidad como para que haya sido creído por el perjudicado. Bien puede decirse que el engaño definidor de la estafa se articula sobre la lesión de un deber de información, porque o se oculta lo verdadero o se presenta lo falso como verdadero y ello de forma consciente por el que falta a la verdad frente a la víctima. (…)
"siendo el engaño el elemento esencial del a estafa, claro es que hay que suponer, para admitir su eficacia, determinadas condiciones de defensa para no dejarse engañar en la persona contra quien el delito se fragua. Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida incredulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que producto de un engaño, deba considerarse como efecto de censurable abandono o falta de debida diligencia (…)."
A partir de las citas doctrinarias y jurisprudenciales que anteceden, este Tribunal de casación de mayoría, trae a colación las siguientes premisas básicas:

1. El 'engaño bastante', en expresión de LUZÓN PEÑA, como el núcleo central de la infracción de la estafa -que implica la simulación capaz de inducir a error a la víctima-, engloba que sea suficiente o idóneo para generar el yerro en el sujeto pasivo, esto es que el engaño esté revestido de una entidad objetiva y subjetiva, atendiendo las condiciones personales del afectado, tomando en cuenta su deber de autoprotección, aunque sin llegar tampoco al extremo de pretender que se desplace "sobre el sujeto pasivo […] la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquel";
2. Así, una línea de diferencia entre el dolo civil y el dolo penal, tiene su basamento en los llamados "negocios jurídicos criminalizados en los que se simula un propósito serio de contratar para aprovecharse del cumplimiento de la otra parte mientras se incumple deliberadamente el propio";
3. La posición que adopta el artículo 186, inciso primero, COIP, que tipifica al delito de estafa, está supeditado al 'criterio amplio', en palabras de DONNA; de ahí que, cualquier forma de simulación de hechos falsos, deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, capaz de inducir a error a la víctima y causar un daño patrimonial, podría ser típicamente relevante, inclusive una 'mentira verbal', como acota el mismo DONNA; en este sentido, ni siquiera resulta necesario acreditar el denominado 'medio fraudulento', que únicamente aparece como elemento normativo a partir del numeral 1 del citado artículo, como influyente del quantum de la pena;
4. En la especie, la simulación de hechos falsos, que indujeron a error a la víctima y su detrimento en su patrimonio, no solo se produjo a través de una 'mentira verbal' por parte del procesado, sino que además, la simulación de ser ingeniero civil se plasmó por escrito, en un contrato de ejecución de obra suscrito entre procesado y víctima de fecha 31 de julio de 2013 y también tal falsa calidad era advertida por los trabajadores de la obra, quienes le llamaban 'ingeniero', así consta en el considerando Sexto del fallo recurrido. Por consiguiente, el procesado armó todo un entramado de simulación de un hecho falso (ostentar el título de ingeniero civil), que fue suficiente e idóneo para inducir a error al sujeto pasivo, en este caso, a la señora Dora Vargas Troncoso, quien en su calidad de profesional del derecho, cumplió con su deber de auto tutelarse, de auto protegerse, con

la suscripción del mentado contrato de ejecución de obra, pero al constatar que el procesado dio fe por escrito de su título académico y que todos los trabajadores de la obra le llamaban 'ingeniero', no pudo vencer el error; a partir de lo cual, resulta una obviedad que se cumplieron con todos los elementos constitutivos del ilícito de estafa, porque además, se puso de manifiesto que el procesado se valió de la contratación para perpetrar el error, simulando "un propósito de contratar cuando realmente sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de la otra parte, recibiendo la contraprestación pactada, pero sin intención de cumplir la suya", tal como demanda DONNA; y, por ende, el ámbito penal era el camino por el que debía tramitarse y resolverse el sub lite, como efectivamente, así acaeció;

5. Entonces, no cabe duda que el procesado utilizó el contrato como un medio de realización del delito de estafa y a sabiendas que no tenía ningún título profesional, simuló ser ingeniero civil, con la intención de inducir a error a la víctima y causar perjuicio al patrimonio de esta, lo que finalmente lo consiguió; de ahí que se torna plausible que el procesado actuó con dolo de índole penal, pues siempre tuvo el conocimiento y la voluntad de que partiendo de la simulación de un hecho falso, iba a inducir a error a la víctima y causar un perjuicio patrimonial en esta, con lo que se configura también el ánimo de lucro del procesado;
6. En este sentido, tampoco se puede hablar de la concurrencia de error de tipo, que excluya al dolo, toda vez que no estamos frente a un caso en el que el sujeto activo "creyó erróneamente en la veracidad de sus afirmaciones"; y,
7. Como corolario lógico de lo avistado en los números precedentes -desde una tesis de equilibrio entre el garantismo y el eficientismo penales-, este Tribunal de casación de mayoría postula que en el sub iudice no se ha menoscabado el principio de mínima intervención penal consagrado en el artículo 3 COIP, al no haberse ventilado la causa en sede civil, tal como sugirió la defensa del casacionista, pues más allá de que se han justificado todos los elementos constitutivos del tipo penal de la estafa –conforme se dejó sentado en renglones anteriores-, ni siquiera la intervención penal, como mecanismo de último recurso por parte del Estado, con toda la carga lesiva que conlleva -por ser la única que lleva implícita la alarma de las medidas restrictivas de libertad-, ha logrado una protección adecuada para la víctima, tan es así que, su derecho a la propiedad fue conculcado hace alrededor de siete años atrás –lo que ha sido aceptado inclusive por la defensa del impugnante- y hasta la actualidad, en que se resolvió el recurso extraordinario de casación en sede penal, no ha obtenido aún respuesta por parte de la administración de justicia, así como tampoco hay constancia en el fallo de apelación de que el procesado haya procurado 'disminuir el riesgo', en términos de los funcionalistas, para al menos debatir si su conducta fue o no penalmente relevante. En consecuencia, otros mecanismos extrapenales –entre las que se cuenta la vía civil- hubiesen sido más insuficientes e inoperantes todavía que la penal, para la protección de la víctima, quien espera que este delito no quede en la impunidad.

Por lo demás, en el uso del derecho a la réplica, la defensa del censor expuso tangencialmente, un supuesto yerro in procedendo, pretendiendo que se declare la nulidad procesal y se retrotraiga la causa a fase de investigación previa –inclusive-, con el riesgo que aquello supondría para una eventual prescripción de la acción penal, lo cual, se lo rechaza ipso facto, no solo por carecer de sostén jurídico, sino además, porque tal argucia conculca los principios de buena fe y lealtad procesal (artículo 27 COFJ) y de debida fundamentación del recurso de casación, en la medida en que ya fue resuelto y negado tanto en el auto de admisibilidad, así como en la sentencia del ad quem, que al respecto, textualmente puntualizó que:

"EN RELACIÓN A LA ARGUMENTACIÓN DE NULIDAD POR LA COMPETENCIA: Este Tribunal de alzada de manera unánime considera que no existe ninguna clase de nulidad por falta de competencia, en razón de la materia ni del territorio por las siguientes razones:

1.- Sobre el pedido de NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA EN RAZÓN DEL TERRITORIO.- De las pruebas examinadas se colige con certeza que los pagos por concepto de compra de material y pago de mano de obra para construir una casa en el recinto Isla de Bejucal perteneciente al cantón Baba de la provincia de Los Ríos, fueron hechos aquí en la ciudad de Guayaquil, como se probó con los comprobantes de depósito hechos en el centro comercial Albán Borja, City Mall y Urdesa; es decir aquí se configuro o se materializo el acto doloso por parte del vulnerador de la norma penal, en consecuencia en este territorio el señor

Luis Eduardo Torres Kuon Yeng, adecuó su conducta al tipo penal por el cual la víctima denuncio y la fiscalía probó, esto es estafa tipificado en el artículo 186 del código orgánico integral penal, por lo tanto no existe nulidad en razón del territorio." (sic)

El texto citado ut supra, trasluce que el daño se consumó en la ciudad de Guayaquil y no en el lugar del 'inmueble', como sostuvo erradamente y alejándose del principio de verdad procesal la defensa del contradictor. Por tanto, se pone una vez más de relieve que no existe ningún error in procedendo dentro de la presente causa, en razón del territorio y menos aún de la materia. En suma, este Juzgador pluripersonal de mayoría, no advierte ningún error de pertinencia en el fallo de apelación, toda vez que el supuesto de hecho que contienen los artículos 186 y 42.1.a COIP, se corresponden con la narración fáctica de la conducta del impugnante, todo lo cual, torna improcedente el recurso de casación.

5. DECISIÓN:

Con los antecedentes jurídicos expuestos, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** al amparo de lo previsto por el artículo 657.7 del COIP, mediante resolución de mayoría, resuelve declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente Luis Eduardo Torres Koun Yeng, por falta de fundamento jurídico.

Notifíquese y cúmplase.-

f) Dr. Marco Rodriguez Ruiz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Wilman Gabriel Teran Carillo, JUEZA NACIONAL (E); Muñoz Moreno Dilza Virginia, JUEZA NACIONAL (E).

VOTO SALVADO
Juicio No. 09286-2015-04785
Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, viernes 21 de agosto del 2020, las 12h38.

El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, integrado por los Jueces Nacionales Marco Rodríguez Ruiz (Ponente), Dilza Muñoz Moreno y Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, habiendo sido designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura y por el sorteo de ley realizado en ésta causa, acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión salvada:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Se ha impugnado la sentencia, dictada por la Sala Especializadda Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 13 de noviembre de 2019, dentro de la causa seguida en contra del señor Luis Eduardo Torres Koun Yeng; por el delito tipificado y sancionado en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció en virtud del Recurso de Apelación interpuesto por el señor Luis Eduardo Torres Koun Yeng y la acusación particular, contra la Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Guayaquil, de 20 de febrero de 2019, que entre otras cuestiones, le impuso la pena privativa de libertad de un año.

1.2.- Ventilado el recurso de Apelación, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; en lo medular decide ratificar la sentencia de condena impuesta al procesado por el a-quo; y a su vez, acepta parcialmente la apelación de la acusadora particular, modulando la sentencia, respecto de la reparación integral, fijándola en $ 64.550,00.

2.- El recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, el Sr. Luis Eduardo Torres Koun Yeng (en adelante: ?Sr. Torres? o ?recurrente? o ?procesado?), deduce Recurso de Casación; por lo que, el Tribunal de ésta Sala Especializada de la Corte Nacional

de Justicia del Ecuador, decidió declarar admisible el mentado recurso, por el cargo de indebida aplicación de los artículos 186 y 42, número 1, letra a, del Código Orgánico Integral Penal. De esta manera se constituye en sujeto impulsor activo dentro del instituto casacional, el Sr. Torres, por haber invocado y ser admitido este medio impugnatorio para el juicio de legalidad de la sentencia.

II. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

3.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, el Sr. Torres, por medio de su defensa técnica, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos. Por ser impugnación a una sentencia expedida en un proceso de acción penal pública, se contó con la intervención del Representante o Delegado debidamente acreditado de la Señora Fiscal General del Estado; así también actúo la defensa técnica de la acusación particular. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

4.- La defensa técnica del recurrente, por medio del Ab. Cristhian Romero, en lo medular expresó que interpone éste recurso, contra la sentencia del ad quem, que rechazó su apelación y aceptó parcialmente la impugnación de la acusadora particular. Según el Auto de Admisión, se le admitió por los cargos de indebida aplicación de los artículos 186 y 42.1 del Código Orgánico Integral Penal; por lo que, debiendo estructurar la proposición jurídica completa, por el cargo propuesto, contra el artículo 186 supra cuando lo correcto era aplicar el artículo 76.2 de la Constitución; mientras que, respecto al artículo 42.1 del Código Orgánico Integral Penal, en su lugar, debía aplicarse el artículo 5.4 ibídem, que refiere a su estado de inocencia.

4.1.- El primer cargo, atinente al tipo penal, por el que se lo condenó, que prescribe: ?La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera??; propone la indebida aplicación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, ya que la acción o conducta, de los hechos dados por probados, tanto por el tribunal penal, como en sede de apelación, discutidos en este escenario y que se da como hecho probado, es que se le contrata al señor Torres; y como hecho probado, la acusadora particular lo contrata para que le realice una casa, misma que es realizada, quedando como hecho probado que existe dicha casa, siendo entregada a la acusadora particular, pero ella, se siente inconforme; también se dice que le ha realizado varios depósitos al señor Torres como contratista, para que realice tal construcción.

4.2.- Subraya que el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal, describe a la infracción penal como la conducta típica, antijurídica y culpable, más en el fallo recurrido no hay un análisis dogmático y necesario, ya que toda conducta de tipo penal, merece que se realice un análisis; no existe un análisis de tipicidad objetiva ni subjetiva; siendo un delito de resultado, no se hace un análisis de desvaloración de acción o de desvalor de resultado; menos en sede de antijuridicidad formal, como de antijuridicidad material; tampoco un análisis en sede de culpabilidad. Cómo enseña el Dr. Diego Luzón Peña y Santiago Mir Puig, existen tres elementos dentro de la culpabilidad, que son: la imputabilidad; el conocimiento de la antijuridicidad; la conducta típica, que puede ser atacada por error de prohibición y exigibilidad del modo de actuar por miedo insuperable. En la tipicidad objetiva se constata la existencia del sujeto activo, pasivo, del verbo rector, el elemento valorativo, normativo y descriptivo; en la tipicidad subjetiva el elemento volitivo de dolo o culpa. De los hechos que se dan por ciertos en el fallo recurrido, aparece que la acción, acto y/o conducta de haber contratado para realizar una casa como contratista y que el engaño se produce porque ya se había depositado el dinero en su cuenta, constituyendo un error de derecho, que debe corregirse en sede de casación, ya que en la sentencia impugnada no se determina la realización de hechos falsos, ni la formación de hechos verdaderos, tampoco la inducción de error a otra persona; esto, conlleva a la existencia de un problema de carácter civil, que el ad quem debía aplicar el principio de mínima intervención penal y la presunción de inocencia, por estándar probatorio de sobrepasar por íntima convicción y más allá de toda duda razonable, para poder condenar debía razonar sobre los artículos 1461 a 1478 del Código Civil, que establecen lo que es acción, acto o conducta; más este caso, debe sometérselo a conocimiento de la justicia civil, por mínima intervención penal, notoriedad, por la norma penal y residualidad; y, al no haber hecho un análisis su-

cinto de los hechos del tipo objetivo y subjetivo, persiste este error de derecho.

4.3.- En lo concerniente a la indebida aplicación del artículo 42.1.a del Código Orgánico Integral Penal, arguye que la norma correcta es el artículo 5.4 ibídem. Existiendo como principio rector del derecho procesal penal, tres clases de autoría y cuatro modelos de participación, autoría directa, mediata y coautoría; en la participación el inductor, el ejecutor, el colaborador necesario y el cómplice. Pero resulta que en la sentencia impugnada, no se realiza análisis alguno, ni consta la subsunción de los hechos al derecho; de los hechos dados por probados en sede de juicio, ni en sede de apelación, por ello, existe indebida aplicación de autoría directa, al estar sin analizar. Solicita se case la sentencia, por existir ausencia de análisis y ausencia de elementos que constituyen el tipo objetivo, como el subjetivo y de la participación, dentro de lo que acusa.

5.- El doctor Raúl Garcés Llerena, en representación de Fiscalía General del Estado, de manera primordial expresó, que en el recurso de casación, no procede valoración de hechos ni pruebas. En la sentencia recurrida, se establece el verbo rector del delito de estafa, por el cual, se persiguió al procesado; esto es, el haberse hecho entregar con fines de defraudación, efectos patrimoniales, como es la entrega de dinero; también está plasmado el elemento objetivo, que es una creencia falsa de algo ofrecido, que no se cumplió; y el elemento subjetivo, que es la esperanza de entrega, para obtener un beneficio patrimonial, que en este caso, nunca se cumplió. Respecto al segundo cargo (artículo 42.1.a COIP), se enfatizó que no existe el análisis de hechos, ya que en la sentencia recurrida se identifica el cometimiento del delito de estafa, tipificado en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, en relación con el artículo 42 del Código invocado. En referencia a la autoría cometida por el procesado, se tiene como directa, puesto que es quién aparece como autor del hecho. Pide se rechace el recurso de casación, al incumplirse los presupuestos del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal.

6.- El doctor Juan Muñoz, en representación de la acusadora particular Dora Vargas Troncoso, acotó en lo sustancial que rechaza el recurso planteado, al carecer de sustento jurídico, porque sus dichos son fuera de lugar; en atención a la indebida aplicación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, con los elementos de prueba plasmados en la sentencia cuestionada, se demostró el engaño del delito de estafa, ya que el contrato referido por el procesado, es uno de los modos y argucias que se utilizan en este tipo de infracciones para conseguir el objetivo de hacerse entregar dinero por una falsa calidad. El sentenciado se le presentó como un supuesto ingeniero para construir una vivienda; calidad profesional que no la ostenta como se demostró con la certificación de la SENESCYT, justificándose que no tiene ningún tipo de profesión ni posee título de tercer nivel alguno; sin embargo, se firma el contrato para así, falseando esa calidad, hacerse entregar el dinero. Se justificó que la actividad del procesado no es la construcción, sino la venta de artículos de comercio de ferretería; en este sentido, se demostró que con dolo y hechos falsos, atribuyéndose ser ingeniero y por su falta de conocimiento en construcción, no concretó la obra que se le encomendó; y aun así, se hizo entregar el dinero; además, es falso que se haya entregado el bien, ya que cuando se inició su construcción, se vio deficiencias técnicas para construir, incluso los materiales eran de pésima calidad. Peticiona que se rechace el recurso de casación y se confirme la sentencia impugnada.

7.- Replica, el doctor Richard Villagómez, representando al casacionista, agregó que el contrato de obra lo realizó la pretensa ofendida. La mera inconformidad sobre el bien, no constituye dolo y el inmueble está en poder de ella; recalca que se trata de un asunto de naturaleza civil. Además, hay una falacia de tipo ad autorem, ya que Ferrajoli (citado por la acusación particular), no habla sobre tipos penales, sino sobre garantías y derechos constitucionales. Al tratarse de un delito de resultado, por el principio de territorialidad, el delito se configura donde se consuma el daño, ya que se radicó competencia en Guayaquil, cuando el inmueble es de otro lado.

III CONSIDERANDOS

8.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183 numeral 3, 184, 186 numeral 1 en relación al penúltimo inciso del artículo 182 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato de los artículos 398, 400, 402, 656 y 657 del Código Orgánico Integral y por el sorteo de ley; esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Penal Policial de la Corte Nacional de Justicia, tiene jurisdicción y competencia para

conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae).

9.- Validez Procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, lo cual, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violado solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

10.- Potestad para Salvar el Voto: Acorde al artículo 625, del Código Orgánico Integral Penal, toda sentencia se dictará con el voto concordante de al menos dos juzgadores; lo guarda sindéresis con el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, cuando algún Juez, disintiere de la mayoría, deberá hacerlo con Voto Salvado, motivando la discrepancia. Tanto el Voto Salvado, como lo resuelto por mayoría, deberá firmarse por todos los jueces y notificarse en conjunto. Amparado en el artículo 168.1 de la Constitución de la República y artículos 8 y 123 del Código Orgánico de la Función Judicial, ésta ponencia se aleja del criterio de mayoría, tanto en el fondo como en la forma, motivándose en los párrafos que prosiguen.

IV. DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación de los Recursos de Casación)

11.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar, la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación, sin examinar los hechos del caso en concreto; ya que el recurso de casación, no puede revisar las pruebas ni los hechos probados, estudia el cumplimiento de las leyes, sin que su misión se oriente a generar su propio cuadro fáctico.

12.- Sobre las causales de cada recurso: El artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, dicta lo siguiente: ?El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba?

13.- Del texto de la norma, deviene que las causales son:

13.1.- Contravención expresa del texto de la ley, que constituye una exclusión evidente, la cual se presenta, cuando no se emplea la norma que corresponde, porque el juez yerra acerca de su existencia; ya porque la desconoce o que de manera simple conociéndola, no la aplica.

13.2.- Indebida aplicación de la ley, configurada cuando el sentenciador, hace una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la disposición, ese yerro, recae en la selección de la norma aplicada, dejando de aplicar la norma que corresponde para la solución del problema jurídico.

13.3.- Errónea interpretación de la ley, que sucede cuando la norma aplicada y adecuada por el Juez en su proceso de selección, es la correcta, pero al concederle su interpretación, le atribuye un sentido que no le corresponde, con efectos distintos a los de sus contenidos, implicando que le ha consignado una interpretación equivocada del alcance del texto de la norma.

14.- Las causales expresadas, son atingentes a errores in iudicando, que configuran un vicio de juicio en sus distintas contemplaciones que puede manifestarse en la sentencia objeto de casación causales expresadas que tampoco desmerecen dentro de la

estructura del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cual modelo adoptado por el Ecuador (Art. 1 CRE), a la casación por vulneración del derecho a la motivación, lo cual implica una alta gama de interrelación comunicativa entre la interdependencia de los derechos consagrados en la Constitución e Instrumentos (internacionales) protectores de los Derechos Humanos.

15.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: A la luz de los parámetros indicados, se tiene que para concretar el procedimiento dispuesto en el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, en aplicación de la Resolución número 10-2015, publicada en el Registro Oficial 563, de 12 de agosto de 2015, la Corte Nacional, en el presente expediente, había receptado el recurso de casación propuesto por el Sr. Torres, del cual se ha admitido de la siguiente manera: a) indebida aplicación del artículo 186, del Código Orgánico Integral Penal; b) indebida aplicación del artículo 42, número 1, letra a, del Código Orgánico Integral Penal. Estos son los límites sobre los cuales operan los presupuestos casacionales y ocuparán el estudio de este Tribunal Casacional.

16.- Lo determinado en la delimitación conclusiva del juicio de legalidad de la sentencia, no se contrapone al derecho a la tutela judicial efectiva ni a la presunción de inocencia, menos aún al derecho a la defensa; ya que, al haber escuchado esta Corte las alegaciones, respecto al juicio contra el juicio o fiscalización de la motivación, este máximo organismo de administración de justicia de ser procedente se pronunciará, en los términos que señala el artículo 656 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, que establece: ?Si se observare que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá?

17.- Además en concatenación a la fiscalización de la motivación de la sentencia, por medio de la Corte Nacional de Justicia que (en el orden penal), tiene una limitación lógica por la estructura del procedimiento casacional, siendo revisable todo lo que se puede revisar mientras no afecten los principios constitucionales estatuidos en el artículo 168 y 169 de la Constitución de la República, entre otros de oralidad e inmediación, que no impidan la revisión. La Corte de Casación es responsable por el control de lo que tiene capacidad de revisar por sus propios medios, sin necesidad de rehacer un nuevo juicio [de hechos], de modo que las verificaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que permanecen reservadas exclusivamente al juzgador de instancia. Este recurso se dirige a examinar ex post la justificación de la decisión para corregirla y/o verificar si es una decisión justa, en derecho, acorde al resultado procesal evidenciado en la sentencia. El control en casación no implica reformular el juicio de hecho, sino establecer si la decisión se sustenta en argumentación racionalmente aceptable; es decir, es un control de validez racional de la justificación según el contexto en el cual ha sido expedida. Por lo tanto, bajo el sustento del principio de máximo rendimiento, el Tribunal de Casación, evidenciará si en la estructura argumentativa de la sentencia cuestionada, responde a los presupuestos de la Ley dictada por el soberano. Por lo qué respecto al juicio contra el juicio o fiscalización de la motivación, este máximo organismo de administración de justicia de ser procedente se pronunciará, en dicho ámbito.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

18.- Como ya ha quedado determinado, en el párrafo 15, de esta sentencia, se procede a verificar lo impugnado por el recurrente cuyos cargos fueron admitidos a fase de debate para Resolución.

19.- El fundamento, se concretan en:

19.1.- Primen Cargo: Indebida aplicación del artículo 186, del Código Orgánico Integral Penal, debiéndose aplicarse el artículo 76.2 de la Constitución. La conducta, fincada en la sentencia impugnada, señala que la acusadora particular contrata al Sr. Torres, para construir una casa, que al ser realizada, es entregada a la acusadora particular, quien se siente inconforme por haber realizado varios depósitos al señor Torres como contratista de esa obra. El artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal, describe a la infracción como la conducta típica, antijurídica y culpable. El fallo carece del análisis dogmático, de un estudio de tipicidad objetiva y subjetiva; siendo un delito de resultado, tampoco hay un análisis de desvaloración de acción o de resultado; menos de antijuridicidad formal, ni material; peor de culpabilidad, que tiene los elementos de imputabilidad: conocimiento de la antijuridicidad y conducta típica, sin hablar de error de prohibición y/o exigibilidad del modo de actuar por miedo insuperable. En la tipicidad objetiva, se constata la existencia del sujeto activo, pasivo, del verbo rector, el elemento valorativo, normativo y descriptivo; en la tipicidad subjetiva

el elemento volitivo de dolo o culpa. De los hechos probados del fallo, aparece que la acción, acto y/o conducta de contratar para realizar una casa como contratista y que el engaño se produce porque ya se había depositado el dinero en su cuenta. Es un error de derecho, dejar de determinar los hechos falsos o la formación de hechos verdaderos, como la inducción de error a otra persona, conllevando a la existencia de un problema civil y aplicar el principio de mínima intervención penal, de presunción de inocencia, por estándar probatorio que sobrepasa la íntima convicción, más allá de toda duda razonable. Se condenó sin razonar sobre los artículos 1461 a 1478 del Código Civil, que establecen lo que es acción, acto o conducta y someterse el caso al ámbito civil, por mínima intervención penal, notoriedad, por la norma penal y residualidad; por la falta de un análisis sucinto de los hechos del tipo objetivo y subjetivo, persistiendo este error de derecho.

19.2.- Segundo Cargo: Indebida aplicación del artículo 42.1.a del Código Orgánico Integral Penal, cuando debía aplicarse el artículo 5.4 ibídem. Habiendo tres clases de autoría y cuatro modelos de participación, la sentencia impugnada, omite analizar esto, ni subsume los hechos probados al derecho; habiendo indebida aplicación de autoría directa.

20.- Problema a dilucidar: ¿Cabrá delito de estafa, por suscribir un contrato de construcción, fungiendo una calidad profesional sin tenerla, realizando la obra sin satisfacer las expectativas contractuales? Las interrogantes planteadas, se resuelven con el desarrollo expuesto en los párrafos siguientes**:**

¿Cabrá delito de estafa, por suscribir un contrato de construcción, fungiendo una calidad profesional sin tenerla, realizando la obra sin satisfacer las expectativas contractuales?

21.- El tipo penal por el cual fue ratificada la sentencia de condena contra el señor Torres, es el establecido en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, cuyo texto legal es el siguiente: *"La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años (…)"*

22.- La estafa es una defraudación, que ataca al patrimonio. Consiste en la disposición patrimonial realizada por la victima inducida (o mantenida) a error por parte del agente, quien se ha servido del engaño u otra actitud fraudulenta. En efecto, el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, tipifica que la estafa es un delito contra el derecho a la propiedad, enumerando varios elementos constitutivos del ilícito, todos ellos orientados a apropiarse de bienes de la víctima, simulando hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, para que la realización de la víctima de actos que perjudiquen su patrimonio. No se reluce en la sentencia que haya mermado el patrimonio de la acusadora particular, pues susacribió un contrato con el Señor Torres, para que realice una construcción en el bien que es patrimonio de la acusadora particular y el señor Torres, realiza esa construcción a cambio del precio pactado; distinto fuese si el inamovible cuadro fáctico de la sentencia diría que el Señor Torres, no realizó la indicada construcción, pero en este caso, se tiene que sobre el patrimonio de la acusadora particular, se realiza la obra de construcción.

23.- La conducta del señor Torres, no corresponde al ámbito penal, ya que no se evidencia de la sentencia impugnada, que exista disposición patrimonial en favor del recurrente quien para obtener un beneficio patrimonial haya simulado hechos falsos o deformado u ocultado hechos induciendo a error a la acusadora particular para que realice actos que perjudiquen su patrimonio; su patrimonio sigue bajo poder y percepción de la acusadora particular. En el Considerando Sexto "M***OTIVACIÓN DE LA SENTENCIA***", señala: *"…la Dra. Dora Vargas… indica que conoció al señor…Torres…, por medio de su sobrina el 15 de junio del 2013, que se hizo ganar su confianza y se presentó como ingeniero civil, y uno de los mejores constructores de casa, es así que logran pactar un contrato de obra por el valor de $154 mil… para la construcción de toda la vivienda. Luego… se percata que el señor… no tenía título alguno registrado en la página de Senescyt y conforme iba avanzando la obra se daba cuenta que no era lo acordado en aquel contrato firmado…"* es decir que la sentencia afirma la existencia de un vínculo contractual, acorde al artículo 1454 del Código Civil, "*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".* En el presente caso, se tiene que el señor Torres, se ha obligado con la acusadora particular a hacer una construcción a cambio de un valor monetario. Al efecto, siguiendo los contenidos nor-

mativos, el artículo 1461 del Código Civil, establece que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: **a)** Que sea legalmente capaz; **b)** Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; **c)** Que recaiga sobre un objeto lícito; y, **d)** Que tenga una causa lícita. Elementos con los cuales surgen diversas cuestiones, la primera ¿Son legalmente capaces para contratar el señor Torres y la Señora Dora Vargas, acusadora particular? de los presupuestos de los inamovibles hechos de la sentencia, no aparece factor o circunstancia, que genere duda o desmerezca la capacidad de obligarse; como expresa el inciso final del artículo 1461, La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma. ¿Es un objeto lícito la contratación para hacer la construcción de una casa? No constituye ilícito de ninguna manera suscribir un contrato para construir una obra o casa; como lo dicta el artículo 1478 del Código Civil, hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano, el contrato de construcción, no contraviene al derecho público, se encuentra regulado en el artículo 1930 y siguientes del Código Civil. ¿Existe causa lícita? Al respecto el artículo 1483 del Código Civil, *"No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita".* En el presente caso es la realización de una construcción, la cual acorde a los inamovibles hechos de la sentencia existe, se fue realizando la obra bien o mal se realiza un proceso y se va ejecutando la misma que se encuentra bajo poder, percepción y disposición de la acusadora particular señora Dora Vargas; no constituye un hecho inmoral, la realización de dicha obra. ¿El consentimiento de los contratantes, adolece de vicio? Los vicios del consentimiento, como lo dispone el artículo 1467 del Código Civil, son error, fuerza y dolo. En el presente caso, se tiene que la acusadora particular contrata con el señor Torres, bajo la creencia de que se trataba de un ingeniero civil, dicho vicio tiene su regulación en el artículo 1471 del Código Civil, cuando establece: *"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. Pero, en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato",* si la causa principal del contrato fue la consideración, de que el señor torres sea un ingeniero civil para la realización del contrato, es un vicio del consentimiento, regulado en la fuente del derecho civil. Con relación a la fuerza, esta 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 ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento (Art. 1472 Código Civil); cuestión que no revela el cuadro fáctico de la sentencia en estudio. En lo que concierne al dolo, en materia contractual como lo dicta el artículo 1474 del Código Civil, no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado. *"En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo"*. Este dolo*,"…no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse"*, en el presente caso el hecho de que el señor Torres suscriptor del vínculo contractual, firma un contrato adjudicándose una profesión que no la posee, debe de probarse en el orden civil, para establecerse si vicia el consentimiento.

24.- El principio de mínima intervención penal, otorga al derecho penal el carácter de ultima ratio, es decir, reserva el poder punitivo del Estado para conductas graves y que causen alarma social, cuando no se hayan previsto otros mecanismos de protección de los bienes jurídicos atenta la naturaleza del conflicto, en la especie, la respuesta al problema se encuentra en el derecho civil, mediante el ejercicio de cualquiera de las acciones que franquean los Códigos Civil y Orgánico General de Procesos. Pues el artículo 1933 del Código Civil, establece que, *"Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por*

una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución. Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, pagando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra". Si en la especie como lo dice el inamovible cuadro fáctico que el señor Torres, amén del vicio del consentimiento no ha ejecutado lo convenido con la calidad especificada o esperada, la acusador particular, posee vía legal para tal reclamo, la cual no es el orden penal. *"El principio del Derecho Penal como "ultima ratio" se soporta en dos postulados esenciales, a saber: a) que el derecho penal sólo debe obrar en aquellos casos en que el ataque a las condiciones mínimas de sobrevivencia de la sociedad sea de tal magnitud que resulte francamente insoportable; o lo que es lo mismo, no es suficiente cualquier daño o riesgo para la sociedad, sino que debe ser de gran magnitud; y, b) que realmente no existan otras alternativas de respuesta o de reacción por parte del Estado".* [Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en sentencia No. 034-10-SEP-CC] En este contexto, se observa la existencia de violaciones a la ley en la sentencia impugnada, por indebida aplicación de los artículos 186 y 42.1.a del Código Penal, por cuanto en la conducta del Señor Torres, no se configuran los elementos constitutivos del delito de estala, por lo que al condenarlo se contrarió las normas antes señaladas y las que integran el sistema integral penal, al no haberse establecido la existencia del delito, por lo que se debió confirmar su estado de inocencia. Por el principio de legalidad sólo se procesa a quienes actúan según la descripción que el legislador ha consignado en la ley penal con antelación al cometimiento del acto, así lo consagra la Constitución, en su artículo 76.3, que cataloga el derecho de 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: (…) 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.(…)*". De allí que la seguridad jurídica establecida en el artículo 82 de la Constitución, refiere la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas, se correlaciona con el artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que determinan la imposibilidad de crear delitos por vías institucionales distintas a la de la ley; ya que es evidente que dentro de un Estado constitucional de derechos y de justicia, la ley penal emana exclusivamente de la función legislativa y ésta, al momento de establecer tipicidades, debe guardar la debida relación y conformidad con las disposiciones constitucionales, pues de lo contrario la norma carecería de eficacia. Calificar hechos civiles como los del presente caso, como si tuvieran relevancia penal, coloca a la persona procesada en indefensión deviniente de transgresión al principio de legalidad y al derecho a la seguridad jurídica.

25.- Es necesario abundar que el Estado busca proteger a la sociedad de quienes, mediando contratos engaños, busquen perjudicar el patrimonio de otro ilícitamente, y es cuando se aprecia que surge una aparente confusión entre el dolo penal y el dolo civil del agente, diciendo que el dolo penal, cuando en la sentencia objeto del recurso, cuando en el Considerando Sexto, dice: *"…Este dolo esta sintetizado, en primer lugar con el contrato firmado entre la Abg. Dora Eloísa Vargas Troncoso y el ciudadano Luis Eduardo Torres Kuon Yeng, en donde el segundo de los nombrados suscribe ese contrato en calidad de Ingeniero Civil, cuando quedó probado en el juicio que no ostenta este título profesional, ni ningún otro que acredite alguna profesión académica, esta tesis es conformada con el certificado otorgado por el Senescyt que obra en el cuaderno fiscal y que fue practicado en el juicio. En segundo lugar, la conducta dolosa y criminosa del sentenciado de quererse apropiar en este caso de dinero en efectivo mediante el engaño que está plasmado con los depósitos hechos al ahora sentenciado por parte de la víctima en el Banco Pichincha de la agencia Albán Borja, Urdesa, City Mall, etc. En tercer lugar, con los testimonios de las personas y los peritos técnicos que declararon en el juicio y confirman que el objeto del contrato y de la infracción fue mal construida, con pésimos materiales y de una forma anti técnica, rudimentaria y artesanal que impiden ser habitada por una familia y que están distante de las aspiraciones de la víctima y de lo que estipulaba el contrato".* De lo que se tiene que en efecto la construcción existe, los depósitos de dinero, tienen su origen en el contrato de construcción suscrito entre la acusadora particular y el señor Torres, ergo,

que la obra tiene pésimos materiales, ergo, que está construida de forma anti técnica, ergo, que está construida de forma rudimentaria y artesanal, ergo, que impide ser habitada y está distante a las aspiraciones de la víctima y de lo estipulado en el contrato ello como ya se dijo, para ello, el sistema normativo, establece su solución ante esa clase de conflictos vertidos desde lo estipulado en un contrato de construcción, cuando el artículo 1933 del Código Civil, establece que, *"Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución. Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, pagando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra".*

26.- Que si en atención a que el señor Torres, suscribe el contrato como si fuese ingeniero civil, sin serlo, ello no es suficiente para establecer dolo penal, que tal inexistente profesión que se ha atribuido el Señor Torres, genera otra clase de conflictividad en el orden del consentimiento para la suscripción del contrato, como ya se dijo, el artículo 1471 del Código Civil, refiere que: *"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. Pero, en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato"*, la acusadora particular, pudo suscribir el contrato de buena fe con el vicio del consentimiento de considerar al Sr. Torres un Ingeniero Civil, siendo la causa principal por la que acepta suscribir el contrato de construcción. No hay que perder de vista que *"El elemento engaño o error es de naturaleza penal y no civil, para que el mismo se presente: debe existir en la mente del autor una dañada intuición…"* [Francisco Pabón, "Delitos contra el Patrimonio", México, 1997, páginas 237 y 232]; la dañada intuición, está en perjudicar el patrimonio, en el presente caso el Señor Torres edifica la construcción, el cuadro fáctico de la sentencia impugnada, no refiere que no se ha construido, se construyó de buena o mala calidad el dinero que entrega la acusadora particular se utiliza en la construcción que aunque distante de las aspiraciones de la víctima y de lo que estipulaba el contrato como lo dice la sentencia impugnada, por lo tanto no existe intensión dañada de no hacer lo convenido, que lo convenido no sea lo aspirado por la víctima, que de haber discrepancia con lo estipulado en el contrato, no implica haya habido la intensión de perjudicar el patrimonio dejando de hacer lo convenido, por ende no se configura el presupuesto de la norma penal.

27.- El hecho de que el Sr. Torres, suscribe un contrato, fungiendo ser ingeniero civil, sin serlo, es un elemento superable de parte de la víctima, ya que no se puede solventar en una libertad de libre confianza, pues en los actuales tiempos, la sociedad se encuentra dinaminzada e interconectada, de tal forma como dice la propia sentencia objetada que la propia acusadora particular "*…se percata que el señor? no tenía título alguno registrado en la página de Senescyt y conforme iba avanzando la obra se daba cuenta que no era lo acordado en aquel contrato firmado…"*, lo cual establece que la confianza en la profesión que es u ostenta una persona, por el hecho de que ésta se presente como tal sin serlo, no se basa en la irresoluta confianza de la palabra; pues en el Estado social de derecho, teniendo rigor la democracia digital, todos los registros del orden civilizado, se soportan en el plano virtual existiendo una sociedad integrada de la información, por lo que la propia falta de acuciosidad y verificabilidad, genera auto exposición de la propia persona que señala la sentencia impugnada como víctima en esta causa, no puede servir como elemento detonante e irreversible que la única salida ante este problema jurídico, sea de orden penal, por lo que no es un elemento infranqueable para configurar la responsabilidad penal.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

28.- La relación que crea intersubjetividad, en virtud de un contrato regulado por las normas del orden civil, se solucionan en la cuerda civil; el hecho de error en la calidad que suscribe un contrato una persona sin serlo y que lo ha suscrito a sabiendas sin que lo sepa el otro contratante, no origina un designio positivo de causar daño si la cosa sobre la que versa el contrato civil se realiza, pese a que la cosa sobre la que versa el contrato y que es realizada, no sea de satisfacción a las aspiraciones de la parte contratante que suscribió el contrato de buena fe, ya que de haber inconformidad entre la obra realizada y lo estipulado contractualmente, origina el derecho de reclamo civil, ya sea de daños y perjuicios, ya por vicios del consentimiento o incumplimiento contractual, en fin. Por ende, estos factores no se subsumen a elementos de la tipicidad de la figura de estafa.

VI
RESOLUCIÓN

29.- Por lo tanto ejerciendo la facultad casacional esta 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**, decide:

29.1.- Aceptar el Recurso de Casación, interpuesto por el recurrente, en virtud de existir una indebida aplicación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal y tratarse de un problema de orden civil, en virtud de los principios de legalidad y mínima intervención penal.

29.2.- Se enmienda el error de derecho cometido por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; y, se ratifica el Estado de inocencia de Luis Eduardo Torres Koun Yeng, cuyos datos generales de Ley, obran del proceso y se dispone el cese de toda medida dispuesta en su contra por esta causa.

29.3.- Se deja a salvo los derechos que puede tener la acusadora particular.

30.- De la ejecución de esta Sentencia, se encargará el Tribunal de origen, para el efecto se manda a devolver el expediente con la razón de ejecutoría de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley**.- Notifíquese, Promúlguese y Cúmplase**.

f) Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (E); Dilza Virginia Muñoz Moreno, JUEZA NACIONAL (E).

VIII

Juicio Nro. *10309-2017-00078*
Resolución Nro. *1523-2020*
Fecha**:** *13 de octubre del 2020, las 16h22*

TEMA: Deber objetivo de cuidado en los delitos culposos de tránsito.

ASUNTO

Fiscalía inicia la acción penal pública en contra de J. A. C. B., por el delito culposo de muerte causada por conductor en estado de embriaguez, donde se produce una colisión entre dos vehículos, uno de marca Kia y otro de marca Renault (conducido por el procesado), en la cual, la copilota del primer vehículo sale expulsada del asiento y fallece, así como resultan heridas otras personas que estaban en los automotores.

En la presente causa se discute si los conductores de los vehículos observaron el deber objetivo de cuidado, lo que se analiza bajo tres presupuestos, para definir todos los elementos que deben concurrir para que tenga lugar la infracción al deber objetivo de cuidado en el delito culposo de muerte causada por conductor en estado de embriaguez.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de la Unidad Judicial Multicompetente de Imbabura con asiento en el cantón Antonio Ante, analiza las teorías planteadas por los sujetos procesales y concluye que no existen suficientes indicios para dictar sentencia condenatoria al procesado, en virtud de que no se pudo verificar que se haya encontrado en estado de embriaguez. En su lugar, el juez indica que el conductor del otro vehículo es quién realizó una maniobra imprudente, sin tomar las medidas de seguridad necesarias para evitar un accidente de tránsito, pues contravino lo previsto en el Reglamento a la Ley de Tránsito, Transporte Terrestre y Seguridad Vial sobre intersecciones sin semáforos. En tal virtud, el juez ratifica el estado de inocencia del procesado.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA
El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura revisa el recurso de apelación interpuesto e indica que para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deben concurrir tres presupuestos: 1) La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado; 2) La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión; y, 3) El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas. En cuanto al primer presupuesto, el tribunal señala que el aspecto decisivo en este caso no es la diligencia que se observa en el desarrollo de alguna actividad social, sino el cuidado necesario para evitar las lesiones a los bienes jurídicos. En este sentido, aduce que la persona que no puede observar el cuidado debe abstenerse de realizar la actividad. En relación al segundo presupuesto, el tribunal indica que en base a los testimonios y pericias realizadas se desprende que las vías en dónde ocurrió el incidente tenían semáforos con luces intermitentes de color amarillo, por lo que el conductor del vehículo Kia, al girar a la izquierda, no tomó las medidas de seguridad vial necesarias para evitar un accidente de tránsito. En cuanto al procesado, el tribunal señala que iba en exceso de velocidad y que se encontraba en máximo grado de embriaguez, por lo que concluye que no observó la señalética de tránsito, perdiendo la preferencia de vía conforme la norma. Finalmente, en relación al tercer elemento, se puntualiza que, si bien los dos conductore infringen el deber objetivo de cuidado, al sopesar estas dos infracciones, se concluye que quién crea el riesgo relevante o prohibido es el procesado, al conducir en estado de ebriedad y a exceso de velocidad, lo cual va de la mano con la vulneración al principio de confianza. El tribunal resuelve revocar la sentencia subida en grado y declarar culpable a J. A. C. B., en calidad de autor directo del delito tipificado y reprimido en el artículo 376 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole una pena privativa de libertad de diez años

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 10309-2017-00078
Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, martes 13 de octubre del 2020, las 16h22.

VISTOS:

ANTECEDENTES:

El 19 de julio de 2019, las 10h34, el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente, con sede en el cantón Antonio Ante, provincia de Imbabura, ratificó el estado de inocencia del procesado Jimmy Alexander Celi Briceño.

Inconforme con la decisión del *a quo*, tanto el agente fiscal de la causa, como los señores Rafael Vásquez Rivera y Fausto Vásquez Cevallos, en calidad de víctimas, plantearon recursos de apelación, para ante la Corte Provincial de Justicia de Imbabura. El 26 de noviembre de 2019, las 08h38, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura,

aceptando los recursos de apelación, revocó la sentencia subida en grado; y, en su lugar, dictó sentencia condenatoria en contra del procesado Jimmy Alexander Celi Briceño, por considerarle autor directo del delito de muerte causada por conductor en estado de embriaguez, tipificado y sancionado en el artículo 376 del Código Orgánico Integral

Penal (en adelante COIP); en tal virtud, le impuso la pena privativa de libertad de diez años, le revocó en forma definitiva la licencia para conducir vehículos y ordenó el pago de la multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme el artículo 70.10 *ibídem*; finalmente, el *ad quem* dejó "*a salvo el derecho de las víctimas a reclamarlo por cuerda separada, en razón de falta de prueba*".

Del fallo expedido por el tribunal de alzada, el procesado Jimmy Alexander Celi Briceño interpuso recurso de casación, para ante la Corte Nacional de Justicia.

El 20 de julio de 2020, las 10h44, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto, admitió a trámite el recurso de casación formulado por el procesado Jimmy Alexander Celi Briceño, únicamente por el cargo de indebida aplicación de los artículos 376 y 464.5 COIP.

Luego de haberse llevado a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación, siendo el estado procesal, el de reducir la sentencia por escrito, se lo hace bajo los siguientes términos:

1. COMPETENCIA:

La Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con lo ordenado por los artículos 182, último inciso de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ).

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, revisión y los demás que establezca la ley en materia penal de conformidad con lo dispuesto por los artículos 184.1 CRE, 8 y 9 COFJ, así como con las Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia Nos. 01-2015 de 28 de enero de 2015, 01-2018, de 26 de enero de 2018 y 02-2018, de 1 de febrero de 2018 y la Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura No. 197-2019; y, está conformado por los señores doctores Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional y Wilman Terán Carrillo, Juez Nacional (e).

2. VALIDEZ PROCESAL:

El recurso ha sido tramitado conforme lo dispone el artículo 657 COIP, en concordancia con el artículo de la 76.3 CRE, por tanto, al no advertirse que se haya omitido solemnidad sustancial alguna o vicio de procedimiento, este Tribunal de casación declara su validez.

3. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN:

El Abg. Xavier Guzmán Tejada, en representación del procesado recurrente Jimmy Alexander Celi Briceño, manifestó lo siguiente:

Este Tribunal aceptó el recurso de casación planteado, por indebida aplicación de los artículos 376 y 464.5 COIP; la sentencia de apelación impuso a su defendido, la pena privativa de libertad de 10 años y la multa de 40 salarios básicos unificados del trabajador en general; el verbo rector del delito tipificado en el artículo 376 COIP es ocasionar, "*dentro del análisis resolutivo de los juzgadores de instancia, manifiestan que la persona que ocasiona el accidente de tránsito es el señor Honorato Vásquez Rivera, conductor del vehículo Kia, quién es aquella persona que lleva en sus hombros la causa basal del accidente de tránsito, perdiendo su derecho de vía, al realizar un giro que no está permitido en los reglamentos de tránsito, por lo que, sobre él recaería la materialidad de la infracción, siendo el hoy procesado víctima de este supuesto*".

La defensa del casacionista agregó que en cuanto al artículo 464.5 COIP, su patrocinado "*jamás se negó a que se le practique una prueba de alcohol, lo único que solicitó el hoy recurrente es que cuando se realice la prueba de alcoholemia o de alcohol, esté presente el abogado, puesto que uno de los familiares de las víctimas manifestó que tenía un rango de oficial, mismo que procedió a agredir al hoy procesado recurrente y por tal motivo existió una confusión; se está determinando que el actuar de los juzgadores es una presunción de hecho ya que contraviene lo establecido en el artículo 622.2 del Código Orgánico Integral Penal. En el análisis resolutivo del tribunal de alzada manifiestan que la causa basal y la responsabilidad recae sobre el conductor del Kia y de la otra persona procesada, la cual fue desvinculada del proceso, más aun existiendo una determinación, donde sobre él recae la materialidad de la infracción, por lo que los juzgadores dentro de su sentencia manifiestan que mi representado Jimmy Briceño, al conducir en un supuesto estado de embriaguez vulnera el deber objetivo del cuidado, lo que según estos juzgadores supieron manifestar, es que se demostraría que existió una responsabilidad compartida o una culpa concurrente, la conclusión lógica de esta premisa señores Jueces es que cuando se logra comprobar que existió una culpa concurrente se extingue el delito, el delito deja de ser*

parte de la acción, ya que aceptar el criterio de una culpa concurrente implicaría asignar responsabilidad penal a la víctima de un delito, y al procesado al mismo tiempo, lo cual sería una aberración jurídica tomando en cuenta los principios de confianza, principio de conducción dirigida, el principio de la culpa concurrente. Al ser este un estado de derechos y justicia, los principios y derechos de carácter universal deben ser considerados y respetados por encima de planteamientos normativos, ya que son de inmediata aplicación. En esta exposición voy a manifestar resoluciones de esta Sala Especializada de lo Penal: Resolución 115- 2011 Jaramillo vs Chiriboga, Resolución 099-2015 Espinoza vs Ruiz, donde se refleja todo lo manifestado por este abogado recurrente en relación a la culpa concurrente y así de igual manera el doctor Vicente Robalino supo manifestar todo lo relacionado a la culpa concurrente."

La defensa del impugnante, solicitó que se aplique el artículo 657.6 COIP, "*se case la sentencia de oficio y se ratifique el estado de inocencia, ya que el tribunal de alzada debió haber aplicado el artículo 622.2 y 5 del Código Orgánico Integral Penal".*

3.2. Contradicción:

3.2.1. Fiscalía General del Estado:

La Dra. Paulina Garcés Cevallos, en representación de Fiscalía General del Estado, en resumen, dijo que:

Perder la perspectiva del recurso casacional equivale a no fundamentarlo, que es lo que ha ocurrido; la fundamentación ha sido muy limitada, se debía señalar cuál es el yerro de la sentencia atacada y no solo mencionar hechos y pedidos de revalorización de prueba, lo cual, está prohibido en el inciso segundo del artículo 656 COIP; el artículo 376 COIP aborda el tipo penal culposo y señala que quien está bajo los efectos de embriaguez, lo que evidencia una falta de calidad para que una persona pueda conducir un vehículo, esto nos remite al artículo 464.5 COIP, que determina que la persona que no se hace el examen de comprobación, hay una presunción legal que está en el máximo estado de embriaguez, además, el vehículo del recurrente estaba sin luz; no se ha podido comprobar la indebida aplicación de los artículos 376 y 464.5 COIP, la sentencia recurrida está bien motivada, puesto que hace un análisis ponderado de los elementos probatorios que fueron controvertidas por los sujetos procesales; hay dos tipos de culpa, la concurrente y la excluyente, en esta fundamentación se habló de la culpa concurrente, entonces, se debió analizar tal aspecto; en el fallo recurrido consta que no existió culpa concurrente, además, los informes periciales sostienen que no existió tal culpa y que la responsabilidad debía recaer en el procesado.

La delegada de Fiscalía pidió que se rechace el recurso de casación y se confirme la sentencia subida en grado, pues no existió ningún argumento que en derecho se pueda tratar.

3.2.2. Víctima:

El Dr. Fausto Vázquez Cevallos, por sus propios derechos, en calidad de víctima, en síntesis, señaló que:

Este argumento marginal, anodino y baladí, le releva de entrar a razonar el fundamento de la representante de Fiscalía; existe indebida aplicación de la norma cuando el juez, en el proceso intelectivo de construcción del fallo, adecua los hechos del caso concreto a una hipótesis que no le corresponde jurídicamente hablando, este es un recurso extraordinario, no es segunda, ni tercera instancia, en esta audiencia, se han cambiado los articulados que en el escrito de admisibilidad suponían que eran errados, porque en el escrito se refería al artículo 76.2 CRE, hay una barrera infranqueable en el recurso de casación, los hechos están probados, por lo tanto, el Juez de casación no puede cambiarlos, ni tampoco volver a valorar prueba. "*El abogado del procesado recurrente toma en cuenta el parte policial, en donde se manifiesta que el 29 de enero del 2017, a las 02h30 de la madrugada, en la intersección de la Panamericana e35 y Calle Miguel de la Fuente, sector de la parroquia Natabuela, cantón Antonio Ante, se produjo un choque lateral angular, en la cual fallece la señora Rosa Isabel Cevallos*"; el accidente se produjo entre los vehículos Kia, conducido por su padre Honorato Vásquez y Renault, conducido por el señor Jimmy Briceño, producto de lo cual, muere su madre; su padre conducía en estado normal, en dirección Ibarra - Atuntaqui, norte sur, al llegar a dicha intersección, en donde hay semáforos en luz intermitente, tomó el carril de desaceleración, detuvo la marcha del vehículo, giró perpendicularmente a su izquierda, a la altura del tercer carril de la Panamericana, sentido sur - norte, es impactado por el vehículo Renault conducido por el señor Jimmy Briceño, quien se encontraba con tres personas más, una de ellas, declaró que venían de una discoteca, por eso se negó a realizarse el examen; el señor Jimmy Briceño conducía en estado etílico y a exceso de velocidad y como resultado del impacto salió expulsada del asiento del copiloto del vehículo Kia, la señora Isabel Cevallos Vega, quien quedó tendida en el piso, el vehículo fue arrojado de su

dirección hacia el norte y desplazado 15.50 metros del lugar del impacto; su padre fue sobreseído en "*primera instancia*", mientras que el recurso de casación se formula contra el fallo de segunda instancia, se tiene que demostrar si los hechos se subsumen, o no, en los artículos 376 y 464.5 COIP, lo que implica el juicio de subsunción del supuesto de hecho fáctico consumado por la conducta activa o pasiva del sujeto activo, frente al supuesto de hecho normativo o descripción típica que refiere el legislador, se debe demostrar que de acuerdo al supuesto normativo del artículo 376 COIP, el sujeto activo del hecho punible conducía un vehículo a motor, en estado etílico y en exceso de velocidad, lo cual, consta en la sentencia recurrida.

La víctima, por sus propios derechos, añadió que si se asume una conducta socialmente adecuada, se está en el riesgo permitido, los resultados en principio no se van a imputar, en el caso en concreto, quiere decir que si el sujeto activo se encontraba conduciendo ausente del estado etílico, respetuoso de la velocidad, no se le va a imputar el resultado, pero en el lugar del accidente, hay una señal de tránsito que dice no más de 50 km./h y el perito demostró que sin exceso de velocidad no se pudo desplazar el vehículo 15 metros; en este sentido, si su padre hubiese asumido una conducta socialmente inadecuada, esto es si se hubiese cruzado imprudentemente, perdiendo el derecho de vía, "*no quiere decir que estoy autorizando al señor que viene en la vía contraria a que vaya a 1000 km. por hora y me mate, y eso no puede ser puesto que dogmáticamente tendría que reducir y tendría que rebajar el riesgo de aquel que asume la conducta socialmente inadecuada*", porque conduce el vehículo de forma respetuosa, es decir, no va a más de 50 km./h, entonces, su padre debía responder a lo sumo, por los daños materiales.

La víctima, por sus propios derechos, solicitó que se deseche el recurso interpuesto, "*porque no se ha fundamentado debidamente y confirmen la sentencia expedida en segunda instancia*".

3.3.3. Otras víctimas:

El doctor Christian Franco, defensor público, en representación de las otras víctimas, en suma, coincidió con las posturas de Fiscalía General del Estado y de la defensa de la víctima; y, agregó que el recurrente no ha podido fundamentar de forma adecuada el recurso, pues inobservó el inciso final del artículo 656 COIP.

4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

4.1. Sobre el recurso de casación:

La casación constituye un medio impugnatorio extraordinario que se constriñe a la existencia de un error *in iudicando* devenido de una de las causales especificadas en el artículo 656 COIP; tales yerros emanan de la forma en la que el tribunal de alzada aplica el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto, de tal suerte que los errores pueden suscitarse en dos escenarios de esa actividad.

El primer escenario constituye la subsunción, que tiene relación con la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación, a partir de lo cual, son dos los yerros que pueden acaecerse de la subsunción: la falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico (contravención expresa del texto de la ley); y, la indebida aplicación de una norma de derecho, cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia.

El segundo escenario del error *in iudicando*, tiene vínculo directo con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En este tablado, solo puede presentarse la errónea interpretación, cuyo contenido demanda de parte del proponente, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, en la medida en que la objeción que se hace sobre la sentencia se dirige solo al sentido y alcance que el tribunal de apelación les ha dado a las consecuencias jurídicas que se derivan de las normas utilizadas para resolver.

En esta inteligencia, el recurso de casación irrumpe como una herramienta de protección de los sujetos procesales, que tiene como objetivos ulteriores alcanzar la justicia, recuperar las tan anheladas paz social y seguridad jurídica, por medio del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m CRE, en relación con los artículos 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así las cosas, a través de este medio impugnatorio corresponde el examen del fallo, materia de casación, con el fin de establecer posibles conculcaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación o errónea interpretación, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 656 COIP.

Por lo demás, cabe puntualizar que la casación tiene una función nomofiláctica, para asegurar la

aplicación uniforme del principio de legalidad, tanto a nivel sustantivo, como adjetivo, y así evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales, así lo comenta la profesora Teresa Armenta,[1] correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia.[2]

4.2. Sobre el caso concreto:

El impugnante Jimmy Alexander Celi Briceño, a través de su defensa técnica, bajo un argumento encaminado a revisar hechos y revalorizar prueba, reprochó indebida aplicación de los artículos 376[3] y 464.5[4] COIP, cuando en su lugar se debió aplicar el artículo 622.2 y 5[5] *ibídem*.

Así fijados los límites casacionales que impuso el objetante, este Máximo órgano de justicia ordinaria del país en materia penal advierte que la fundamentación del recurso estuvo plagada de una serie de inconsistencias de orden técnico y jurídico, debido a que el censor ha inobservado parámetros básicos para que la casación -de carácter técnica y extraordinaria-, sea declarada procedente, por varios aspectos sustanciales, que a continuación se detallan:

1. El alegato del contradictor -al estar condicionado a supuestas aristas de los hechos litigiosos-, evidenció que su pretensión ulterior estuvo dirigida a que este Tribunal de cierre altere el marco fáctico y examine una vez más el acervo probatorio actuado en la audiencia de juicio y que ha sido valorado por los juzgadores de instancia, lo cual, se encuentra prohibido en sede de casación, por expresa disposición legal contenida en el último inciso del artículo 656 COIP, que dice: "*No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba*";
2. El objetivo de trastocar los hechos fijados por los juzgadores de instancia, cobra aún más asidero si se considera que el artículo 622.2 y 5 COIP, que fue seleccionado por el recurrente como la norma que el juzgador de alzada debió aplicar, tiene relación directa con las circunstancias del hecho punible y las pruebas;
3. Otras de las paradojas avistadas en la exposición oral del casacionista, estriba en que omitiendo el supuesto yerro *in iudicando*, no detalló la parte específica de las sentencia de segunda instancia en el que se encontraría el supuesto yerro jurídico, así como la incidencia que este tendría en la decisión de la causa; y, en este sentido, resulta inobjetable que incumplió palmariamente con principios que rigen la casación, tales como los de trascendencia y debida fundamentación;
4. La causal de indebida aplicación, también conocida como error de pertinencia, tiene

[1] Teresa Armenta, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Marcial Pons, 4ta. Edición, Barcelona, p. 278.

[2] Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Juicio penal No. 884-2011. Sentencia de 23 de julio de 2014: *"(…) es un recurso extraordinario mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico, de derecho, sobre sentencias que no han adquirido el carácter de firmes, ejecutoriadas, con el propósito de hacer efectivo a las partes procesales el derecho sustantivo y las garantías del debido proceso, como criterio auxiliar del derecho, la jurisprudencia nacional; y, reparar los agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado; de allí que se señala que este recurso se trata de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad."*

[3] COIP: *"Art. 376.Muerte causada por conductor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes psicotrópicas o preparados que las contengan. La persona que conduzca un vehículo a motor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes psicotrópicas o preparados que las contengan y ocasione un accidente de tránsito del que resulten muertas una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a doce años, revocatoria definitiva de la licencia para conducir vehículos."*

[4] COIP: "Art. 464." *Ingesta de alcohol y sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. En materia de tránsito, se seguirán las siguientes reglas: (…) 5. En caso de que la o el conductor se niegue a que se le practiquen los exámenes de comprobación, se presumirá que se encuentra en el máximo grado de embriaguez o de intoxicación por efecto de alcohol o de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. De igual manera serán válidas las pruebas psicosomáticas que los agentes de tránsito realicen en el campo, registradas mediante medio audiovisuales."*

[5] COIP: *"Art. 622.Requisitos de la sentencia. La sentencia escrita, deberá contener: (…) 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. (…) 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."*

que ver con el yerro que comete el juzgador de apelación al aplicar una norma jurídica, cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta, que se pretende juzgar en el fallo de alzada; de esta manera, para que prospere dicha modalidad, como imputación casacional, no solo es necesario plantear una proposición jurídica completa, compuesta por dos requisitos: normas jurídicas incorrectas (artículos 376 y 464.5 COIP) y norma correcta (artículo 622.2 y 5 *ibídem*), tal como formuló el censor, sino que se debe acreditar que estas dos exigencias se cumplan en la especie, esto es que se acredite que el hecho dado por probado no se ajusta a la norma aplicada, sino a aquella dejada de considerar, lo cual, no se ha podido justificar en el *sub iudice*; y,

5. La proposición jurídica traída a colación por el impugnante, resultó anacrónica e incoherente, en la medida en que si el hecho dado por probado concordaría con el tenor de los numerales 2 y 5 del artículo 622 COIP, este Tribunal de cierre hubiese estado en la obligación jurídica de declarar una posible nulidad de la sentencia del *ad quem*, por error *in procedendo*, y no la inocencia del censor, como fue su pedimento ulterior.

Por lo demás, acerca de las exigencias propias para la procedencia del recurso de casación, el autor Orlando RODRÍGUEZ acota lo siguiente:

> "*La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas*." [6]

Asimismo, Gilberto MARTÍNEZ RAVE concuerda con la postura expuesta en la cita anterior, cuando discurre que el recurso de casación:

> "*es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideran violatorias de la ley. No origina una tercera instancia que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a ésta y tiene validez jurídica.*"[7]

Al abordar esta misma temática, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, ha dicho que:

> *"es obligación de quien impugna una sentencia vía recurso de casación, especificar en qué error de derecho ha incurrido el juzgador al dictar la sentencia, señalando detalladamente qué norma jurídica, qué artículo de la ley, ha sido violado y en qué forma, así como determinar cómo esta violación ha incidido en la sentencia, tanto que si no se hubiera cometido, otra hubiera sido la decisión judicial*."[8]

En tal virtud, la censura formulada por el impugnante, no prospera, más aún cuando, luego de la revisión prolija del fallo de apelación, y de los hechos que se dan por ciertos en el mismo, este Tribunal de casación concluye que se han logrado acreditar todos los elementos constitutivos del injusto de muerte causada por conductor en estado de embriaguez, tipificado y sancionado en el artículo 376, por el que ha sido procesado Jimmy Celi Briceño, por tanto, no se advierte yerro jurídico alguno en la sentencia de condena adoptada por el *ad quem*; así se pone de manifiesto en el considerando "*OCTAVO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA*" del fallo de segundo nivel, que en sus partes pertinentes, dice lo siguiente:

> *"(…) Pero, obviamente, esta prueba tiene que estar relacionada con el delito de tránsito acusado por Fiscalía, esto es, el tipificado en el Art. 379 del Código Orgánico Integral Penal, que establece que la persona que conduzca un vehículo a motor es estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan y ocasione un accidente de tránsito del que resulten muertas una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de 10 a 12 años y revocatoria definitiva de la licencia de conducir vehículos.*
>
> *En el caso, se conoce que el domingo 29 de enero de 2017, a eso de las 02h30, en la intersección de la panamericana E-35 y calle Miguel Ángel de la Fuente, sector de la parroquia Natabuela, cantón*

[6] Orlando Rodríguez Ch., Casación y Revisión Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 67.
[7] Gilberto Martínez Rave, *Procedimiento Penal Colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 1992, p. 457.
[8] Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Recurso de Casación, juicio penal No. 3312013. Resolución No. 152015.

Antonio Ante, se ha producido un choque entre los vehículos, tipo Jeep, Kia, de placas IBB8670, conducido por Rafael Honorato Vásquez Rivera, en dirección Ibarra Atuntaqui, y el automóvil Renault, de placas PBM5292, conducido por Jimmy Alexander Celi Briceño, en dirección Atuntaqui Ibarra, producto del cual fallece la señora Rosa Cevallos Vega; que el accidente ha tenido lugar en circunstancias en que los semáforos de la intersección de la panamericana E-35 y calle Miguel Ángel de la Fuente, en el sector Natabuela, que en lo que respecta a la panamericana, se encontraban con luz intermitente color amarillo, en tanto que, para la calle Miguel Ángel de la Fuente, se encontraban con intermitente color rojo, y es así, que el conductor del Kia, al llegar a dicha intersección, gira hacia la izquierda para tomar la calle Miguel Ángel de la Fuente, con dirección hacia los Óvalos, momento en que es colisionado por el vehículo Renault, y arrastra al Kia en una distancia de 15 m. aproximadamente, en cuyos informes periciales se establece que la causa basal es que el conductor del Kia hace el giro hacia la izquierda sin el cuidado debido lo cual obstruye o interrumpe la libre circulación del vehículo Renault.

Se ha indicado también que los dos conductores conducían los vehículos en estado etílico; además, que el conductor del vehículo Renault, lo hacía a exceso de velocidad conforme la señalética existente en el lugar.

Así las cosas, tenemos que dilucidar en primer término en cuanto a que si los conductores conducían sus vehículos o no en estado de embriaguez, aclarando que en lo relacionado con el señor Rafael Honorato Vásquez Rivera, éste también ha sido procesado, sin embargo de lo cual, se ha emitido dictamen fiscal abstentivo a su favor, lo que finalmente ocasiona su sobreseimiento.

No obstante, para efecto del presente análisis, tenemos que del contexto general de la prueba, y conforme a la sana crítica de este Tribunal de la Sala, ha quedado demostrado que el señor Rafael Honorato Vásquez Rivera, luego del accidente de tránsito se encontraba con aliento a licor, sin que se determine en cambio, el grado de alcohol en la sangre; pues, así lo han indicado en sus testimonios el doctor Jorge David Rivera Heredia y la doctora Deisy Yadira Suntaxis Aluisa.

En cuanto al procesado Jimmy Alexander Celi Briceño, tenemos que el cabo Nelson Quinteros Obando y María Estefanía Santos Espinoza, han manifestado que ante el requerimiento realizado a que se practique la prueba de alcoholemia, ha indicado que si no se encuentra su abogado no se practica dicha prueba, pese a insistirle por varias ocasiones (tres veces); así también, se tiene que la doctora Elizabeth Rosales Navas, ha manifestado haber encontrado al procesado con leve aliento a licor, explicando las circunstancias propias del momento y la posible cantidad de pacientes que pudo haber atendido en esa ocasión.

Al respecto, el Art. 464.5 del Código Orgánico Integral Penal, dispone que en caso que el conductor se niegue a que se le practique los exámenes de comprobación, se presumirá que se encuentra en el máximo grado de embriaguez o de intoxicación por efecto de alcohol o de sustancias sujetas a fiscalización; que de igual manera serán válidas las pruebas psicosomáticas que los agentes de tránsito realicen en el campo.

En cuanto a las pruebas psicosomáticas, conforme a la misma prueba practicada en el juicio, esto es, con los mismos testigos referidos, a más del testimonio del doctor Alfonso Pasquel, quien ha practicado el examen médico legal en la persona del procesado Jimmy Alexander Celi Briceño, ha quedado establecido que no se le podía practicar en razón de la inmovilización de uno de sus miembros inferiores (pierna) y por las varias lesiones sufridas en su cuerpo en el accidente de tránsito; pues, se encontraba siendo atendido y acostado en la camilla en la casa de salud, en cuyas condiciones según los testigos (miembros policiales), era imposible practicarle dichas pruebas psicosomáticas.

Es por ello, entonces, que respecto del procesado Jimmy Alexander Celi Briceño, ante su negativa a practicarse el examen de alcoholemia si no se encontraba su abogado, y ante su imposibilidad física a que le practique las pruebas psicosomáticas, es que de derecho se le presume que conducía su vehículo encontrándose en el máximo grado o estado de embriaguez.

Por otro lado, conforme la doctrina en general, los delitos de tránsito están dentro de los llamados o considerados delitos culposos o imprudentes.

En este sentido, el Art. 27 del Código Orgánico Integral Penal, indica que actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.

Respecto del deber objetivo de cuidado, la parte final del inciso tercero del Art. 146 supra, esta-

blece que para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:
La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.
El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.
En cuanto al deber objetivo de cuidado, llamado también diligencia debida, consiste en la obligación de prestar el cuidado debido para evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.
(…)
Conociendo entonces, respecto de lo que comprende el deber objetivo de cuidado, vemos que en los términos de la parte final del inciso tercero del Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, en el caso sub júdice, la mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado; es decir, el accidente de tránsito (colisión entre dos vehículos), del cual resulta una persona fallecida y varias personas heridas, no es suficiente aun para establecer la infracción al deber objetivo de cuidado, lo cual sin embargo, ha ocurrido en el caso que nos ocupa.
Respecto a la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión, tenemos que en el caso in examine, también concurre; pues, de la prueba practicada en el juicio, tenemos que los testigos peritos capitán Willian Darwin Vásquez Carpio y Teniente Elizabeth Segovia Vega, quienes han suscrito el informe técnico pericial de reconstrucción de los hechos, así como el cabo Nixon Pavón Valdivieso, quien ha suscrito el informe técnico pericial de reconocimiento del lugar del accidente de tránsito, establecen que la causa basal es que el participante 1, esto es, conductor del vehículo Kia, no toma las medidas de seguridad vial tendentes a evitar un accidente de tránsito, al girar a la izquierda para tomar la calle Miguel Ángel de la Fuente, obstruyendo el carril normal de circulación del móvil 2, esto es, al conductor del vehículo Renault, quien impacta al Kia, accidente que tiene lugar en la intersección formada por la panamericana E 35 y la calle Miguel Ángel de la Fuente, a la altura de la parroquia Natabuela, en la misma que los semáforos se encontraban con luz intermitente color amarillo; sin embargo, también se ha practicado una pericia para establecer los pesos de los dos vehículos participantes en el accidente de tránsito y la velocidad del vehículo Renault, por parte del ingeniero Manuel Vaca Realpe, en la que aplicando varias fórmulas físicas y matemáticas y las leyes de Newton, a más de explicar respecto de los errores absoluto y relativo, aclarando que dichas leyes y fórmulas son universales, se determina que la velocidad en que conducía el procesado Jimmy Alexander Celi Briceño el vehículo Renault, era de 132.26 km. por hora, pero por el margen de error del 10 %, se tiene que la velocidad final es de 119.304 km. por hora; así también, de la misma prueba practicada en el juicio, esto es, con los mismos peritajes, se tiene que en la vía derecha, de la panamericana E-35, en sentido Atuntaqui Ibarra, es decir, de Sur a Norte, existe una señalética vertical que indica que la velocidad permitida en ese sector es de 50 km. por hora.
Es decir, el procesado Jimmy Alexander Celi Briceño, con su actuación hace que concurra este elemento del deber objetivo de cuidado que es la inobservancia a las leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales y reglas técnicas, puesto que conduce el vehículo encontrándose con el máximo grado embriaguez conforme el análisis realizado en líneas anteriores, y a exceso de velocidad, esto es, a 119.304 km por hora; es decir, inobservando las señaléticas verticales de tránsito, así como los semáforos que al encontrarse con luz intermitente color amarilla, significa precaución, cuidado, prudencia, que conforme el glosario de términos del Reglamento de la Ley de Tránsito, en cuanto a semáforo en luz amarilla se refiere, dice: "Prevención o advertencia, anticipa el cambio a luz roja. En este caso los vehículos deben disminuir la velocidad y detenerse antes de llegar a la línea de pare. Si se utiliza solo en forma intermitente significa que el conductor puede cruzar la intersección, con las debidas precauciones".
Es decir, no porque se circula en horas de la madrugada y por lo mismo, con los semáforos intermitentes con luz color amarillo, implica que la vía esté libre y se pueda conducir sin el menor riesgo a ocasionar o a que se le ocasione un accidente de tránsito, y peor aún si se lo hace a exceso de velocidad y en estado de ebriedad, que es lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa por parte del

procesado.
Sobre este mismo punto, quienes practicaron las diligencias de reconstrucción de los hechos y reconocimiento del lugar del accidente, en sus testimonios, han indicado que uno de los fundamentos para establecer la causa basal del accidente, es que el conductor del vehículo Kia perdió el derecho de vía o preferencia; al respecto, el Art. 200 del Reglamento de la Ley de Tránsito, dispone que se define como derecho de vía o preferencia de paso, la preferencia que tiene un vehículo respecto de otros vehículos y peatones, así como la de éstos sobre los vehículos".
En cuanto al contenido del Art. 201.3 supra, que establece que cuando un vehículo va a girar a la izquierda, deberá ceder el paso al vehículo que llega desde la derecha, o en sentido opuesto; regla que sin embargo, se encuentra inmersa en lo relacionado a las intersecciones donde no existan semáforos, que no es del caso que nos ocupa, en razón que en la intersección en que ocurre el accidente de tránsito sí existe semáforos.
Por su parte, el Art. 210 ut supra, asienta que los conductores que realizan virajes pierden automáticamente la preferencia de paso y podrán efectuar la maniobra después de que los vehículos que circulan reglamentariamente hubiesen pasado.
Seguramente a esta disposición reglamentaria es a la que quisieron referirse los miembros policiales en sus testimonios; pero, bien, si la causa basal determinada en los informes periciales de reconstrucción de los hechos y de reconocimiento del lugar del accidente, es el hecho que el conductor del Kia, al girar a la izquierda perdió la preferencia de paso, lo cual es cierto, pero, no es menos cierto también, que de conducir el procesado el vehículo Renault en forma sobria, prudente o mesurada y a la velocidad reglamentaria, esto es, a 50 km. por hora, pese a la imprudencia del conductor del Kia que hace el giro hacia la izquierda, hubiera podido prever y evitar el accidente (colisión) de tránsito, haciendo maniobras de evitamiento como frenado o esquivando a un lado u otro, de lo cual no hay prueba alguna; además, la norma en cuestión es absolutamente clara, cuando establece que la pérdida de preferencia de paso al hacer un giro, es cuando el otro conductor conduce el vehículo de manera reglamentaria, lo cual no ocurre, pues, el procesado lo hace en estado de ebriedad (presunción de derecho ante la negativa de practicarse el examen de alcoholemia si no se encuentra su abogado) y a exceso de velocidad, que se determina con la pericia de velocidad del vehículo Renault, practicada por el ingeniero Manuel Vaca Realpe.
A esto hay que agregar e insistir, que dada la ubicación del lugar en que se produce la colisión, esto es, en el tercer carril contado de izquierda a derecha, desde el parterre central de la panamericana, en sentido que el Renault circulaba de Sur Norte, es decir, casi terminando de cruzar la vía el vehículo Kia para tomar la calle Miguel Ángel de la Fuente, si bien el procesado Jimmy Alexander Celi Briceño, tenía preferencia de vía por encontrarse circulando por la panamericana con el semáforo intermitente en luz color amarilla, no implica que estaba impedido de conducir con la precaución y prudencia que el caso ameritaba, precisamente por encontrarse el semáforo intermitente en luz amarilla, o lo que es lo mismo, no significa que este conductor tiene carta blanca o luz verde para conducir el vehículo a exceso de velocidad; es decir, el conductor del Renault, no circulaba de manera reglamentaria por hacerlo en estado de ebriedad y a exceso de velocidad, por lo que hace que la tal preferencia de vía la pierda, porque así lo dice la disposición reglamentaria, esto es, que la norma establece como condición para la preferencia de vía, que conduzca el vehículo con arreglo u observancia a las disposiciones legales y reglamentarias.
En cuanto al tercer elemento que debe concurrir para que tenga lugar la infracción al deber objetivo de cuidado, esto es, que el resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas, tenemos que en el caso sub júdice, efectivamente, aunque se parta del hecho real que el conductor del vehículo Kia, señor Rafael Honorato Vásquez, al llegar a la intersección formada entre la panamericana E -35 y calle Miguel Ángel de la Fuente, en sentido Norte Sur, al girar hacia la izquierda para tomar la calle Miguel Ángel de la Fuente, lo hace sin tomar las precauciones debidas o sin el cuidado adecuado, considerando que las luces de los semáforos para la panamericana E 35, se encontraban en intermitencia color amarilla; lo determinante para este Tribunal de la Sala, es que el procesado Jimmy Alexander Celi Briceño, al conducir con el grado máximo de ebriedad y a exceso de velocidad, esto es, a 119.304 km. por hora, cuando la velocidad reglamentaria en dicho sector es de 50 km. por hora, es decir, casi al 150% más de velocidad que la permitida reglamentariamente, a lo cual hay

que adicionar, el hecho que el procesado Jimmy Alexander Celi Briceño, conocía del peligro que conllevaba conducir en esas condiciones por el grado de preparación que tiene, esto es, ser un militar en servicio activo (subteniente), es lo que realmente causa el accidente de tránsito en cuestión.

Por otro lado, hay que añadir también, el hecho que conforme los mismos informes periciales referidos, se tiene que el procesado Celi Briceño, conducía el vehículo en sentido Atuntaqui Ibarra, esto es, Sur Norte, por el tercer carril contado de izquierda a derecha, o lo que es lo mismo, contado a partir del parterre que divide a la panamericana en las dos vías, y siendo que el Renault es quien impacta al Kia de manera frontal, arrastrándole por el espacio de 15 m., considerando lo que en el informe pericial practicado por el ingeniero Manuel Vaca Realpe, se establece que el Kia tiene casi el doble de peso del automóvil Renault; así también, conforme el informe pericial técnico mecánico de avalúo de daños materiales de los dos vehículos participantes en el accidente de tránsito, se observa que el que sufre mayor cantidad de daños es el vehículo Renault, lo cual demuestra o se corrobora el exceso de velocidad con que conducía el procesado el vehículo Renault; además, hay que agregar que el lugar exacto en que ocurre el impacto, es en el tercer carril de la vía derecha de la panamericana, en sentido Sur Norte, lo que significa que el vehículo Kia, se encontraba casi por terminar de cruzar la vía (panamericana) para coger la calle Miguel Ángel de la Fuente, lo quiere decir a su vez, que aunque el conductor del vehículo Kia, haya girado a la izquierda para tomar la calle en referencia, sin el cuidado debido o precaución o prudencia del caso o sin observar las normas reglamentarias, si el conductor del Renault, hubiera conducido en forma sobria y prudente y a la velocidad reglamentaria, hubiera previsto y evitado el accidente de tránsito, en los términos del cuarto elemento establecido para que se configure la infracción al deber objetivo de cuidado.

En suma, tenemos que si bien los dos conductores infringen el deber objetivo de cuidado, pero, sopesando o ponderando las dos infracciones, tenemos que quien crea el riesgo relevante o prohibido, es precisamente el conductor del vehículo Renault, al conducir en estado de ebriedad y a exceso de velocidad, lo cual va de la mano con la vulneración al principio de confianza, en razón que por no conducir el vehículo con el cuidado y prudencia debida, mal podía esperar o confiar en que el conductor del vehículo Kia, se comporte también conforme a las normas reglamentarias de circulación." (sic)

Como se deja entrever del extenso memorial transcrito *ut supra*, el juzgador de segunda instancia efectúa una adecuada construcción de los juicios de tipicidad y de culpabilidad, por tanto, no existe ningún error *in iudicando* en el proceso lógico subsuntivo. En efecto, se remarca que de los hechos que se dan por probados, se han configurado todos los elementos constitutivos de las categorías dogmáticas del delito de muerte causada por conductor en estado de embriaguez, relativas a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, entre los que se incluyen el elemento de la tipicidad relativo a la conducta, constituida por el verbo rector: "ocasionar", un accidente de tránsito del que resulten muertas una o más personas, que constituye la acción relevante para el Derecho penal, así como el elemento subjetivo, esto es la culpa como expresión de la infracción al deber objetivo de cuidado, que personalmente le correspondía al procesado Jimmy Celi Briceño, en los términos que demanda el artículo 27 COIP.

Para mayor ilustración, acerca del deber objetivo de cuidado, el profesor ecuatoriano Ramiro GARCÍA FALCONÍ traza los siguientes aspectos:

"La naturaleza de la norma de cuidado ha sido sometida a ardua discusión, así BINAVINCE niega que exista al mismo tiempo normas dolosas e imprudentes, es decir, de acuerdo a esta posición podemos hablar de normas en un solo sentenciado partiendo de que el llamado "imperativo de cuidado" no es imperativo normativo, por lo que no tiene naturaleza de deber jurídico, debemos distinguir que la norma no es lo mismo que deber jurídico, norma es un deber general es decir un deber para todos, mientras que deber jurídico es esa obligación para un determinado autor en un determinado momento. El deber de cuidado es intelectivo general, no dirigido de forma inmediata al ordenamiento jurídico. En el delito imprudente se obliga al sujeto a conocer las consecuencias exactas de su conducta, distinto de los delitos dolosos que se obliga al sujeto a desistir la realización de su conducta. Como se explicó anteriormente, el deber de cuidado debe definirse con base a un criterio mixto, teniendo en cuenta que no solo debe valorarse el cuidado que un hombre consciente y prudente haya tenido (deber objetivo de cuidado) sino también debe tomarse en cuenta las capacida-

des y conocimientos del autor en concreto (deber subjetivo de cuidado).

El deber de cuidado acarrea criterios orientadores abastecidos por la doctrina, hacia la determinación de la regla concreta de conducta que rige en el caso, para ulteriormente identificar si esta fue infringida, sin duda el tema más complejo del delito imprudente es la tarea de individualizar la regla de cuidado y su infracción, para ello necesita de la construcción previa de un modelo conceptual a seguir. Podemos decir que no es posible para el legislador detallar el sin numero de manifestaciones que una acción pueda acoger y que estas representen una infracción al cuidado objetivamente debido, por lo tanto, siendo el juez el interprete legal, este tiene que enfocarse en si se presenta o no, el núcleo del tipo imprudente. Al decir que es el juez quien debe determinar en cada caso el campo del deber objetivo de cuidado, no significa que es el que genera dichas reglas de cuidado, dado que estas son preexistentes a la labor judicial."[9]

Sobre este mismo tópico, los tratadistas españoles Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN bosquejan lo que a continuación se detalla:

> *"En los delitos imprudentes, la conducta típica no está determinada con precisión en la ley que, como ya hemos visto, sólo habla del que «por imprudencia» causare determinado resultado. Son, pues, el juez o el intérprete quienes deben establecer el contenido de la conducta imprudente. Los delitos imprudentes son, por consiguiente, tipos abiertos, en el sentido de que una característica del tipo de injusto debe ser completada por vía judicial o doctrinal. Ello no supone en este caso una lesión del principio de legalidad, ya que la propia naturaleza de las cosas impide poder describir con mayor exactitud en la ley todos los comportamientos imprudentes que se puedan dar o realizar. Lo que sí hay que hacer es buscar un punto de referencia con el que comparar la conducta realizada, para ver si ha sido realizada imprudentemente. Este punto de referencia lo establece el deber objetivo de cuidado.*
>
> *El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la conducta realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar y que cualquier persona situada en las circunstancias del autor podía haber observado.*
>
> *El Derecho penal no sólo prohibe acciones finales en las que el fin pretendido por el autor o los efectos concomitantes por él admitidos coinciden con la realización de los elementos objetivos de un tipo de delito, sino también aquellas acciones cuya finalidad es muchas veces irrelevante penalmente, pero que son realizadas sin el cuidado necesario y producen un resultado prohibido.*
>
> *En los delitos imprudentes, la desaprobación jurídica recae sobre la forma de realización de la conducta o sobre la selección de los medios para realizarla. En definitiva, la prohibición penal de determinados comportamientos imprudentes pretende motivar a los ciudadanos para que, en la realización de conductas que puedan ocasionar resultados lesivos, empleen el cuidado que es objetiva y subjetivamente necesario para evitar que se produzcan; en una palabra, para que actúen con la diligencia debida."*[10]

A partir de las citas doctrinarias que preceden, se coligen las siguientes premisas básicas:

1. El deber objetivo de cuidado es un punto de referencia para establecer si la conducta del autor ha sido o no imprudente, en términos de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN;
2. El deber de cuidado es de orden intelectivo, lo que implica que va encaminado al ordenamiento jurídico, y por ende, en el delito imprudente se conmina al sujeto a conocer las consecuencias exactas de su conducta;
3. En el deber de cuidado prima una conceptualización mixta, que abarca tanto el deber objetivo de cuidado que un sujeto consciente y prudente haya tenido, como el deber subejtivo de ciudado, esto es las capacidades y conocimientos del autor en concreto, así lo confirma GARCÍA FALCONÍ;

[9] Ramiro García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal Comentado,* 2da Edición, Latitud Cero Editores, Quito, 2014, pp. 338-340.

[10] Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal Parte General, 6ª edición, revisada y puesta al día, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 284.

4. El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente estriba en la discrepancia entre la conducta realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar y que cualquier persona situada en las circunstancias del autor podía haber observado;
5. En el delito imprudente la tarea del Juzgador consiste en individualizar la regla de cuidado y su infracción, para ello necesita de la construcción previa de un modelo conceptual a seguir;
6. En el presente caso, las reglas de cuidado que debía observar el procesado Jimmy Celi Briceño eran las de conducir sin los influjos del alcohol, a velocidad prudente -sin exceder de 50 km./h, de acuerdo a la señalización respectiva- y deteniendo su automotor por la luz interminente del semáforo en la vía, más allá de estar su vehículo en vía principal o secundaria, todo lo cual, fue finalmente incumplido por el referido procesado, quien condujo el vehículo marca Renault, a exceso de velocidad, en estado etílico y sin detenerse ante la luz interminente del semáforo -conforme se deja entrever en el citado considerando Octavo de la sentencia de apelación-; a partir de lo cual, se ha acreditado la infracción a los aspectos objetivo y subjetivo del deber de cuidado, así como el juicio de riesgo ex ante, toda vez que tales acciones imprudentes cometidas por dicho procesado aumentaron el riesgo permitido, sin que se haya verificado disminución alguna de peligro de lesión del bien jurídico;
7. La hipótesis de la culpa concurrente, en ningún momento ha sido producto del "*análisis resolutivo*" del juzgador de apelación, tal como adujo defectuosamente la defensa del recurrente; por el contrario, el *ad quem* ha construido -por cuerda separada-, las reglas de cuidado que debían observar los dos conductores de los vehículos en colisión, y luego de tal ejercicio intelectivo, ha arribado al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad del procesado Jimmy Celi Briceño, en los términos que exige el artículo 453 COIP;
8. Justamente, el ejercicio intelectivo elaborado por el juzgador de alzada, se inscribe en la postura desarrollada por la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Alta Corte Nacional, que ha fijado a la denominada culpa concurrente, como una "*situación no contemplada en el ordenamiento penal nacional, tal como señala un fallo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, citando a José Cerezo: "En los supuestos de la llamada concurrencia de culpas o imprudencias (de autor y de la víctima) hay que examinar con independencia cada una de las conductas, pues no se admite en el ámbito del Derecho Penal, a diferencia del Derecho civil, la compensación de imprudencias."*[11]; y,
9. Como corolario lógico de lo anotado en los números que anteceden, el juzgador de segundo nivel ha determinado la existencia de un resultado lesivo en forma no dolosa, caracterizando de manera correcta la falta de cuidado objetivo en la que incurrió el procesado Jimmy Celi Briceño, como resultado de la unión entre el desvalor de su acción: conducir un vehículo a motor en estado de embriaguez y del resultado que produjo: muerte a una persona.

En suma, esta Corporación no advierte ningún *error de pertinencia* en el fallo de apelación, toda vez que los supuestos de hecho que contienen los artículos 376 y 464.5 COIP, se corresponden con la narración fáctica de la conducta del impugnante, así como tampoco vislumbra vulneración de precepto legal o constitucional alguno, de ahí que no procede la casación oficiosa, como apenas delineó -también de manera grácil e indefinida-, la defensa del casacionista, máxime si se advierte que la sentencia recurrida cumple con la garantía de la motivación prevista en el artículo 76 CRE, en

[11] Corte Nacional de Justicia: Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Recurso de Casación, Causa No. 1487-2014, Sentencia de 19 de enero de 2014, Tribunal integrado por la Dra. Mariana Yumbay Yallico (ponente), Johnny Ayluardo Salcedo y Vicente Robalino Villafuerte.

tanto el *ad quem* ha exteriorizado una "*justificación razonada que permite llegar a una conclusión*", evitando así la arbitrariedad, como demanda en varios de sus fallos la Corte Interamericana de Derechos Humanos[12]; todo lo cual, torna improcedente el recurso planteado dentro de la presente causa.

5. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, al tenor de lo previsto por el artículo 657.7 COIP, 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 declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado recurrente Jimmy Alexander Celi Briceño, por falta de fundamento jurídico.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.-

f) Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (E); Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL.

[12] Corte IDH, CASO CHOCRÓN CHOCRÓN VS. VENEZUELA, Sentencia de 1 de julio de 2011 (excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y Costas).

IX

Juicio Nro. *02281-2016-00098*
Reslolución Nro. *1751-2020*
Fecha: *18 de diciembre de 2020, las 17h43*

TEMA: Alcance del verbo rector del delito de usura.

ASUNTO

La Fiscalía inicia la acción penal en contra de B. E. P. por el delito de usura, contemplado en el artículo 583 y sancionado en el artículo 584 del Código Penal. En el presente caso se discute la naturaleza del delito de usura, enfatizando el alcance del verbo rector y determinando si el hecho es punible al momento de estipular las condiciones para la entrega del dinero o referente al cobro de los intereses como tal.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales de Bolívar identifica que el delito de usura está conformado por 3 elementos: 1) La existencia de un préstamo; 2) Que el interés sea superior al interés legal; y, 3) La habitualidad. Adicionalmente, El tribunal señala que el bien jurídico tutelado antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal era la propiedad, sin embargo, que se ha ampliado ese espectro considerándolo un delito económico. Por lo tanto, en virtud de las pruebas aportadas en el caso, el tribunal indica que se demuestra la materialidad de la infracción y la culpabilidad de la procesada, imponiéndole una pena de un año de prisión.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar resuelve el recurso de apelación señalando, entre otras cosas, que las resoluciones del Banco Central que regulan los intereses son de carácter general y por ende de conocimiento público, por lo que no es posible alegar su desconocimiento.

Adicionalmente, el tribunal analiza el verbo rector de este delito y concluye que consiste en estipular los intereses por encima del interés legal, más no cobrarlos.

Finalmente, el tribunal, respecto de la alegación de prescripción, señala que no procede, pues para declararla se debe contar el tiempo transcurrido desde que cesó el pago de los intereses usurarios, o en su defecto, desde que culminó la última actuación judicial. Por lo tanto, el tribunal resuelve rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia recurrida.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 02281-2016-00098

Jueza Ponente: Dra. Dilza Muñoz Moreno

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, 18 de diciembre de 2020, las 17h43.
VISTOS:
Una vez agotado el trámite legal y por ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo, se considera
Antecedentes
Los hechos, conforme el Tribunal *adquem* los ha dado por probados, medularmente se circunscriben a lo siguiente:

Llegó a conocimiento de la Fiscalía de Bolívar que en noviembre de 2009, el ciudadano Luis

Aurelio Nájera Rochina, concurrió al domicilio de la ciudadana Bélgica Esmeralda Pazmiño para pedirle USD 1000.00, en calidad de préstamo , cantidad que fue otorgada con la condición de que sea cancelada en un mes (además de la firma de una letra de cambio), plazo que no pudo ser cumplido; ante lo cual, la prenombrada señora Bélgica Esmeralda Pazmiño le propuso esperar la cancelación del dinero a cambio de un pago del 10% mensual del préstamo, propuesta que no fue aceptada por Luis Aurelio Nájera Rochina, es así que en su contra, el 24 de abril de 2012, fue demandado en vía ejecutiva para el cobro de la letra de cambio por parte de Bélgica Esmeralda Pazmiño, cuyo pronunciamiento judicial fue que se realice el pago correspondiente.

El 24 de enero de 2017, las 16h29, el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, dictó sentencia condenatoria en contra de Bélgica Esmeralda Pazmiño, por considerarla culpable del delito tipificado y sancionado en los artículos 583 y 584 del Código Penal (norma aplicable a la fecha de los hechos) en relación al artículo 309 COIP (norma vigente al inicio del proceso), es decir por usura; por lo que, le impuso la pena atenuada de un año de privación de la libertad y multa de ciento cincuenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y el pago de USD 1500.00 por concepto de reparación integral a la víctima resolución de la cual, la procesada presentó recuro de apelación.

El 30 de noviembre de 2017, las 16h52, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, mediante sentencia negó el recurso interpuesto y confirmó el fallo subido en grado; resolución de la cual, la procesada presentó recurso de casación para ante la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

Sustanciación del recurso de casación

A la presente sentencia que ha puesto fin al recurso interpuesto por la recurrente, la anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez.

- Providencia dictada 14 de diciembre de 2017, las 11h24, por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, en la cual se concede el recurso interpuesto.
- Acta de sorteo de la causa No. 02281-2016-00098, efectuado por la presidencia de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 1 de junio de 2018, mediante la cual se radicó la competencia del Tribunal de casación.
- Auto de admisión dictado el 13 de junio de 2020, las 10h54, en el que se admitió a trámite el recurso por el cargo de errónea interpretación del artículo 583 del Código Penal COIP.
- Audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso en la que fueron escuchados: en representación de la señora Fiscal General del Estado, la señora doctora Zulema Pachacama Nieto; en representación de la procesada Bélgica Esmeralda Pazmiño, el abogado Hugo Fernando Arregui Núñez; en representación de la víctima Luis Aurelio Nájera Rochina, el abogado Wellington Amado Aldachi.

INTERVENCIONES DE LAS PARTES

Fundamentación del recurso de casación por la defensa técnica de la procesada Bélgica Esmeralda Pazmiño.

"Mediante auto de admisión a este recurso, se admitió a trámite la impugnación en contra de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia, el 30 de noviembre de 2017 a las 16h52, por la que se le impuso a mi defendida la señora Bélgica Esmeralda Pazmiño, la pena atenuada de un año de prisión correccional por considerar que ha adecuado su conducta al artículo 583 del Código Penal, en relación con el artículo 309 del Código Orgánico Integral Penal, para ello es preciso decir lo siguiente. La interpretación errónea de la ley es considerada doctrinariamente como una violación indirecta de la norma y se caracteriza por cuanto el Juez o Tribunal escoge la norma adecuada para la resolución del conflicto, pero la aplica e interpreta indebidamente, desnaturaliza su esencia, le da un efecto que no tiene o al contrario extiende el efecto de la misma, desconociendo la estructura normativa, y por ende la resolución deviene en improcedente. Esta interpretación indebida de la norma se verifica en el considerando noveno del fallo recurrido, por cuanto el Tribunal de Apelación considera a la usura como un delito esencialmente formal, es decir, que no se necesitaría que se produzca un efecto lesivo para que éste sea sancionado. De acuerdo con el Tribunal, y voy a pedir con su venia la lectura de la parte pertinente dice: (abogado procede a dar lectura a la parte aludida en la sentencia). Esto sostiene el Tribunal de alzada, es decir, para el Tribunal el efecto lesivo, el elemento objetivo del tipo penal no es el cobro de intereses, bastaría la estipulación de intereses. Si se revisa el texto del artículo 583 del Código Penal, y la posición de cómo está encontrado parte del catálogo de delitos que contenía el Código Penal derogado, este corresponde a los

delitos denominados en contra de la propiedad, reconocidos como delitos contra el patrimonio, consecuentemente, requiere entonces que el sujeto activo tenga una ventaja patrimonial en detrimento del patrimonio del sujeto pasivo, por lo que el Tribunal debía analizar el tipo penal en su conjunto y entender de esa forma y aplicarla para la solución del conflicto, pero no lo hizo; extrañamente interpreta que para el delito de usura basta con la estipulación de intereses por encima de la ley, lo cual evidentemente constituye interpretación errónea de la norma e influye en la decisión de la causa, porque efectivamente lo que el Tribunal está penando no es un cobro de intereses usureros sino estipular simplemente los intereses, esto no se coincide con la Resolución 01-2017 de la Corte Nacional de Justicia, ni tampoco con lo que señala la doctrina; para ello me permito, con su permiso, establecer lo que dice por ejemplo Ernesto Albán Gómez (abogado da lectura a la doctrina mencionada); pero además, la Sala se contradice con lo que sostiene, porque ya existe criterio de triple reiteración, refiriéndose a la defensa. Por otro lado, como analizamos en líneas anteriores, para determinar la prescripción de la acción penal que fue alegada ya oportunamente, se debe contar el tiempo transcurrido desde que cesó el pago de los intereses usurarios o en su defecto la última actuación judicial; entonces, esta interpretación errónea de la ley hace que el Tribunal se contradiga en el mismo considerando noveno, y además en la sentencia recurrida; a más de contradecirse, emite una resolución incoherente: ¿Por qué y qué se pena en la usura?, el cobro o el aprovechamiento de la ventaja usurera, no se pena el simple pacto de intereses, porque si uno estipula intereses superiores al máximo legal, es también quien pacta con el usurero el responsable del delito, en consecuencia existe esta interpretación errada, por lo que el Tribunal efectivamente de acuerdo al factum procesal escoge la norma adecuada para la resolución del conflicto, pero yerra en la interpretación del alcance de la misma y desnaturaliza lo que es la usura, limitándose a creer que el elemento lesivo es el simple pacto de intereses o la simple estipulación, cuando lo que realmente se sanciona es el cobro, porque eso es lo que produce para efectos legales el daño en la propiedad, en una época en donde el delito era considerado como un delito contra la propiedad o el daño al sistema económico nacional en este momento al ser considerado como un delito económico de usura en el Código Orgánico Integral Penal, tomando en cuenta además que a la época que estaba vigente el Código Penal, la usura era un delito habitual y continuado, hoy esa estructura normativa valió porque la usura se configura con sólo el préstamo a una persona, antes era necesario, según el texto del artículo 583 CP, que existan varias personas que hayan sido víctimas de un préstamo usurero, consecuentemente este yerro en la sentencia es completamente decisivo para la resolución de la causa, porque para el Tribunal se da por comprobado este pacto y estipulación de intereses por encima del máximo legal, pero no el cobro, y lo aclara porque dice: "recordamos al apelante que el verbo rector cuando realmente es el elemento objetivo del tipo, el estipular intereses" eso es lo que alega el Tribunal; pero más adelante, cuando se argumentó la prescripción dijo que no, que tenía que ser el cobro, consecuentemente existe una incoherencia del falló derivada de la errónea interpretación de la ley en el artículo 583 ibídem, artículo al cual se da un sentido distinto y sus efectos se han desnaturalizado. Este yerro hizo que mi clienta haya sido condenada. Tomen en cuenta algo más, el Tribunal de alzada no efectúa el juicio de tipicidad que debía realizar, ni subsume los hechos a la norma, se limita a decir que el delito existe porque existe una estipulación de intereses pero no efectúa el análisis dogmático de tipicidad, antijuridicidad para establecer la culpabilidad, por lo que este yerro es trascedente y merece ser corregido por la Sala de Casación, quien debe efectuar el debido control de legalidad y por ende casar la sentencia, aceptar el recurso interpuesto, además revocar el fallo subido en grado y confirmar el estado de inocencia de mi cliente. Únicamente voy a referirme a lo siguiente, el día de ayer se presentó un memorial a la Sala pidiendo además que se declare la prescripción de la acción en este proceso, esto no es básicamente el motivo de la casación porque no existe ningún tipo de violación con respecto a ese tema, pero se solicita la denominada prescripción reducida, tomando en cuenta que mi cliente se presentó al proceso, compareció al mismo pese a su avanzada edad, más de ochenta años y delicado estado de salud, y colaboró en todas las investigaciones, y han transcurrido más de cuatro años desde la fecha de instauración de la causa, note además el Tribunal que el supuesto hecho delictivo se produjo en el año 2009, y la instrucción fiscal se inició en el 2015

o 2016, ya desde ahí existió la prescripción que se alegó oportunamente al Tribunal pero el Tribunal, reitero, interpretó erróneamente la ley y de esa forma influyó para dictar la sentencia de condena o para negar la prescripción; en consecuencia solicito en primera instancia que se acepte el recurso de casación en los términos que se han alegado y subsidiariamente se analice la prescripción de la acción que se ha realizado al amparo de lo establecido en el artículo 101, inciso sexto del Código Penal, norma ultractiva vigente para el caso." (Sic.)

Intervención de la delegada de la señora Fiscal General del Estado, doctora Zulema Pachacama Nieto.

"Respecto al recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia dictada por la Sala de la Corte Provincial de fecha 30 de noviembre de 2017, a las 16h52, que confirma la sentencia dictada por el Tribunal A-quo, aceptado por la errónea interpretación del artículo 583 del Código Penal, y para justificar esta errónea interpretación de esta norma la defensa técnica del procesado en su análisis y punto central ha argumentado que los jueces del Tribunal de Apelación han desnaturalizado el sentido de la norma respecto del delito de usura, y ha indicado que el delito no se configura con el cobro sino con la estipulación de intereses superiores al permitido por la ley. Al respecto me permiten leer la norma por la cual se adecúa la conducta de la procesada a esta norma del artículo 583 CP que claramente manifiesta (se lee la norma invocada). En estas circunstancias a ningún momento existe una errónea interpretación de la norma jurídica a la cual el abogado equivocadamente sustenta en su argumento, pues la norma claramente señala que se estipule un interés, no dice que se cobre un interés, sin embargo, del texto de la sentencia que se está recurriendo, claramente manifiesta que existe el cobro de un diez por ciento, inclusive la víctima pagó ochenta dólares de interés, y que le faltó veinte dólares para cubrir los cien dólares y justificar el cobro del interés del diez por ciento por el préstamo de mil dólares. Por otra parte, ha indicado que existe también la falta de análisis dogmático por parte de los jueces de apelación, que debieron haber realizado dice un juicio de tipicidad y antijuridicidad para demostrar la culpabilidad; debemos recordar que la sentencia es ratificatoria y confirmatoria a la sentencia del Tribunal A-quo, en la cual el Tribunal de Juicio analiza todos estos aspectos de la dogmática jurídica en cuanto a la tipicidad, a la antijuridicidad, al delito en sí, y se adecúa correctamente la conducta de la procesada al artículo 583 del Código Penal vigente a la época del delito; en esta circunstancia no se verifica en ningún momento de que exista una errónea interpretación de la norma como inclusive ha reconocido la defensa técnica de la procesada, quien indica que la mala interpretación de una norma se produce cuando el Tribunal o los jueces de alzada han realizado una interpretación errada de la norma, lo cual en la especie no existe. Por otra parte también ha señalado que existe una prescripción en virtud de que los hechos delictivos se cometieron en el año 2009. En el mismo considerando que es acusado que existe la errónea interpretación de la norma, los jueces han ido resolviendo cada uno de los argumentos que han interpuesto inclusive en una apelación. Me permiten leer la parte pertinente (la señora Fiscal da lectura a lo indicado en sentencia de apelación sobre la prescripción solicitada). Con esto se está demostrando que se ha mantenido la misma tesis inclusive desde apelación, las cuales han sido correctamente analizadas por los jueces de apelación, y contestadas; en estas circunstancias no existe la solicitada errónea interpretación de la norma del artículo 583 CP, por lo tanto, la Fiscalía solicita que se declare improcedente el recurso de casación interpuesto por la procesada por falta de fundamentación por parte de la defensa técnica y no haber mencionado uno de los principales principios en el recurso de casación que es el principio de trascendencia." (Sic.)

Contestación por parte de la defensa técnica de la víctima Luis Aurelio Nájera Rochina.

"Debo indicar que la defensa técnica no ha fundamentado el motivo por el cual tanto el Tribunal Penal como la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, han interpretado erróneamente la ley, pues ellos en base a lo que dispone el artículo 82 de la Constitución de la República, la fundamentación a su sentencia ha sido debidamente motivada en relación a la investigación realizada dentro de este proceso; por consiguiente, al haberse adecuado a lo dispuesto por el artículo 583 CP, conforme supo indicar y dio lectura la señora Fiscal, la prestamista, en esta caso la recurrente, no solamente que había perjudicado a una sola persona, lo cual no supo indicar para su fundamentación el recurrente, existen varios perjudicados, de los cuales se pudo determinar que

hubo cobros usureros por encima del interés legal fijado por la Superintendencia de Bancos y por el Banco Central del Ecuador, pues en este sentido al no tener nada más que alegar en especial a la prescripción que presuntamente a último instante presentó la parte recurrente, no debe ser acogida en esta parte, pues ya se ha venido discutiendo este concepto de prescripción desde el año 2016, el mismo que no ha sido acogido por ningún Tribunal, esto es por el Tribunal Penal ni por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar. En lo demás, quiero indicar que me adhiero en su totalidad a la exposición realizada por la señora Fiscal que me antecedió en la palabra, por lo tanto, al no haber fundamentado la parte recurrente la errónea interpretación de la ley, conforme así lo determina la parte última del artículo 349 de la ley de la materia vigente a esa fecha, solicito se deseche el recurso por falta de fundamentación, y se aplique lo que dispone el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador. " (Sic.)

Derecho a la contrarréplica: Intervención de la defensa técnica de la casacionista:

"Para que no exista confusión sobre el tema; el Tribunal deberá resolver en base a la Resolución 01-2017 de la Corte Nacional de Justicia, esto para que no exista confusión entre lo que dice el texto y lo que realmente es el delito. Se han hecho citas doctrinales que se han pasado por alto. La Resolución 01-2017 sostiene, con su venia señores Jueces (procede a dar lectura y dice: *"Art. 3.- DECLARAR COMO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO, el siguiente punto de derecho: "El delito de usura se comete desde que el sujeto activo al realizar un préstamo de dinero cobra al sujeto pasivo un interés mayor que el permitido por la ley. La acción permanece mientras el sujeto pasivo es sometido al cumplimiento de la obligación y culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de subordinación, esto es al terminar de pagar los intereses usurarios o en su defecto si se ha demandado el pago de la obligación hasta cuando se dicta la última actuación judicial para su ejecución"* Esto no dijo la Corte Provincial, se olvidó, el delito no se comete por estipular intereses sino por cobrarlos, y no hay que confundir la prescripción del ejercicio de la acción penal desde la fecha que se cometió el delito hasta la fecha que se inició la instrucción con la que establece el inciso sexto del artículo 101 del Código Penal que dice textualmente (el abogado procede a dar lectura a la parte pertinente de la resolución respecto al tiempo de consumación del delito de usura). Así que no hay que confundir entre lo que es la prescripción que se alegó, esto no fue causa del recurso de casación, consecuentemente está más que justificada la causal, se justificó la trascendencia del yerro para emitir la sentencia, porque el Tribunal de alzada lo que hizo fue hacer un análisis sesgado con el objeto de cuadrar la conducta de mi cliente en el tipo penal, cuando sabía que la supuesta víctima jamás pagó intereses usureros por lo que me ratifico en mi pedido original." (Sic.)

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

Competencia

La Corte Nacional de Justicia, ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

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, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los artículos 183 y 186 de la misma ley.

En virtud de la Resolución 197-2019, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, el 28 de noviembre de 2019, y de acuerdo al oficio No. 2367-SG-CNJ, suscrito por la señora doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, de designó a la señora doctora Dilza Muñoz Moreno, como Jueza Nacional (e), en remplazo de la señora doctora Sylvia Sánchez Insuasti, ex Jueza Nacional, conformando el Tribunal con los señores doctores Marco Rodríguez Ruiz e Iván Saquicela Rodas, Jueces Nacionales. (E).

Análisis de las alegaciones respecto del fundamento del recurso de casación.

El recurso de casación está dirigido 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, exige motivos taxativos para su interposición y admisión, siendo estos, los errores de derecho producidos por el juzgador al momento de prescribir normas jurídi-

cas aplicables al resolver, o a su vez sin embargo de haber escogido normas correctas, les ha dado un estilo y alcance a su texto que no es el que verdaderamente tienen en su esencia. En ese sentido, es un medio de impugnación limitado y taxativo, pues, su fundamento se ciñe a estrictas causales determinadas en la ley.

La doctrina señala que "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].

De ahí que, este medio de impugnación se consagra como la materialización del derecho a recurrir de raigambre constitucional y convencional; entonces, para fijar el escenario de estudio conforme a este medio extraordinario de casación una vez finalizada la fase de admisibilidad del recurso, se debe diseñar la fundamentación conforme lo dispuesto en el artículo 656 COIP, que contiene las causales por las que ha de prosperar el recurso.

Es así que, la recurrente considera que en el *sub examine*, de primera mano existe prescripción anticipada de la acción, por el hecho de haberse presentado voluntariamente a la justicia y colaborado con la investigación.; es decir, que esta figura jurídica ha operado por haber transcurrido cuatro años conforme el artículo 101 del Código Penal señalaba en la parte pertinente a la alegación planteada lo siguiente: "*Si el indicado se presentare voluntariamente a la justicia en el plazo máximo de seis meses posteriores al inicio de la instrucción, los respectivos plazos se reducirán a diez años en los delitos reprimidos con reclusión mayor especial; a ocho años en los demás delitos reprimidos con reclusión; y, a cuatro años en los delitos reprimidos con prisión. En estos casos, los plazos se contarán desde la fecha del inicio de la instrucción. No surtirá efecto está regla en caso de reincidencia*."; de ese modo, tenemos que, la acción penal se define como un mecanismo que activa el poder punitivo estatal para que, a través de un proceso penal, reconozca la transgresión de un bien jurídico cuya protección es de interés público, a pesar de que su ejercicio puede ser particular[2]; en ese sentido, el Código Penal establecía varios parámetros para el cálculo del tiempo de acción penal.

ACCIÓN	PENA*	TIEMPO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN
PÚBLICA	Reclusión mayor	10 años
	Reclusión mayor especial	15 años
	Prisión	5 años
PRIVADA	180 días	

Así las cosas, cabe precisar que sobre el delito cometido, el inicio del proceso se efectuó en marzo de 2016, y en el auto de llamamiento a juicio dictado el 20 de julio de 2016 se ratificó en beneficio de la procesada la medida cautelar contenida en el artículo 622 numerales 1 y 2 COIP, por ser la normativa con la que se ha tramitado la causa debido al inicio del proceso, de ese modo, es menester indicar que, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia, dentro de su jurisprudencia indicativa, sentencia de 30 de agosto del 2016, juicio No. 1655-2015, ha señalado lo siguiente:

> *"Este Tribunal de Casación, una vez revisado el proceso y analizado lo solicitado por los procesados, en la facultad de garantes al tenor de lo dispuesto en los artículos 424 y 426 de la Constitución de la República, advierte que esta causa se ha iniciado con el auto de instrucción fiscal, el 14 de febrero de 2012, habiendo transcurrido hasta la fecha de realización de la audiencia fundamentación de los recursos de casación cuatro años, cuatro meses y veintidós días; sin embargo, los procesados alegan haberse presentado voluntariamente a la justicia y no ser reincidentes. Al iniciarse esta causa penal el Juez de Garantías Penales ha dispuesto como medida cautelar la prohibición de ausentarse o salir del país y que luego, al dictarse el auto de llamamiento a juicio ha sido sustituida por la media cautelar de presentarse cada quince días al*

[1] Gilberto Martínez Rave. *Procedimiento Penal Colombiano*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, pág. 457.

[2] Constitución de la República, Art. 11.- 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.

juzgado, esto significa que los procesados en ningún momento concurrieron de manera voluntaria, sino a través de una medida cautelar, por lo tanto, al no cumplirse con la norma del artículo 101 del Código Penal, la alegación de la prescripción de la acción no procese y así se lo declara."[3] (Lo resaltado fuera del texto)

En consecuencia, queda claro que para que sea considerada una presentación voluntaria, es importante que la misma sea evidentemente física y no se enlace a alguna medida cautelar de carácter personal y/o real previstas en la norma citada *ut supra.* En otras palabras, al no contar con una presentación espontánea de la recurrente en la etapa correspondiente, provoca que se desvanezca la posibilidad de que se pueda subsumir este supuesto hecho en la condición predicha respecto de la prescripción anticipada; tanto más que, lo referente a la presentación voluntaria, no debe ser un mero enunciado merced de las reiteradas alegaciones propuestas en las diferentes etapas del proceso y que nuevamente han sido traídas a colación en esta sede, sino que debe ser motivado en torno a cómo se ha configurado aquella presentación voluntaria y colaboración con la justicia; por lo tanto, la alegación planteada es improcedente; así las cosas, cabe mencionar que a partir de aquello, en torno a la negativa reiterada de los juzgadores de instancia sobre la prescripción que la recurrente ha vinculado con su reproche casacional, se entra a analizar su pretensión propiamente dicha conforme a lo que sigue:

Se ha alegado la existencia de una **errónea interpretación del artículo 583 del Código Penal (artículo 309 COIP)**; debido a que, dentro del considerando noveno del fallo recurrido el *adquem* ha considerado que el delito de usura en su componente objetivo no es el cobro de intereses superiores al legal establecido por el Banco Central del Ecuador, sino la simple estipulación, lo cual desnaturalizaría el delito y por ende justifica el yerro alegado, lo cual, es contrario a diferentes precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Nacional de Justicia, entre ellos el 01 del 2017.

Expuesto aquello, es de indicar que en la referida resolución, se menciona que el delito de usura se consuma recién cuando el sujeto activo **cobra** un interés superior al permitido por la Ley.

Al respecto, corresponde determinar dentro del concepto tripartito del delito que nuestro sistema penal ha adoptado, qué lugar corresponde a cada elemento dentro del tipo penal de usura; es así que, el establecimiento de tales componentes del delito por el legislador en la creación y del juez en su aplicación, en el proceso penal, ambos no recorren caminos distintos, ya que se apoyan en los mismos puntos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), sin embargo, su punto de partida en torno a la labor de cada uno es distinto; en cuanto al legislador o creador del tipo, esta parte de la antijuridicidad, pues realiza una previa valoración negativa de un hecho que se analiza en perspectiva de qué bienes jurídicos podría lesionar, en tanto que el juez parte de la tipicidad que contiene los elementos de la conducta que el legislador ha extraído del hecho punible.

A partir de aquello el tipo penal de usura contenido en el artículo 309 COIP señala:

"La persona que otorgue un préstamo directa o indirectamente y estipule un interés mayor que el permitido por ley, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años."

Ahora, como ya se indicó que el juez parte de la tipicidad, es de señalar que en la resolución 01-2017, en la conclusión en su artículo 3 se menciona que el delito de usura se comete cuando el sujeto activo al otorgar un préstamo cobra al sujeto pasivo un interés mayor al determinado por la Ley y concretamente consigna: "Art. 3.- DECLARAR COMO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO, el siguiente punto de derecho: *"El delito de usura se comete desde que el sujeto activo al realizar un préstamo de dinero cobra al sujeto pasivo un interés mayor que el permitido por la ley. La acción permanece mientras el sujeto pasivo es sometido al cumplimiento de la obligación y culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de subordinación, esto es al terminar de pagar los intereses usurarios o en su defecto si se ha demandado el pago de la obligación hasta cuando se dicta la última actuación judicial para su ejecución"*; de ese modo, analizada la mentada norma de la Resolución 01-2017, se observa que en el desarrollo de su estructura motivacional es en torno a la cita de varias resoluciones que sirvieron de base para las conclusiones ya indicadas, como son las sentencias que sirvieron

[3] Criterios sobre la Inteligencia y Aplicación de la Ley en Materias Penales, Corte Nacional de Justicia, editor. Dr. Carlos Ramírez Romero, Quito, 2017, p. 81.

de línea argumental común, así: Resolución Nro. 658-2015, Resolución Nro. 810-2015, Resolución Nro. 689-2015, Resolución Nro. 745-2015, Resolución Nro. 2096-2016, Resolución No. 658-2015, a través de las que se resuelven problemas jurídicos relacionados con:

1. Momento en el que culminan los efectos jurídicos del delito de usura.
2. Por su resultado y actividad, la usura es un delito permanente.
3. Importancia de identificar el momento consumativo en el delito de usura.

Sentencias a través de las que se ha establecido que: "El delito de usura se comete desde que el sujeto activo presta una cantidad de dinero con un interés mayor a la tasa activa referencial establecida por el Banco Central del Ecuador y permanece mientras exista el sometimiento del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación, por lo tanto, el cometimiento del delito culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento"; "El delito de usura se comete desde que el sujeto activo presta una cantidad de dinero con un interés mayor a la tasa activa referencial establecida por el Banco Central del Ecuador y permanece mientras exista el sometimiento del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación; culminando cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento". En sí, la palabra préstamo constituye un acuerdo de voluntades pre establecido[4], y dicho acuerdo se hace mediante una estipulación, cláusula condición etc.; por consiguiente, cuando el sujeto pasivo accede a aquellas condiciones propuestas por el sujeto activo, es cuando queda sometido a tales situaciones, debido a que el incumplimiento de lo pactado, le acarrearía consecuencias adversas como la pérdida de su patrimonio, que también se materializa con el pago mensual conforme se haya establecido por las partes; esta situación también se ha analizado dentro de la sentencia 810-2015 dictada el 12 de junio de 2015, que es abordada por el precedente jurisprudencial invocado por la recurrente, donde se ha determinado que aquella materialización en torno al cobro mensual de intereses, origina que el delito de usura sea una infracción continua en torno a los diferentes momentos en que se ejecuta lo estipulado, con lo cual, se ha determinado que el préstamo no es considerado cuando se cobra, sino cuando se firma el acuerdo condicionado por parte del sujeto activo respecto de las estipulaciones pre establecidas y que en el caso de la usura no constituyen estipulaciones equitativas sino abusivas, en conocimiento de que quien acude a ese tipo de préstamos pone en alto riesgo su patrimonio por extrema necesidad económica, por lo que el cometimiento de la infracción culmina al cesar los efectos jurídicos del sometimiento y las acciones judiciales seguidas por el usurero, quien no sólo se sostiene en el pacto de intereses ilegales sino en la firma de documentos que le aseguren una ganancia ilícita, pues esa es la esencia de la usura, ocasionando detrimento en el patrimonio del sujeto pasivo, vulnerándose su derecho a la propiedad, trabajo, propiedad y una vida digna; derechos de raigambre constitucional y convencional.

De ese modo, tales situaciones que conllevan a sostener que en los fallos en los que se ha apoyado el precedente jurisprudencial que sirvieron de base de la configuración de una interpretación del tipo penal de usura en torno a que se comete o se consuma recién cuando se cobra el interés superior al legal establecido, aquello, no fue la intención del legislador al plasmar el tipo penal de usura, antes en el Código Penal y hoy en el COIP, pues el cobro efectivamente es la consecución que sigue luego de la estipulación usurera o explotadora.

Así las cosas, este Tribunal evidentemente se aparta del criterio de dicho precedente jurisprudencial que se consigna al redactar el artículo 3 en la parte en que declara como precedente jurisprudencial obligatorio en el punto de derecho que sostiene que *"El delito de usura se comete desde que el sujeto activo al realizar un préstamo de dinero cobra al sujeto pasivo un interés mayor que el permitido por la ley",* no sólo porque se aparta del sentido que dio el legislador al delito de usura, sino porque la misma Resolución 1-2017, para llegar a su resolución analiza aspectos como cuál es el momento de la consumación de la usura, haciendo hincapié que existen varios momentos que configuran la usura, así, desde que el sujeto activo presta una cantidad de dinero con un interés mayor a la tasa activa referencial establecida por el Banco Central del Ecuador; cuando el contrato se perfecciona trasladando las sumas de dinero de una persona a otra; durante

[4] Diccionario Básico Jurídico: "Una de las partes entrega a otra… dinero u otra cosa fungible con la condición de devolver otra de la misma especie y calidad". Octava Edición- Editores Comares. p. 436

el descuento, es decir, cuando el monto del capital se ha reducido, sin embargo el interés se amplía hasta sobrepasar el límite permitido; y, que permanece mientras exista el sometimiento del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación, es decir, mientras el acreedor exija el pago de la deuda y el deudor siga cancelando las cuotas, siguen siendo vulnerados de manera activa sus derechos a la libertad de trabajo, a la propiedad, a una vida digna; entre otros. Siendo de importancia los puntos concordantes de derecho plasmados en la citada Resolución, siendo afines las sentencias allí plasmadas en cuanto a que:

- El delito de usura se comete desde que el sujeto activo presta una cantidad de dinero con un interés mayor a la tasa activa referencial establecida por el Banco Central del Ecuador y continúa mientras exista el sometimiento del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación, por lo tanto, el cometimiento del delito culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento.

Lo anterior implica efectivamente que la usura ya se consuma cuando el acreedor usurero al estipular las condiciones para la entrega del dinero, recibe ya una ventaja desproporcionada, como cuando obliga a la firma de letras de cambio, aún en blanco, como señala la sentencia del Adquem ha ocurrido, como una garantía de carácter extorsiva. Es desde ese momento en que el patrimonio de la víctima ya entra en peligro potencial, porque es el comienzo de ejecución del delito.

Ahora bien, el delito de usura consignado en el Art. 583 del Código Penal estipula *"Es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por la ley, u otras ventajas usurarias";* mientras que el Art. 309 del COIP determina que es sujeto activo de usura *"La persona que otorgue un préstamo directa o indirectamente y estipule un interés mayor que el permitido por ley, …"*. Esencialmente se tiene que conforme a la redacción del tipo penal (antes o actual), que lo que se instruye del autor del delito de usura esencialmente consiste en la **estipulación** de un interés superior al legal para otorgar un préstamo; frente a ello, es de señalar que, efectivamente aquel verbo "estipular", sinónimo de convenir, acordar, pactar, es la palabra que más caracteriza lo que se predica del sujeto activo que será lo posteriormente reprochable, ya que, en la redacción del tipo penal de usura se evidencia una composición oracional bimembre; que quiere decir que contiene un sujeto y un predicado, enlazados por un núcleo que es el verbo (la acción que realiza el sujeto activo) que complementa la acción precedente que es otorgar un préstamo, volviéndolo injusto, contrario a derecho, y por ende, relevante para el derecho penal.

A partir de aquello, dejando sentado que esta resolución al apartarse del contenido literal del Art. 3 de la Resolución 01-2017, que además no es concordante con todo su contexto, y que el contenido de este fallo puede estimarse en un eventual precedente jurisprudencial, se establece que el delito de usura se comete y se configura en el momento de la estipulación de un interés superior al legal, al momento de otorgarse, aceptarse, concederse un préstamo en esas condiciones, ya que, a partir de ahí ya se genera la obligación de pagar un interés usurero. Es entonces cuando este negocio ilícito, no equitativo, conocido como préstamo de dinero al "chulco" en que el supuesto beneficiario del dinero recibido, lo obtiene bajo condiciones infrahumanas, como es la firma de letras de cambio o pagarés inclusive en blanco, cuyos intereses antojadizos constarán al momento en que el prestamista o chulquero decida cobrar a través de vías judiciales, asegurándose como resguardo de su dinero, que por ese tipo de negocio se duplica o hasta se triplica sin control de ente estatal alguno, pero también con condiciones previas a la entrega del dinero, también con garantías de hipotecas abiertas y otro tipo de prendas. En consecuencia, no es cuando recién el usurero cobra el interés que se consuma este delito, sino desde el momento del pacto con ese tipo de estipulaciones, pero aún más, tomándose en cuenta que generalmente, al entregar la cantidad pedida, el usurero ya se retiene el interés que estima corresponde.

Es así que, revisada la sentencia recurrida se evidencia que el *adquem* dentro del considerando noveno, ha señalado:

> "De las pretensiones formuladas por los sujetos procesales en la audiencia, oral, pública y contradictoria llevada a efecto en esta Sala y de la revisión del proceso, se debe señalar que se ha demostrado fehacientemente lo planteado por Fiscalía; por lo que, se ha llegado al convencimiento que la sentenciada Bélgica Esmeraldas Pazmiño, concedía préstamos a diferentes personas a cambio del pago del 10% de interés mensual, que también le ha otorgado un préstamo a la víctima Luis Aurelio Nájera Rochina, en el año 2009, préstamo que solicitó para cancelarlo en un mes y para lo cual puso en garantía una escritura pública del terreno de su propiedad, además entregó una letra de cambio en blanco, firmada por él y su esposa, que tiene dado solo ochenta dólares de interés,

que le faltó veinte dólares porque el interés estipulado fue del 10% mensual, que la letra le ha llenado la señora Bélgica Pazmiño, por tres mil ochocientos dólares, con la cual ha procedido a demandarle en juicio ejecutivo, estando por consiguiente su terreno en trámite de remate; que el interés estipulado por la acusada y acordado voluntariamente, era mayor del que permite y regula la ley, cuya incidencia y habitualidad, de entregar dinero a personas con un interés superior al legal, se constituye en delito de usura, determinado actualmente en el Art. 309 del Código Orgánico Integral Penal. La materialidad de la infracción, se ha demostrado con los testimonios solicitados por la fiscalía de Leonor Isabel Manobanda Santillán, César Alberto Quinatoa Pachala, María Lola Guano Pachala, José Manuel Milán Chacha, Ángel Edmundo Urbano Bustillos, María Ana Coles Tibanlombo, María Hortensia Cando Lumbi, Karol Lisenia Guamán Cando, Ángel Roberto Rivera Guanoluisa, Manuel Segundo Santillán Masabanda y Ana Cecilia Saltos Zapata, quienes manifestaron conocer a Bélgica Esmeralda Pazmiño, haberle solicitado préstamos de dinero y que siempre el intereses por el crédito proporcionado era del 10% mensual, a lo que se suma el informe de reconocimiento del lugar de los hechos suscrito por la agente policial Mildre Esperanza Loor Moreira, en el que consta que se trasladó el día jueves 04 de abril del 2013 hasta la ciudadela Primero de Mayo, calles Adolfo Páez entre Ángel Lombeida y Alberto Flores, cantón Guaranda, provincia de Bolívar, conjuntamente con el denunciante Luis Aurelio Nájera Rochina, al domicilio de la señora Bélgica Pazmiño, lugar que se describe como una escena "CERRADA", añadiendo que el denunciante le manifestó a la perito que en la sala de dicho domicilio fue el lugar en donde la señora le había entregado la suma de mil dólares americanos en calidad de préstamo, todo lo cual ha sido apoyado con la prueba documental con lo cual se corrobora con el informe pericial documentológico suscrito por el agente de policía Humberto Lisandro Sánchez Veloz, del que se desprende las evidencias de 70 letras de cambio, firmadas en blanco y en cuyos talonarios se anotaba el valor que cancelaban los deudores, así como el valor que iban adeudando en calidad de intereses, 18 cheques del Banco Pichincha, Fomento y Guayaquil, también las tres libretas con logotipos "Andaluz", "Avon" y "Yasuní Itt", en las que se observan apuntes con cantidades y nombres de diferentes personas, en los que se detalla los valores que los deudores entregaban a la acusada por concepto de intereses; con la consulta de causas en el sistema SATJE del se establece 90 procesos desde el año 2006, siendo la actora de dichas causas Bélgica Pazmiño; con el informe concedido por la Dirección de Registro Civil de esta provincia, se desprende la documentación de filiación de varias personas que resultaron ser beneficiarios de créditos de parte de la acusada; y, con las copias certificadas del Juzgado Tercero de lo Civil de Bolívar del juicio ejecutivo seguido por Bélgica Pazmiño en contra de Luis Aurelio Nájera Rochina y su cónyuge, se llega a la conclusión que la acusada si se ha dedicado siempre a prestar dinero de forme continua, permanente y habitual, con un interés del 10% mensual , que multiplicado por los doce meses que tiene el año nos da un interés de 120 anual, interés que obviamente sobrepasa la tasa de interés legal establecido por el Banco Central; y. la responsabilidad de la acusada, se ha demostrado con el testimonio de Luis Aurelio Nájera Rochina, quien manifestó que la acusada Bélgica Esmeralda Pazmiño, le prestó mil dólares americanos, no tres mil ochocientos dólares americanos como consta en la letra de cambio que sirvió de base para iniciarle el juicio ejecutivo, también con los testimonios de cargo solicitados por la Fiscalía, quienes también manifestaron que deben el capital a ellos concedidos. La defensa de la recurrente y sentenciada fundamenta su recurso primero indicando que los elementos del tipo penal que se le atribuye a su cliente y por los cuales ha sido llamada a juicio, no se configura al no haber probado cual es el interés legal del Banco Central del Ecuador, para determinar si hubo o no el cobro de intereses usureros, indica que en esencia el delito no existe, por ende su conducta no es penalmente relevante y no debe ser objeto de ningún tipo de juicio, a la cual los jueces de la Sala nos pronunciamos que las resoluciones Banco Central con respecto a los intereses que rigen en el sistema financiero, son normas de carácter general, por ende conocidas por todos los habitantes del Ecuador, como así se encuentra establecido en el Art. 13 del Código Civil; por lo que no era indispensable dicha certificación, para determinar que los intereses que cobraba la acusada eran del 120% anual y por consiguiente, mayor y desproporcionado que el interés establecido por el Banco Central. Con respecto al otro punto que fundamentó el

recurso de apelación la sentenciada, que tiene que ver que el denunciante no ha pagado interés alguno. Puntualizamos que el Art. 309 del Código Orgánico Integral Penal en concordancia con el Art. 583 del Código Penal, vigente a la fecha de inicio de la investigación, el verbo rector, puntualizado en dichas normas, es estipular intereses por encima del interés legal, más no cobrar intereses como lo ha mencionado la defensa de la recurrente." (Sic.)

Merced de lo citado, no se desprende que exista errónea interpretación del tipo penal conforme las alegaciones de la recurrente, toda vez que, en el juicio de tipicidad citado se ha justificado motivadamente que la **premisa fáctica** que corresponde al momento en el cual la recurrente otorgó un préstamo estipulando un interés superior al legal permitido encajó en la **premisa normativa** (artículos 583 del CP y 309 COIP), dándole la correcta interpretación que es acorde a la intención del legislador para finalmente llegar a la **conclusión** de que la acción ejecutada corresponde a un delito de usura con lo cual, el *adquem* lo justifica al señalar lo siguiente: "Con relación a que cualquier tipo de acción se halla prescrita porque el presunto acto punible se ha cometido en el año 2009, debemos indicarle que existen criterios de triple reiteración, como analizamos en líneas anteriores, que para determinar la prescripción de la acción penal de usura, se debe contar el tiempo transcurrido desde que cesó el pago de los intereses usurarios o en su defecto, desde que culminó la última actuación judicial, en caso de haberse iniciado un proceso civil para el cobro, por parte de la prestamista usuraria; y como de autos consta que se encuentra en proceso de remate el predio del denunciante, señor Luis Nájera Rochina, no procede la prescripción alegada." (Sic.)

En ese contexto, las alegaciones propuestas en torno a la causal invocada no son procedentes, por lo que se las desecha.

DECISIÓN

Por las consideraciones que anteceden, 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 Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, conforme lo dispuesto en el artículo 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, declara improcedente el recurso interpuesto por: **BÉLGICA ESMERALDA PAZMIÑO.**- Una vez ejecutoriada la resolución, devuélvase al órgano jurisdiccional de origen para los fines legales pertinentes. **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dra. Dilza Muñoz Moreno, JUEZA NACIONAL (E) PONENTE; Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL; Dr. Iván Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL.

X

Juicio Nro. *17291-2017-00326*
Resolución Nro. *1783-2020*
Fecha: *29 de diciembre de 2020, las 10h18*

TEMA: Circunstancia agravante genérica de ensañamiento en delito de femicidio.

ASUNTO

La Fiscalía inicia la acción penal pública en contra del señor H. M. M., por el delito de femicidio, contemplado en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, con la concurrencia de circunstancias agravantes propias del tipo penal contenidas en el artículo 142 ibídem, y la circunstancia agravante genérica establecida en el artículo 47 nume-

ral 7 del mismo cuerpo legal, en virtud de que el procesado le propinó 16 heridas con un arma blanca a la víctima, llegando a sus órganos vitales y ocasionando su deceso.

En el presente caso se discute la aplicación de la agravante genérica de ensañamiento en contra de la víctima, en el delito de femicidio, y también se analiza la figura de imputabilidad atenuada por trastornos mentales transitorios o parciales.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales del Distrito Metropolitano de Quito identifica los elementos de la teoría del delito y verifica que, en cuanto a la acción, se ha probado la relación marital existente entre el procesado y la víctima, lo que indica la existencia de un ejercicio de poder que se caracterizó por tener una dinámica familiar marcada por la violencia física, psicológica y de medios judiciales. En relación a la tipicidad, el tribunal señala que la conducta del procesado se adecúa a lo prescrito en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, con la agravante del numeral 2 del artículo 142 ibídem. Además, en relación a la tipicidad objetiva del delito de femicidio, se señala que solo es posible cometerlo mediante dolo, mismo que fue demostrado en el presente caso. Por otro lado, respecto de la antijuridicidad, el tribunal concluye que el procesado, mediante su accionar típico, contravino el bien jurídico de la vida protegida por la Constitución. Finalmente, sobre la culpabilidad, el tribunal confirma que el procesado tenía conocimiento de la antijuridicidad del hecho y que, además, no padecía de ninguna enfermedad mental transitoria o permanente, por lo que no es inimputable, en razón de lo cual el Tribunal declara la culpabilidad del procesado en calidad de autor directo del delito de femicidio, imponiéndole la pena de veintiséis años de privación de libertad.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Única Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha revisa los recursos de apelación interpuestos concluyendo lo siguiente: En relación al recurso interpuesto por el procesado, se determina que no son aplicables al caso las atenuantes previstas en el Código Orgánico Integral Penal, además que el sentenciado actuó con conciencia y voluntad, sin que se haya demostrado la existencia de un trastorno metal para que el dolo sea excluido, por lo que se desecha su recurso. Sobre los recursos de apelación presentados por la Fiscalía y la acusación particular, el tribunal señala que existe una errada interpretación del artículo 142 del Código Orgánico Integral Penal en la sentencia recurrida, en cuanto a la adición de agravantes, pues las que se encuentran en el artículo antedicho son agravantes subjetivas del delito de femicidio, mientras que la agravante objetiva es la forma en cómo se cometió el hecho, que en el presente caso es el ensañamiento con la víctima con el que actuó el procesado. Finalmente, el tribunal resuelve aceptar estos recursos y reformar la sentencia venida en grado en relación al quantum de la pena, por lo que se le impone al procesado la pena de treinta y cuatro años y ocho meses de privación de libertad.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17291-2017-00326

Juez Ponente: Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, 29 de diciembre de 2020, las 10h18.
El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Iván Saquicela Rodas, doctor David Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, habiendo sido designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura y por el sorteo de ley realizado en ésta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Se impugna la Resolución dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 13 de mayo de 2019, dentro de la causa penal seguida en contra del señor Héctor Menchero Merino (en adelante "*Sr. Menchero*", "*Procesado*" o "*Recurrente*"); por el delito tipificado y sancionado en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, esto es, Femicidio.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció en virtud de los Recursos de Apelación interpuestos por el procesado, la Fiscalía General del Estado y la acusación particular, contra la Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito, de la Ciudad de Quito, de 5 de octubre de 2018; en la que, se declaró al Sr. Menchero, autor directo del delito tipificado en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 42.1.a *ibídem*, imponiéndole – entre otras cuestiones – la pena privativa de libertad de veintiséis años.

1.2.- Satisfecho el trámite de dicho Recurso de Apelación, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en lo medular decide aceptar los recursos de apelación de fiscalía y acusación particular, reformando la sentencia subida en grado, en lo referente al quantum de la pena, imponiendo la pena agravada de treinta y cuatro años y ocho meses de privación de libertad.

1.3.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, el procesado, deduce Recurso de Casación; por lo que, el Tribunal que asume competencia en virtud del sorteo de Ley, decidió declarar admisible el mentado recurso. De esta manera el Sr. Menchero, se constituye en sujeto impulsor – activo dentro del instituto casacional, por haber invocado y ser admitido este medio impugnatorio para el juicio de legalidad de la sentencia.

II. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

2.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, el procesado fundamentó su recurso en audiencia oral, reservada y contradictoria, en total armonía con el circuito jurídico y respeto de los derechos. Por ser impugnación a una sentencia expedida en un proceso de acción penal pública, se contó con la intervención del Representante o Delegado debidamente acreditado de la Señora Fiscal General del Estado y de la víctima por medio de la acusación particular. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

2.1.- Defensa técnica del Recurrente: Al sustentar en lo destacable refirió que, el 5 de octubre de 2018, dicta sentencia condenatoria el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, imponiéndole veintiséis años de privación de libertad, en calidad de autor directo del delito de femicidio (artículo 141 del COIP), con la circunstancia agravante del artículo 142.2 *ibídem*. Al resolver la apelación interpuesta por Fiscalía, la víctima y el procesado; el 13 de mayo de 2019, la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, reforma la sentencia condenatoria y se le aumenta la pena a treinta y cuatro años y ocho meses de privación de libertad, como autor directo del delito de femicidio, con las circunstancias agravantes especificas del delito, esto es, numerales 2 y 3 del artículo 142 del Código Orgánico Integral Penal y la agravante genérica de ensañamiento del artículo 47.7 *Ibídem*.

2.1.1.- El primer error de derecho alegado, dice que la sentencia vulnera el segundo inciso del artículo 36 del Código Orgánico Integral Penal, que establece: *"(…) La persona que, al momento de cometer la infracción, se encuentre disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, tendrá responsabilidad penal atenuada en un*

tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal". Norma cuya violación a la ley, considera que es por contravención expresa a su texto. La parte específica de la sentencia, que atribuye el error de derecho, consta en el Acápite Sexto, 6.3, que menciona: "… *en relación a que estuvo obnubilado al momento que le asestó varias puñaladas a la víctima, por lo tanto, es inimputable, no ha probado de ninguna forma dicha aseveración…".* Acota que, este punto específico lo alegó en audiencia de apelación, como consta en la sentencia recurrida, donde el Tribunal *Ad-quem*, no hace un análisis jurídico adecuado del por qué se niega; resalta que alegó, que al momento del hecho, estuvo bajo un estado psíquico, con un trastorno mental transitorio, inducido por furia e ira, fundamento sustentado con base probatoria, con el testimonio del psicólogo forense Franklin Tinajero, recogido por la sentencia impugnada en el acápite 4.1, quien determinó la hipótesis psicológica de los hechos, estableciendo que dio muerte a la víctima y que la ira es una emoción de corta duración y gran intensidad, la furia, un estado psíquico momentáneo, que de todo el tiempo, se presenta en un momento específico, haciendo perder conciencia al momento de intensidad; con una historia difícil, de relación de pareja, con violencia intrafamiliar, tenía una hija a quien la querían, que provoca la instauración de varios juicios para determinar quién se quedaba con ella; fue cargado, hasta que explotó de ira. Sobre estos hechos probados, no negados por el *A quo*, existe un error de omisión del segundo inciso del artículo 36 del Código Orgánico Integral Penal; que en doctrina penal, se conoce como trastorno mental transitorio o alteración psíquica pasajera, que ataca a la capacidad de comprensión del ilícito o la determinación conforme esa comprensión, pudiendo tener causas endógenas o exógenas; en este caso, sobre la base probatoria, se realizó la acción, bajo un estado psíquico de furia e ira, que disminuyó la capacidad de determinación, conforme a la comprensión del ilícito de su conducta, habiendo una afectación al auto control, según la base probatoria, del psicólogo forense Dr. Tinajero; y, acorde al segundo inciso, del artículo 36 del Código Orgánico Integral Penal, es un estado de semi imputabilidad, sin excluir toda la responsabilidad del hecho, pero que atenúa la responsabilidad penal, pues, conforme el entender del legislador, se disminuye la culpabilidad. Con base al principio de trascendencia, yerra la Sala de apelación, en la parte dispositiva de la sentencia, porque la contravención expresa del segundo inciso del artículo 36 del Código Orgánico Integral Penal, impide aplicar la disposición jurídica al caso concreto, es decir, hay omisión al utilizar esta norma, pese a que los hechos probados, guardan identidad con el supuesto fáctico de esa disposición, al no aplicar el efecto atenuatorio de la norma alegada.

2.1.2.- Por el segundo error de derecho, dice que la norma vulnerada, es el segundo inciso del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, que preceptúa: "*(…) Si existe al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes constitutivas o modificatorias de la infracción…*", por contravención expresa a su texto. La parte de la sentencia, con dicho error, dice estar en el Acápite 6.3, que dice: "… *así también alega que no se ha tomado en cuenta las atenuantes que se presentó voluntariamente a la justicia y colaboro eficazmente con las autoridades de la investigación, no se las toma en cuenta porque se ha justificado el agravante genérico del art. 47 numeral 7 del COIP…*". Ante la alegación en apelación, sobre la existencia de circunstancias atenuantes, como data la sentencia, en ninguna parte dice que no sean hechos probados, no discute si existen o no las atenuantes, las asume como confirmadas y no las considera al establecer la agravante genérica de ensañamiento; más, según lo hechos probados, concurren dos circunstancias atenuantes; el entregarse voluntariamente a las autoridades, pudiendo fugarse (Art. 45.5 COIP); y, colaborar eficazmente con la investigación (Art. 45.6 COIP). Tal alegación consta en el texto de la sentencia recurrida, en el Acápite 4.1 al, señalar: "…*sobre las circunstancias que rodearon al hecho, se alegó por parte de la defensa dos atenuantes, la primera la entrega voluntaria ante las autoridades pudiendo haberse fugado que prevé el Art. 45.5 COIP, aserto que se prueba con el testimonio de la persona procesada y la propia prueba de Fiscalía, del testimonio de Daysi Morales, Policía Darwin Ramos y testimonio de Juan Carlos Moromenacho. La segunda circunstancia atenuante alegada en audiencia de juzgamiento, fue que hubo una colaboración eficaz en la investigación, que prevé el Art. 45.6 COIP, esto es lo que sucedió e hizo Héctor, el revelar en dónde está ubicada el arma homicida, información de donde estaba el vehículo y el cuerpo de la occisa, y llevó a la policía a este lugar, además ayudó en la investigación porque presto su ayuda en la reconstrucción de los hechos, esto puede verse la prueba presentada en juicio por parte de Fiscalía,*

del Policía Darwin Ramos, del Policía Edison Cruz y de la señorita Daysi Morales….". La negativa, de considerar las atenuantes, con su efecto jurídico, es porque el Tribunal considera que existe ensañamiento, cuestión que en la sentencia recurrida, incumple el estándar mínimo de motivación, por cuanto: "… *el Tribunal considera que existe en el presente caso la agravante genérica de ensañamiento establecida en el Art. 47 numeral 7 del COIP*", razonando de que, se toma como hechos probados que la víctima recibió múltiples heridas corto punzantes y un golpe contundente en la cabeza, en base al testimonio del médico legista Franklin Villares; en la parte considerativa, como justificación para esta circunstancia, se determina que la naturaleza jurídica del ensañamiento es objetiva, luego se cita para fundamentar sus premisas y llegar a una conclusión, el concepto de ensañamiento de varios autores, como del tratadista Edgardo Donna, justificando al ensañamiento como una circunstancia de naturaleza mixta, objetiva-subjetiva, contradiciéndose el propio *A quo*; al apreciar esta circunstancia, careciendo de coherencia interna la sentencia en este punto. La Corte Constitucional (sentencia 227-12-C-CC), determina que estas circunstancias tienen naturaleza jurídica mixta (objetiva-subjetiva); el ensañamiento es el aumento deliberado e inhumano del sufrimiento al ofendido con actos de crueldad, tortura, sevicia, previos a la producción de la muerte, siendo la parte objetiva considerada por el Tribunal, cuando el enseñamiento, no solo se mide por el número de heridas, requiere además un elemento subjetivo, que el sujeto activo no solo quiera producir la muerte, sino aumentar el sufrimiento de la víctima, como elemento subjetivo; sobre ello, no existe base probatoria en la sentencia, existiendo otro error de derecho sobre la disposición de ensañamiento, esto es: indebida aplicación del numeral 7 del artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal y una falta de motivación, por faltar a la lógica en su fundamentación. Conforme los parámetros del recurso de casación, podría la sentencia ser casada de oficio sobre este punto. Añade que, la influencia del error, bajo el principio de trascendencia, aparece en la decisión de la sentencia, porque la contravención expresa del segundo inciso del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, no permite aplicar la disposición jurídica al caso concreto, omisión de la norma, pese a que los hechos probados, guardan identidad con el supuesto fáctico de dicha disposición, sin aplicarse en la especie el efecto jurídico que corresponde a la concurrencia de circunstancias atenuantes. Solicita se case la sentencia corrigiendo los errores de derecho y se disminuya la pena impuesta.

2.2.- La Delegación de Fiscalía General del Estado: Por principio de contradicción, se escuchó a Fiscalía General del Estado, que en lo medular señaló: Se encuentra establecido el verbo rector, esto es: la muerte de una mujer por relaciones de poder, de género y relaciones familiares. Los hechos constan del proceso, cuyo antecedente es que, desde el 2005 al 2011, el Sr. Menchero, de nacionalidad española, mantuvo una relación marital con Paola Elizabeth Moromenacho y resultado de ello, hay una niña que al tiempo de los hechos, tenía siete años de edad. El 4 de agosto de 2017, se comete el delito cuando la víctima es invitada a la ciudad de Cayambe, al domicilio del procesado, que luego de cometer el delito, traslada el cadáver a otro lugar y lo abandona. El recurso se admitió, por contravención al texto de la ley, respecto a los artículos 36 inciso segundo y 44 inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal. Alega que esta contravención al texto de la ley, aparece cuando, en la sentencia se invocan hechos de una acción distinta a la norma aplicada, sin que suceda; el delito de femicidio, como norma aplicada, es la correcta, en relación al artículo 47 numerales 1 y 7 *ibídem* y sobre la aplicación de la pena conforme el artículo 44 inciso tercero del código en uso.

2.2.1.- La alegación contra el artículo 36 del Código Orgánico Integral Penal, relativo al trastorno mental, a más de ser permanente en el procesado, se debía resolver en el juicio, para que el *Ad quem*, que atiende los hechos, resuelva conforme al acervo probatorio. El inciso segundo de dicho artículo, refiere a la persona que, al momento de cometer la infracción, esté disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y se han considerado las pruebas, incluido el informe pericial, por ende, no procede una nueva revaloración de la prueba, por prohibición del inciso segundo del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal.

2.2.2.- En cuanto, a la supuesta violación del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, relacionado con las agravantes consideradas en la resolución del *Ad quem*, mentando también al artículo 47 numerales 1 y 7 *ibídem*, arguye que, conforme el numeral 1, se consideró a la alevosía, conocida ésta cuando se emplea medios, formas de ejecución, tendientes a asegurar sin riesgo a quien

comete el delito y es considerada en el caso, porque el sentenciado estaba en su domicilio y esperó a la víctima para cometer el delito. En alevosía, no se requiere buscar el propósito con medios para ejecutar, basta en aprovechar la oportunidad para actuar a mansalva; y es así, como se comete el delito, con dieciséis puñaladas en contra de la humanidad de la agraviada y madre de la niña. La agravante del numeral 7, del artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal, es por cometerse con alevosía, propinando dieciséis puñaladas, para después, con conciencia y voluntad, trasladar el cuerpo a otro lugar para ocultar el delito.

2.2.3.- Por lo expuesto y determinar que la sentencia recurrida, está plenamente motivada, reúne los parámetros de motivación, lógica, comprensibilidad, razonabilidad, tiene coherencia entre las premisas y la conclusión, estableciendo la materialidad de la infracción y culpabilidad del procesado. Solicita que se rechace el recurso por improcedente.

2.3.- Intervención de la Acusación Particular a través de su defensa técnica: En lo fundamental dijo que, el 4 de agosto de 2017, fecha en la que tenía la obligación el Sr. Menchero de entregar a su hija en común a la señora Moromenacho, en la ciudad de Quito, la víctima, recibe una llamada del procesado quien le dice que no podía ir a la ciudad de Quito y le pide que vaya a recogerla en la ciudad de Cayambe; como a las 18h30, cuando Paola Moromenacho, llega con su hermana Carla Moromenacho, a quien le dice: "…*quédate tu porque ya sabes cómo es de evadible Héctor Menchero Merino, me voy sola*…"; se encuentra en el sector de los bizcochos, donde no le entrega a su hija, la lleva a su domicilio, adentrándose a la zona rural de Cayambe, donde se produce el incidente y provoca con dieciséis puñaladas, la muerte de la madre de la niña; tres de las puñaladas fueron en el corazón, hígado y pulmón, más un golpe en la parte occipital, como analiza el Tribunal. Respecto a la fundamentación del procesado, de violación del artículo 36 del C**ódigo** Orgánico Integral Penal, sobre la capacidad de razonamiento del infractor, para el caso concreto, no hay asidero en esta causal; no se viola la ley, ya que el Tribunal cont**ó** como consideración el ejecutar la acción con alevosía, que no es otra cosa que asegurar los medios para realizar el acto punible, como lo realizó, porque sin alevosía no se hubieran cometido dichos actos. Mientras que, el numeral 7 del artículo 47 del C**ódigo** Orgánico Integral Penal (cometer la infracción con ensañamiento), se interroga: ¿si acaso no produce la muerte uno de los tres golpes, como se estableció, pulmón, corazón, hígado, bastaban más puñaladas?, ¿acaso estas no causan dolor?; infracción de dolor con ensañamiento y el Tribunal de instancia establece la aplicación de las agravantes para aumentar la pena, que son, las constantes en el numeral 2 y 3 del artículo 142 del Código en uso, acorde al artículo 44 *ibídem*, en su inciso final, que establece, si existe al menos una circunstancias agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista para el tipo penal, encontrándose en el caso, la agravante de los numerales 1 y 7 del artículo 47 *supra*, por último, las genéricas del tipo que son las del artículo 142 numeral 2 y 3 y conforme al texto de la sentencia recurrida, que es comprensible, razonable, tiene argumentación jurídica, dimensiones de alcance desde el principio hasta el final. Sostiene que no se viol**ó** en forma alguna la ley. Solicita se ratifique la sentencia del *Ad quem*.

III CONSIDERANDOS

3.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183 numeral 3, 184, 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato de los artículos 398, 400, 402, 656 y 657 del Código Orgánico Integral y por el sorteo de ley; esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Penal Policial de la Corte Nacional de Justicia, tiene jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

4.- Validez Procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, lo cual, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales dere-

chos y garantías, ni violado solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

IV. DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación del Recurso de Casación)

5.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, se encamina de manera principal a vigilar, la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; implicando así, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación, sin analizar los hechos del caso en concreto; ya que el recurso de casación, no puede revisar las pruebas, concretándose su estudio en el límite de los presupuestos fácticos inamovibles de la sentencia, estudiando el cumplimiento de las leyes, sin que su misión se oriente a generar su propio cuadro fáctico.

6.- Sobre las causales del recurso en estudio: El artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, dicta lo siguiente:

"*El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.*

No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba"

6.1.- Del texto de la norma, deviene que las causales son:

6.1.1.- Contravención expresa del texto de la ley, que constituye una exclusión evidente, la cual se presenta, cuando no se emplea la norma que corresponde, porque el juez yerra acerca de su existencia; ya porque la desconoce o que de manera simple conociéndola, no la aplica.

6.1.2.- Indebida aplicación de la ley, configurada cuando el sentenciador, hace una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la disposición, ese yerro, recae en la selección de la norma aplicada, dejando de aplicar la norma que corresponde para la solución del problema jurídico.

6.1.3.- Errónea interpretación de la ley, que sucede cuando la norma aplicada y adecuada por el Juez en su proceso de selección, es la correcta, pero al concederle su interpretación, le atribuye un sentido que no le corresponde, con efectos distintos a los de sus contenidos, implicando que le ha consignado una interpretación equivocada del alcance del texto de la norma.

6.2.- Las causales expresadas, son atingentes a errores *in iudicando*, que configuran un vicio de juicio en sus distintas contemplaciones que puede manifestarse en la sentencia objeto de casación –causales expresadas– que tampoco desmerecen dentro de la estructura del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cual modelo adoptado por el Ecuador (Art. 1 CRE), a la casación por vulneración del derecho a la motivación, lo cual implica una alta gama de interrelación comunicativa entre la interdependencia de los derechos consagrados en la Constitución e Instrumentos (internacionales) protectores de los Derechos Humanos.

7.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: A la luz de los parámetros indicados, se tiene que para concretar el procedimiento dispuesto en el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, en aplicación de la Resolución número 10-2015, publicada en el Registro Oficial 563, de 12 de agosto de 2015, la Corte Nacional, en el presente expediente, se había receptado el recurso de casación propuesto por el Sr. Menchero, siendo admitido a trámite única y exclusivamente por los cargos referente a la contravención expresa del artículo 36 inciso segundo del COIP; y, contravención expresa del artículo 44 ibídem. Siendo este el límite sobre el que se ocupará el estudio de este Tribunal Casacional.

8.- Lo determinado en la delimitación conclusiva del juicio de legalidad de la sentencia, no se contrapone al derecho a la tutela judicial efectiva ni a la presunción de inocencia, menos aún al derecho a la defensa; ya que, al haber escuchado esta Corte las alegaciones, respecto al juicio contra el juicio o fiscalización de la motivación de la sentencia, este máximo organismo de administración de justicia

– de ser procedente – puede pronunciarse, en los términos que señala el artículo 656 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, que establece:
"Si se observare que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá"
8.1.- Además en concatenación a la fiscalización de la motivación de la sentencia, por medio de la Corte Nacional de Justicia que (en el orden penal), tiene una limitación lógica por la estructura del procedimiento casacional, siendo revisable todo lo que se puede revisar mientras no afecten los principios constitucionales estatuidos en el artículo 168 y 169 de la Constitución de la República, entre otros de oralidad e inmediación, que no impidan la revisión. La Corte de Casación es responsable por el control de lo que tiene capacidad de revisar por sus propios medios, sin necesidad de rehacer un nuevo juicio [de hechos], de modo que las verificaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que permanecen reservadas exclusivamente al juzgador de instancia. Este recurso se dirige a examinar *ex post* la justificación de la decisión para corregirla y/o verificar si es una decisión justa, en derecho, acorde al resultado procesal evidenciado en la sentencia. El control en casación no implica reformular el juicio de hecho, sino establecer si la decisión se sustenta en argumentación racionalmente aceptable; es decir, es un control de validez racional de la justificación según el contexto en el cual ha sido expedida. Por lo tanto, bajo el sustento del principio de máximo rendimiento, el Tribunal de Casación, evidenciará si en la estructura argumentativa de la sentencia cuestionada, responde a los presupuestos de la Ley dictada por el soberano. Por lo qué respecto al juicio contra el juicio o fiscalización de la motivación, este máximo organismo de administración de justicia – de ser procedente – se pronunciará, en los términos que señala el artículo 656 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

9.- Como se determinó, en el párrafo 7, de esta sentencia, se procede a verificar lo impugnado por el recurrente cuyos cargos fueron admitidos a fase de debate para Resolución.

9.1.- Primer cargo, contravención expresa del texto del artículo 36, inciso segundo, del Código Orgánico Integral Penal: Vicio atribuido, al apartado 6.3, de la sentencia, al aludir que está sin probarse la alegación de que sería inimputable por obnubilación cuando asestó varias puñaladas a la víctima. Cosa sustentada en apelación y que el *Adquem*, la desecha sin análisis. Al momento del hecho, estuvo bajo un estado psíquico, de trastorno mental transitorio, inducido por furia e ira, como estableció el psicólogo forense, en el punto 4.1, que determina que la muerte a la víctima fue por ira, emoción de corta duración y gran intensidad; y, furia, cual estado psíquico momentáneo, que hacen perder conciencia al incidir su intensidad, con un historial de violencia intrafamiliar y litigios por la tenencia de su hija, que le hizo explotar de ira; hechos probados, que muestran un error de omisión de la norma acusada. El trastorno mental transitorio o alteración psíquica pasajera, que ataca a la capacidad de comprender el ilícito o la determinación conforme esa comprensión, ya por causas endógenas o exógenas, se probó y la acción se ejecutó, en un estado psíquico de furia e ira, al disminuir la capacidad de determinación, acorde a la comprensión del ilícito de la conducta, sin auto control; siendo un estado de semi imputabilidad, sin excluir la responsabilidad, que la atenúa, al disminuirse la culpabilidad. Errando la sentencia, en su parte dispositiva, al impedir aplicar tal disposición, pese a que los hechos probados, guardan identidad con el supuesto fáctico normado.

9.2.- Segundo cargo, contravención expresa al texto del segundo inciso del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal: Yerro que acusa estar en el apartado 6.3, de la sentencia, alusivo a que se alegó la falta de consideración de las atenuantes de presentarse de forma voluntaria a la justicia y colaborar de manera eficaz en la investigación, al decir que se justifica la agravante genérica del artículo 47.7 del Código Orgánico Integral Penal. Tópico que la sentencia cuestionada, ni afirma ni niega, al asumir la agravante genérica del ensañamiento. Los hechos probados, afirman la concurrencia de estas atenuantes, en el apartado 4.1 de la sentencia concerniente a la existencia de éstas como data el conjunto probatorio; siendo negadas, al afirmarse que hay ensañamiento, sin mínima motivación, razonando que se probó las múltiples heridas corto punzantes y un golpe contundente en la cabeza de la víctima, según el médico legista; justificándose con la naturaleza objetiva del ensañamiento, que luego, para fundamentar sus premisas y conclusión, con doctrina conceptualiza al ensañamiento como una circunstancia de naturaleza mixta: objetiva-subjetiva; contradiciéndose, con carestía de coherencia interna. Para la Corte Constitucional,

tal circunstancia, tiene naturaleza mixta objetiva y subjetiva; siendo el aumento deliberado e inhumano del sufrimiento al ofendido con actos de crueldad, tortura, sevicia, previos a producir la muerte. El factor objetivo, asume el Tribunal, cuando para medirse el enseñamiento, se requiere también del elemento subjetivo: que el sujeto activo a más de querer producir la muerte, quiera aumentar el sufrimiento de la víctima. Sin tal prueba, yerra sobre la norma del ensañamiento, siendo indebida la aplicación del artículo 47.7 *supra*, sin motivación, por ser ilógica su fundamentación; cuya trascendencia, aparece en la decisión. Vicio que impide la aplicación al caso concreto, pese a que los hechos probados, guardan entidad con el supuesto fáctico normado, sin aplicarse el efecto jurídico atinente a la concurrencia de circunstancias atenuantes.

9.3.- Problemas a dilucidar: de la abstracción realizada, se tienen los siguientes problemas: **i)** ¿Cómo se determina el trastorno mental en el Sistema Integral Penal Ecuatoriano?; y, **ii)** ¿ Cómo se configura el ensañamiento en infracciones de género dentro del Sistema Integral Penal Ecuatoriano?. Las interrogantes planteadas, se resuelven dentro del desarrollo expuesto en los párrafos siguientes:

¿Cómo se determina el trastorno mental en el Sistema Integral Penal Ecuatoriano?

10.- El recurrente apunta al yerro de contravención expresa al artículo 36, segundo inciso, del Código Orgánico Integral Penal, cuyo texto legal, es el siguiente:

> "*La persona que, al momento de cometer la infracción, se encuentra disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, tendrá responsabilidad penal atenuada en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal*".

10.1.- Tal disminución en la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o determinarse conforme a su comprensi**ón**; es una afección, a la cual, las ciencias médicas la describen como "*enfermedad mental*" y que desde lo nosológico (**ámbito médico destinado a describir, explicar, diferenciar y clasificar** las enfermedades y procesos patológicos), se coincide en distinguirla como "*trastorno mental*", que lejos de cualquier clasificación o acepción, se lo puede asumir como una ausencia de salud mental, atendiendo a que la Organización Mundial de la Salud, en el preámbulo de su Constitución, refiere que "*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*", guardando identidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Salud; por lo que respecto al estado mental, será tal ausencia, lo que alude el artículo 36 del Código Orgánico Integral Penal y es un deber primordial del Estado el garantizar entre otros, el derecho a la salud (Art. 3.1 de la CRE), cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos. Por ello, ante tal presencia, se genera la inculpabilidad como lo distingue el artículo 35 del Código Orgánico Integral Penal, a cuya consecuencia, se aplica la medida de seguridad de internamiento en un Hospital Psiquiátrico, como ordena el artículo 76 del cuerpo jurídico mencionado; pero, acorde al inciso segundo de la norma en mención "…*previo informe psiquiátrico, psicológico y social, que acredite su necesidad y duración*". Es decir con la acreditación consecutiva de tres áreas del saber: La psiquiátrica, la psicológica y la social. Con énfasis en el informe de un perito médico en psiquiatra, como lo referencia de forma general el artículo 588 del Código invocado. Desde esta cobertura, es indispensable distinguir que hay trastornos mentales permanentes o absolutos; y otros, a los que unos los llaman trastornos mentales transitorios o parciales. En el orden jurídico, el Sistema Integral Penal, dentro del artículo 36, inciso primero, se distingue lo que es subsumible cuando el hecho penalmente relevante, al momento de su ejecución ha sido realizado por una persona con trastorno mental absoluto o permanente, generando el desvanecimiento de la culpabilidad, bajo el manto de la inimputabilidad; mientras que en el inciso segundo, del citado artículo 36, se atiende al trastorno mental que no priva de forma total dicha capacidad cognitiva y/o volitiva, al momento de la perpetración del ilícito, ya que ante la presencia de esa clase de trastorno mental, no desvanece la culpabilidad y coloca al autor del hecho ilícito bajo el manto de la imputabilidad atenuada. Para aplicar cualquiera de estas dos esferas, tanto la inimputabilidad como la imputabilidad atenuada; el operador jurídico, siempre ha de requerir de manera previa el informe psiquiátrico, psicológico y social, que lo acredite; para que una vez entendido el estado mental, se aplique ya sea la fórmula de inimputabilidad o la de imputabilidad atenuada.

10.2.- En la especie, se tiene que la sentencia objeto de impugnación, dentro del Considerando Sexto "*ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA RESPECTO A LAS ALEGACIONES REALIZADAS POR LA PERSONA PROCESADA, RECU-*

RRENTE", en el apartado 6.1, señala que el sujeto activo de la infracción, "…*actuó con conciencia y voluntad, en ningún momento se probó el trastorno mental que se hace referencia en el Art. 36 inciso segundo del COIP para que se excluya el dolo, porque ha probado con el testimonio del perito Franklin Tinajero realizó una autopsia psicológica quien indica que la víctima padeció de estrés postraumático, concluyendo en su análisis, cuando hace referencia al procesado, que: "…discutieron sobre 9 procesos judicial es que estaban instaurados, ese momento le originó ira, molestia por eso atacó a la señora…"… no se ha probado… su trastorno mental en el momento de la agresión como para que no se diera cuenta del hecho que estaban ejecutando… la cadena sucesiva de hechos temporales no son de un momento, son una cadena de desarrollo de varios momentos de agresión física, psicológica, violenta de varios tipos, controles, que enmarcan al tipo penal*…". De tal premisa fáctica, sin que éste Tribunal valore prueba, no se encuentran los elementos de las premisas normativas del artículo 76 y 588 del Código Orgánico Integral Penal, para aplicar lo preceptuado en el artículo 36 inciso segundo del Código en uso; pues, existe una autopsia psicológica, sin que la sentencia cuestionada date sobre algún informe psiquiátrico, menos social; que en definitiva, sean alusivos a la acreditación del estado mental del sujeto activo de la infracción, con el que se llegue a revelar la necesidad de aplicar la fórmula de imputabilidad atenuada; no se reúnen los elementos del inciso segundo del artículo 36 en lectura. El inamovible cuadro fáctico, no distingue que el Sr. Menchero, a quien se ha atribuido responsabilidad, que al momento de cometer la infracción, haya tenido disminuida su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión. Lo que evidencia el cuadro fáctico es que "…*la cadena sucesiva de hechos temporales no son de un momento, son una cadena de desarrollo de varios momentos de agresión física, psicológica, violenta de varios tipos, controles, que enmarcan al tipo penal de femicidio* (…)"; por tanto, no se distingue tal transitoriedad, o temporalidad que disminuya la capacidad de comprender y determinarse conforme a su comprensión, habla de una generación sucesiva de hechos que encadenan el desarrollo de varios momentos, aspecto que da la caracterización de violencia en infracciones de género, pues "… *la habitualidad constituye el elemento configurador y valorativo del tipo, y en él radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera suma del desvalor de cada uno de los actos individuales. Para apreciar la habitualidad se debe atender el número de actos de violencia que resulten acreditados, así como la proximidad temporal de los mismos con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la mismo o diferentes víctimas de las comprendidas en el precepto, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores… la violencia habitual es una actividad permanente que no cabe señalar cometida en momentos concretos sino que, aunque se mantiene en actos susceptibles de ser singularizados, se despliega durante todo el tiempo y también en el lapso de tiempo que media entre los concretos actos de violencia. Una cosa es la conducta de violencia habitual y otra distinta los individuales actos que componen aquella… por su parte, el maltrato habitual, en cuanto a conductas de cierta permanencia en el tiempo, comienza a prescribir por sí misma con independencia de la prescripción de cada uno de los actos aislados en que se concreta, cuando cesa dicha ilícita situación…*" [Francis Lafebre, Memento Práctico Penal 2016, pág. 927 y 928, Madrid – España]. En consecuencia, al no denotarse del cuadro fáctico transitoriedad, sino frecuenciabilidad y habitualidad, no es casable la sentencia desde este extremo; cuanto más que no existen informes concatenados psiquiátricos, psicológicos y sociales, que determinen la necesidad de establecer alguna imputabilidad atenuada.

¿Cómo se configura el ensañamiento en infracciones de género dentro del Sistema Integral Penal Ecuatoriano?

11.- El segundo inciso del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, en su texto legal, señala: "(…) *Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción*. (…)"

11.1.- Las circunstancias agravantes como atenuantes, son situaciones que por lo general y bajo ciertas excepciones legales, vienen aparejadas a la comisión del delito e influencian en la imposición de la pena. Lo importante es, que con o sin agravantes o atenuantes; es de quedar claro que, el tipo penal existe y la presencia de agravantes o atenuantes, a tono de lo reglado en el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, significan la asignación de una menor o mayor atribución punitiva o dosis penal al justiciable, que parte de la es-

cala de pena privativa de libertad establecida en el tipo penal juzgado. En la especie, el recurrente no niega la existencia de la infracción como tampoco su atribución; arguye que la sentencia establece la existencia de la agravante no constitutiva de la infracción, establecida en el artículo 47.7 del Código Orgánico Integral Penal; esto es "*Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima*"; y que la misma siendo de naturaleza mixta, tanto objetiva como subjetiva, a su decir, el *Ad quem*, con el fin de impedirle el goce de atenuantes, aprecia a la agravante del enseñamiento, solo desde su naturaleza objetiva, dejando de lado el elemento subjetivo que alega. Sobre esto, al revisar el cuadro fáctico de la sentencia, se encuentra en el Considerando Séptimo, cuando en lo atinente a este punto señala de manera pormenorizada y detallada el contenido de la siguiente abstracción:

"…Fiscalía… y… acusador particular… alegaron que no conciben… como se le ha favorecido… aplicándole una pena de [26] años… no se [ha] tomado en cuenta la agravante… del Art. [47.7]… ensañamiento con el que actúo… en… la infracción… probado con… la autopsia… al examen externo presenta 15 heridas corto punzantes y un golpe contundente en la cabeza… justificado… que [el procesado] actúo con el agravante… del ensañamiento… [para] incrementar la pena… como… prevé el COIP… Art. 44 inciso tercero… Situación sobre la que no existe duda… porque así se ha probado… lo reconoce… [el procesado en] su testimonio… prueba, que permite… valorar… en el contexto probatorio… circunstancia, que la reconoce el… a quo… [que] razona… que la pena a imponerse no puede ser otra que 26 años… porque… se ha producido una… [circunstancia] del Art. 142… causa para agravar la pena, debiendo imponerse la máxima del Art. 141… Es decir, la parte secundaria de la norma, que… refiere a cómo el juzgador debe [aplicarla]… en este caso… no podía utilizar el principio de proporcionalidad y peor… atenuantes, porque la ley no le permite ante la existencia de una… agravante… [el Art. 142 del COIP]… adiciona agravantes… conocidas como… subjetivas… las agravantes pueden clasificarse en… objetivas y subjetivas… "las… subjetivas son… inherentes al autor, sea que… actúa por móviles racistas [u] otros… en general o por su condición de reincidente"… Por… tanto, estamos ante una agravante subjetiva, por la calidad de quien la comete… el ex cónyuge y el tipo de relación… con la víctima… los recurrentes insisten… que se pidió… tomar en cuenta que… actuó con ensañamiento para con… su ex mujer, cuando le asesta múltiples heridas corto punzantes y un golpe contundente en la cabeza, sin permitir… acto de mínima defensa… [que] así establecieron la calificación jurídica… al agresor, con esa agravante del Art. 47.7 del COIP… agravante objetiva… de cómo se cometió el hecho, el… A quo razona [que] …no se [demostraron] las agravantes [del Art. 142.4]… ni las… genéricas del [Art 48.7], ensañamiento… alegadas por Fiscalía… cuando recogiendo el concepto de ensañamiento… es decir el aumento del sufrimiento de la víctima de manera innecesaria, y pese a aceptar que "La multiplicidad de… heridas suelen ser indicios de ensañamiento… es necesario determinar que se hayan propinado con el deliberado propósito de causar dolor", para justificar su posición de no aceptar esta agravante, no argumenta el Tribunal de primer nivel… lo único que refiere… que no se han demostrado… Al respecto… el ensañamiento… representa una forma de matar, complaciéndose de la agonía de la víctima… "…una crueldad deliberada, de modo que se castiga la innecesaridad del incremento del daño"… incremento al desvalor de la acción, "…que, como ingredientes subjetivos, son momentos anímicos que van más allá del dolo, fortaleciendo el tipo subjetivo"… La prueba tiene por [fin] llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias… de la infracción y la responsabilidad… para que conduzcan al esclarecimiento de la verdad histórica y procesal, como… fin último e imprescindible… de la justicia… derecho de ese… auditorio social y garantía de las víctimas… la valoración de la prueba debe llegar o no al convencimiento de culpabilidad o… inocencia… un Juez está obligado a valorar y confrontar la prueba de manera global para… llegar… a una decisión, solo puede condenar cuando alcanza la total convicción de la culpabilidad… El derecho a la verdad histórica [surge] de la adecuada y eficaz investigación… En el caso examinado… La materialidad de la infracción Fiscalía la ha comprobado… del testimonio del… médico legal… quien [indica] que son quince heridas punzo cortantes, que las… que causan la muerte, son los de los tres órganos vitales respiratorio, circulatorio y nervioso en su conjunto le produjeron la muerte, las tres se ocasionaron en vida, la víctima estaba en movimiento, era un blanco móvil… no fue una muerte instantánea;

el testimonio del… perito… [de] la autopsia psicológica de la víctima, que… padeció… estrés postraumáticos, presentaba rasgos de personalidad obsesiva-depresiva… desde que tuvo la hija, desencadenó los problema… Por lo que… niega las pretensiones de la persona procesada y acepta los recursos… de Fiscalía… y Acusación Particular, en cuanto al quantum de la pena de conformidad al [Art. 42.7] del COIP…".

11.2.- De lo anotado, se advierte que el Tribunal de Apelación, al abordar la problemática, alegada en este punto, anota la agravante de ensañamiento, descrita en el artículo 47 numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal, que los recurrentes (fiscalía y acusación particular), han alegado; de allí, deja fincados los inamovibles elementos del cuadro fáctico, que lo conducen por medio de los presupuestos subjetivos y objetivos de la agravante de la alevosía. *Ergo*, a tomar en cuenta, en unísono, este Alto Tribunal, no puede arribar a la valoración de la prueba, visto principio de taxatividad previsto en el artículo 656 inciso final del Código Orgánico Integral Penal, ya que "*No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba*". El evento de llegar a alterar el cuadro fáctico construido por el Juez de instancia, implicaría vulnerar el principio de legalidad y sobrepasar la potestad del Juez Extraordinario, con el sólo intento de transformar lo que no es producto de su inmediación. *Ergo,* es una cosa distinta, asumir con una mirada diferente a la del *ad-quem*, la aplicación de la Ley, sobre el cuadro fáctico estructurado en dominio de instancia; pues lo perseguido en materia casacional es la unificación de criterios para la aplicación de la ley. Entonces, al apreciar el intacto cuadro fáctico traído con la sentencia del *Ad-quem*, se avizoran dos cuestiones enfocadas en el mentado fallo, cuando de manera asimilable y sencilla, en el Considerando Séptimo, concluyendo su minucioso razonamiento, expresa que: "…*La materialidad de la infracción Fiscalía la ha comprobado… del testimonio del… médico legal… quien [indica] que son quince heridas punzo cortantes, que las… que causan la muerte, son los de los tres órganos vitales respiratorio, circulatorio y nervioso en su conjunto le produjeron la muerte, las tres se ocasionaron en vida, la víctima estaba en movimiento, era un blanco móvil… no fue una muerte instantánea; el testimonio del… perito… [de] la autopsia psicológica de la víctima, que… padeció… estrés postraumáticos, presentaba rasgos de personalidad obsesiva-depresiva… desde que tuvo la hija, desencadenó los problema…*". Dicho texto, bastaría, para indicar que de manera clara refleja el presupuesto objetivo de la alevosía al dejar sentado el inamovible hecho de que son quince heridas corto punzantes; y, de forma inmediata e interactiva, revela el presupuestos subjetivo de la alevosía, al resaltarse que de esas heridas, tres se ubican en órganos los vitales (respiratorio, circulatorio y nervioso), de cuyo conjunto se ha producido la muerte, siendo ocasionadas mientras vivía y la víctima estaba en movimiento, siendo un blanco móvil. La visualización de estos dos presupuestos de la alevosía, hoy alegada por el recurrente, se manifiesta en el propio razonamiento del *ad-quem,* cuando dice que "…*el ensañamiento… representa una forma de matar, complaciéndose de la agonía de la víctima… "…una crueldad deliberada, de modo que se castiga la innecesaridad del incremento del daño"… incremento al desvalor de la acción, "…que, como ingredientes subjetivos, son momentos anímicos que van más allá del dolo, fortaleciendo el tipo subjetivo"*. Dando a clara luz el adecuado ejercicio de subsunción a la circunstancia agravante genérica no constitutiva de la infracción, prevista en el artículo 47 numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal, que prevé: "*Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima*". Del cuadro fáctico, se tiene de manera nítida que las heridas descritas en el cadáver de la víctima, se causaron *ante mortem*, pues son quince heridas corto punzantes, que cimienta el contenido de los inamovibles hechos de la sentencia, implicando su ejecución, mientras vivía la víctima y se encontraba en movimiento, cual blanco móvil, llegando a caracterizarse una muerte no instantánea; por lo que, de ese conjunto de heridas, las que llegan a causar la muerte, son tres que han sido asestadas en los órganos vitales respiratorio, circulatorio y nervioso; ocasionadas mientras era un blanco móvil, lo cual de manera ineludible aumenta el sufrir en una víctima.

11.3.- A veces, al ensañamiento, la doctrina suele asimilarlo como el "*causar un lujo de males*"; pues el ensañamiento, se trata de "…*una secuencia de acciones agresivas que, junto al propósito lesivo, añade un plus de sufrimiento, no objetivamente demandado para la consecución del primer objetivo, que tiene las características de producir un terrible dolor físico e intensos padecimientos síquicos y el propósito de intensificar hasta el límite el sufrimiento de la fallecida*…" [Cándido Conde – Pumpido Tourón "Comentarios al Código Penal", Tomo I, Pág. 312, Editorial BOSCH, Barcelona 2007]. Para lo que

es la figura típica de femicidio, establecida en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, al aludir cuando "*la persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género…*", esta descripción de la conducta penalmente relevante, en el Sistema Integral Penal, es lo que se podría denominar "*femicidio simple*", que es sancionado "*…con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años*"; cuando la manifestación de dicha conducta penalmente relevante, es ejecutada con una o más de las cuatro circunstancias agravantes distinguidas en el artículo 142 *supra* (1. Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima; 2. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad: 3. Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima. 4. El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público); la figura típica podría ser denominada "*femicidio agravado*", que es sancionado con la dosis punitiva del máximo de la pena del artículo 141 antes mencionado, esto es de veintiséis años. La oferta punitiva por la adecuación de las figuras típicas tanto de "*femicidio simple*" como de "*femicidio agravado*", puede ser alterada por efecto de las reglas del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, que establece dos particularidades: **a)** Cuando existen al menos dos circunstancias atenuantes, de las que se describen en el artículo 45 *uptra*, se impone el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción en caso de existir; y, si la atenuante es trascendental, cuando no existe ninguna agravante, se impone un tercio de la pena que le corresponda (Art. 46 COIP); **b)** Si existe por lo menos, una circunstancia agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, se impone la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio. Por tanto en la caso *sub judice*, se tiene que la tipicidad por la que se tribuye la responsabilidad, es la de "*femicidio agravado*", por corresponder la conducta penalmente relevante juzgada a los presupuestos del artículo 141 del Código Orgánico Integral, ejecutada con las circunstancias agravantes del artículo 142 numerales 2 y 3 del cuerpo legal en mención; subsunción, por la cual a virtud del artículo 13.2 del Código Orgánico Integral Penal, se le asignaría al justiciable la pena máxima establecida en el artículo 141 *ibíd*. Más siguiendo las reglas del artículo 44 *ibídem*, tal dosis podría alterarse, según el tenor literal de la ley.

11.4.- En este caso, del cuadro fáctico del que viene la aplicación de la ley, el cual ha llegado a conocimiento de este Tribunal de Casación, conforme se lo reseñó y razonó en los párrafos que anteceden, permite vislumbrar que la conducta típica denominada "*femicidio*" sea simple o agravado (Art. 141 y 142 COIP), su reprochabilidad, radica en que el acto de dar muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, sea el resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia. Al atender a la expresión "*violencia*", hay que enfatizar en las obligaciones internacionales del Estado; y es así que, la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, (Convención *de Belem Do Para*), en su artículo 1, establece que 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 correlación con su artículo 7 letra c, *ibíd.,* donde se establece la obligación Estatal de incluir en la legislación interna normas penales, civiles y administrativas, como de otra naturaleza, que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, adoptando las medidas apropiadas que sean del caso. Partiendo de las indicadas normas, las manifestaciones de violencia de género, entrañan un cúmulo de afectaciones a los derechos de la mujer, que al perpetrarse por particulares, se activa la reacción Estatal, que en el campo del *ius puniendi* y en específico, en el contexto del Sistema Integral Penal, tal "*violencia*", es una especie de infracción compleja por afectar a varios bienes jurídicos. En sí, la respuesta punitiva del Estado, deriva de las conquistas en la lucha por la igualdad de género, "*…que se utiliza… para referirse a toda la construcción social relativa a la diferencia biológica y a la asignación de roles y comportamientos en función de esa diferencia… el término género señala el hecho de que la sociedad modula comportamientos, apariencia y personalidad…*" [Cristina Monereo "Género y Derechos Fundamentales", pág. 26, Editorial COMARES, Granada-España, 2010], perspectiva de género, desde la cual se visibiliza a la mujer por el reparto y organización de roles sociales como víc-

tima pasiva de las construcciones realizadas sobre dichas asignaciones de roles y comportamientos en virtud de las diferencias, que entre otras, se encuentran las de carácter biológico que ha generado diferentes manifestaciones de violencia de género, la cual es reflejo de una construcción estereotipada de una cosmovisión social, cultural, trasmitida socialmente que ha generado un hábito e inculturalidad de sobreponer un poder sobre otro en el género basado – como desarrolla el cuadro fáctico de la especie – en roles con fundamento en la diferencia biológico sexual, como ciertos pensadores, han dicho: "…*que si los hombres golpean a sus mujeres es porque tienen razones para hacerlo; razones que de ser explicadas serían compartidas por cualquier pater familias; por infieles, por respondonas, por malas madres… por manisueltas, por lengüilargas, por metidas, por sapas, por pendejas… Frente a este sentido común popular, el derecho en cambio llama a los golpes delito, con todo el peso de ese reproche moral. Si el hecho cumple los requisitos de la ilegalidad, la ambigüedad moral desaparece y es reemplazada por la certeza que brinda la ley…*" [Julieta Lemaitre, "El Derecho Como Conjuro", pág. 198 y 199 Siglo del Hombre Editores, Bogotá-Colombia, 2009]; y el derecho, ha establecido una punibilidad específica para el hecho de dar muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dotando así de descripción suficiente de los elementos que integran la conducta penalmente reprochable.

11.5.- Ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que en estos casos, "…*el deber de investigar tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. A menudo es difícil probar en la práctica que un homicidio o acto de agresión violento contra una mujer ha sido perpetrado por razón de género. Dicha dificultad a veces deriva de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades sobre el incidente violento y sus causas. Es por ello que las autoridades estatales tienen la obligación de investigar ex officio las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer, especialmente cuando existen indicios concretos de violencia sexual de algún tipo o evidencias de ensañamiento contra el cuerpo de la mujer (por ejemplo, mutilaciones), o bien cuando dicho acto se enmarca dentro de un contexto de violencia contra la mujer…*" [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Paiz y otros versus Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Párrafo 146]. En dicho contexto, dentro del caso en concreto, el inamovible cuadro fáctico, expresa por sí solo que "…*del testimonio del… médico legal… quien [indica] que son quince heridas punzo cortantes, que las… que causan la muerte, son los de los tres órganos vitales respiratorio, circulatorio y nervioso en su conjunto le produjeron la muerte, las tres se ocasionaron en vida, la víctima estaba en movimiento, era un blanco móvil… no fue una muerte instantánea; el testimonio del… perito… [de] la autopsia psicológica de la víctima, que… padeció… estrés postraumáticos, presentaba rasgos de personalidad obsesiva-depresiva… desde que tuvo la hija, desencadenó los problema… Por lo que… niega las pretensiones de la persona procesada y acepta los recursos… de Fiscalía… y Acusación Particular, en cuanto al quantum de la pena de conformidad al [Art. 42.7] del COIP…*"; dejando sentado de esta forma que se desencriptan las causas de la muerte a la víctima por el hecho de ser mujer, producto de connotaciones discriminatorias por razón de género en el hecho por el cual el sujeto activo le dio muerte y en especial, ante la presencia de una expresión de ensañamiento contra el cuerpo de la víctima, dentro del contexto de violencia que atravesaba. Ahora bien, sobre la agravante genérica del ensañamiento, partiendo desde su propia concepción, en el marco de género, puede ser establecida cuando: **a)** la acción de "*dar muerte*", se realice generando una causación de dolor, mediante actos complementarios, ejecutados a tal fin y de tal forma que no entrañan a la precisión que concreta el resultado final que ciega la vida; y/o **b)** la acción de "*dar muerte*" no sea instantánea, se prolongue, de una manera intencional y de forma deliberada, de tal manera que el o los actos violentos, generen una agonía para retrasar la llegada de la muerte y así aumentar el sufrimiento; y/o **c)** la acción de "*dar muerte*", se realice mediante la elección de una temporalidad, lugar y modo, para realizar la acción mortífera, de forma cruel y dolorosa dejando de utilizar otro método mortal posible y menos cruento. Cuando cualquiera de estas características o de las generalmente aceptadas en la doctrina común, se describen en el cuadro fáctico del delito de femicidio, se estaría ante la agravante genérica del ensañamiento. En el caso estudiado, acorde al cuadro fáctico, concurre tanto la primera como la segunda característica reseñada; es decir, la causación de dolor me-

diante actos complementarios ejecutados a tal fin sin ser precisos para la consecución del resultado mortal y la prolongación intencionada de la agonía retrasando la llegada de la muerte para aumentar el sufrimiento. Esto revela el cuadro fáctico, cuando refiere que el sujeto activo de la infracción, asestó a la víctima quince heridas corto punzantes y que las que causan el efecto de dar la muerte son tres ubicadas en los órganos vitales respiratorio, circulatorio y nervioso; que estas tres últimas heridas son causadas cuando la víctima se encontraba viva y en movimiento, cual blanco móvil, dejando de ser una muerte instantánea, por lo que las anteriores heridas corto punzantes prolongan y la condición de blanco móvil relatado en el cuadro fáctico, expresan la generación de una agonía que retrasa la llegada de la muerte, siendo ineludible que aumentaron el sufrimiento; aspectos que el *ad-quem*, los interconecta en su cuadro fáctico con los antecedentes de los rasgos de personalidad de la víctima, por ser un delito de género. Esto denota que las heridas corto punzantes, anteriores a las tres letales, fueron en zonas no previsibles que ocasionen la muerte inmediata, denotando que la única finalidad plausible era aumentar de manera deliberada e inhumana el dolor de la víctima, prolongando su agonía, y al final asestarle en tres órganos vitales mientras se movía, ocasionándole la muerte, conectándose así en su conjunto los elementos objetivos y subjetivos de la alevosía alegados por el recurrente. Cosa denotada del transparente contenido del cuadro fáctico del *Ad-quem*.

11.6.- Acorde a los dictados del artículo 44 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, "*Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción*." En el presente caso, existe la agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, establecida en el artículo 47.7 del Código en uso: "*Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima*". Con lo cual, su sola existencia, activa la aplicación de la regla establecida en el inciso final del artículo 44 *supra*: "*Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio*"; por lo tanto, no cabe el examen de atenuantes, ante la existencia de una sola agravante y por ende, la sentencia no es casable desde este extremo.

12.- Este Tribunal advierte que de los elementos constitutivos del tipo penal radicados en el artículo 141 y 142 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, reunidos dentro del cuadro fáctico de la especie, denotan una comunicabilidad entre el hecho histórico con los contenidos del presupuesto penal, al estar integrados sus elementos; por lo que no se aprecia que dicho cuadro fáctico, sea compatible con las alegaciones de vulneración a la ley expresadas por el recurrente, por tanto, no se avizora contravención expresa al artículo 36 del Código Orgánico Integral Penal y menos aún al artículo 44 inciso segundo del Código en mención, por lo que al no vislumbrarse aquello, no puede prosperar el recurso de casación, desde tales latitudes. Lo que si se percata este Tribunal, es que de la lectura del apartado 6.3 de la sentencia en cuestión, se encuentran ciertas premisas especificas o lo que en el orden de la motivación, constituyen premisas coadyuvantes que aportan para la conclusión. Toda motivación, al componerse de varias premisas (mayores y menores), las cuales se interconectan y eslabonan la decisión; unas premisas, son directas y a otras coadyuvantes. Las coadyuvantes, pueden alterar o no la conclusión. En el presente caso, existe una premisa coadyuvante, que no altera la conclusión o decisión final, pero genera un desgaste para la recta administración de justicia, en el apartado como se dijo 6.3 de la sentencia objetada dice en lo puntual que: "…*además le instaura Héctor Menchero 11 procesos judiciales a Paola Moromenacho, que empezó a darle un desgate emocional*…", sobre esta premisa, los procesos judiciales, son una materialización del derecho del acceso a la tutela judicial efectiva, por lo que el acceder a los órganos judiciales es un derecho que tiene cualquier persona de forma independiente a su estado o condición; por lo tanto, el acceso a la actividad jurisdiccional, no puede ser tomado en cuenta como un detonante o manifestación de violencia de género, ya que al ser un inmanente derecho en equidad de estas prerrogativas, no pueden utilizarse como elemento de limitación. Esta premisa coadyuvante, no es detonante ni influencia en la conclusión; por lo tanto este Tribunal de oficio las desestima y retira de la sentencia tales premisas alusivas a que la instauración de procesos judiciales, ocasionan desgastes emocionales en la víctima; cosa que no afecta a la conclusión final de la sentencia.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

13.- Los trastornos mentales, se acreditan con informes concatenados del área psiquiátrica, psicológica y social; al existir dos clases de trastornos men-

tales identificados por las ciencias de la salud, en el Sistema Integral Penal, su tratamiento, se distingue de la siguiente manera: **1.-** Cuando la infracción, al ser ejecutada, la realiza por alguien con trastorno mental absoluto o permanente, se desvanece la culpabilidad, colocando al sujeto activo, bajo el manto de la inimputabilidad; y, **2.-** Cuando el trastorno mental no priva de forma total a la capacidad cognitiva y/o volitiva, del sujeto activo al momento de perpetrar la infracción, no se desvanece su culpabilidad, lo coloca bajo el manto de la imputabilidad atenuada. Para aplicar alguna de dichas esferas, sea de inimputabilidad o imputabilidad atenuada, se requiere informe psiquiátrico, psicológico y social, que acredite tal particularidad. En infracciones de género, la violencia, se caracteriza, por un clima habitual, que a su vez, es un presupuesto configurador valorativo del tipo penal, al denotarse tal secuenciabilidad, deja de vislumbrarse una disminución transitoria de la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse conforme a esa comprensión; ya que tal clima habitual de violencia, aflora la secuencialidad de actos o frecuenciabilidad, denotando la predisposición a encender y mantener activo el clima de violencia en infracciones de género. Con la particularidad referida, para distinguir el "*ensañamiento*" como agravante genérica en materia de género, al ser un lujo de males, cuando desemboca en femicidio, tal agravante, puede establecerse a más de las características generalmente aceptadas en la doctrina común, cuando: **a)** la acción de "*dar muerte*", se realiza generando una causación de dolor, con actos complementarios, ejecutados a tal fin y de tal forma que no entrañan a la precisión que concreta el resultado final que ciega la vida; y/o **b)** la acción de "*dar muerte*" no sea instantánea, se prolongue, de una manera intencional y de forma deliberada, de tal suerte que el o los actos violentos, generen una agonía para retrasar la llegada de la muerte, aumentando así el sufrimiento; y/o **c)** la acción de "*dar muerte*", se realice con elección de una temporalidad, lugar y modo, para realizar la acción mortífera, de forma cruel y dolorosa dejando de utilizar otro método mortal posible y menos cruento. Al existir tal agravante genérica, se agrava la pena e impide considerar cualquier atenuante modulativa de la misma a favor del agresor. Por otro lado, en infracciones de género, no puede asumirse para la motivación como premisa coadyuvante, cualquier tema alusivo a que la instauración de procesos judiciales, ocasionen desgastes emocionales en la víctima; aspecto que no trasciende a la conclusión final de la sentencia, por no ser un elemento constitutivo de la infracción.

VI

RESOLUCIÓN

14.- Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta 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**, decide:

14.1.- Rechazar el recurso de Casación, interpuesto por el recurrente Héctor Menchero Merino.

14.2.- Al revisar la sentencia en su integridad, se encuentra motivo para activar la facultad de debida diligencia y realizar una casación de oficio, retirando de la sentencia las premisas coadyuvantes atinentes a que la instauración de procesos judiciales, generen un desgate emocional sobre la víctima, cuestión que no afecta a la conclusión final de la sentencia.

14.3.- De la ejecución de esta sentencia, se encargará el Tribunal de origen, para el efecto se manda a devolver el expediente con la razón de ejecutoría de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.- **Notifíquese y cúmplase.-**

f) Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (PONENTE) (E); Dr. Iván Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL; Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL.

XI

Juicio Nro. *01283-2016-02033*

Resolución Nro. *1619-2020*

Fecha: *19 noviembre 2020 , las 16h25*

TEMA: Testimonio de la víctima como prueba fehaciente para determinar la existencia de un delito contra la integridad sexual y reproductiva.

ASUNTO

La Fiscalía inicia la acción penal pública en contra de J. D. Y. T., por el delito de abuso sexual. En el presente caso se discute si el testimonio de la víctima debe ser el eje para demostrar la responsabilidad del condenado, o el análisis de todas las pruebas en conjunto debe llevar al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad del individuo.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca revisa el caso bajo los elementos constitutivos del delito y determina que, en virtud de las pruebas aportadas, se ha evidenciado la vulneración al bien jurídico que corresponde a la libertad y reserva sexual de la víctima, por lo que se le declara al procesado como autor directo y responsable del delito de abuso sexual, contemplado en el artículo 170 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, por lo que se le impone la pena de seis años y ocho meses de privación de libertad, por configurarse además la agravante de conocer con anterioridad a la víctima, establecida en el artículo 48 numeral 9 ibídem.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, una vez revisado el proceso y las pruebas aportadas, arriba al convencimiento de que los hechos sucedieron de la forma en cómo la víctima los relató, en virtud de lo cual el tribunal desecha el recurso de apelación interpuesto por el procesado y confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01283-2016-02033

Juez Ponente: Dr. Iván Saquicela Rodas

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, 18 noviembre 2020, las 16h25**.**

VISTOS:

En atención a los artículos 563.5, 621 y 622 del Código Orgánico Integral Penal, una vez pronunciada la decisión de forma oral en la audiencia de fundamentación del recurso de revisión llevada a cabo el día viernes 25 de septiembre de 2020, este tribunal procede a reducir a escrito la sentencia, la cual incluye una motivación completa y suficiente de conformidad con lo establecido en el Art. 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, en razón de las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca, el 12 de julio de 2017, las 12h00, dentro de este proceso penal signado con el No. 01283-2016-02033, dictó sentencia condenatoria en contra de JORGE DANILO YÉPEZ TRIANA, declarándolo autor directo del delito de abuso se-

xual, tipificado y reprimido en el inciso primero del Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole una pena privativa de libertad de seis años y ocho meses, en virtud de la existencia de la circunstancia agravante no constitutiva ni modificatoria de la infracción establecida en el numeral 9 del Art. 48 *ibídem*. Por otra parte, se sancionó al condenado con lo siguiente: **a)** una multa de 12 salarios básicos unificados del trabajador en general, **b)** el pago de daños y perjuicios a favor de la víctima por un valor de 4.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, y **c)** la pérdida de sus derechos de participación.

El sentenciado, al estar inconforme con la decisión adoptada, presentó recurso ordinario de apelación contra el fallo de primera instancia. El tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, a través de sentencia de 05 de octubre de 2017, las 11h50, desechó el medio de impugnación incoado y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado.

El condenado, en desacuerdo con el fallo del tribunal de alzada, por considerar que fue dictado sobre la base de errores de derecho, interpuso recurso extraordinario de casación contra aquel. El tribunal de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, integrado por los Jueces Nacionales: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti (Ponente), Dr. Miguel Jurado Fabara y Dr. Luis Enríquez Villacrés, mediante auto de 20 de julio de 2018, las 14h34, inadmitió a trámite el recurso deducido, por no cumplir con los requisitos de admisibilidad ni estar fundamentado.

Una vez ejecutoriado el fallo condenatorio dictado en la presente causa, Jorge Danilo Yépez Triana interpuso recurso extraordinario de revisión. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de auto de 29 de mayo de 2019, las 15h02, inadmitió a trámite el medio de impugnación formulado, por no cumplir con los requisitos establecidos en el inciso tercero del Art. 659 del Código Orgánico Integral, puntualmente con su fundamentación.

Jorge Danilo Yépez Triana, una vez más, al estimar que la resolución de primer nivel fue emitida sobre la base de errores de hecho, propone recurso extraordinario de revisión, con fundamento en la causa tercera del Art. 658 del Código Orgánico Integral Penal.

Este tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 23 de julio de 2020, las 08h16, admitió a trámite el recurso de revisión presentado, por la situación de haberse dictado sentencia condenatoria en virtud de los testimonios falsos de la víctima, Juan Carlos Montero Ruilova y Eduardo Marcelo Monar Saltos, y el informe pericial errado de la psicóloga Diana Verónica Cueva Calle.

A través de auto de 08 de septiembre de 2020, las 12h01, se convocó a audiencia oral, reservada y contradictoria de fundamentación del recurso de revisión, misma que se desarrolló el día 25 de septiembre de 2020, a partir de las 09h00.

II. COMPETENCIA

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182 determina que la Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un período de nueve años. El Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 172 establece que la Corte Nacional de Justicia tendrá su sede en la ciudad de Quito y ejercerá su jurisdicción en todo el territorio nacional. Respecto de la competencia, el artículo 184 *ibídem* determina que las mencionadas salas conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, conforme con el artículo 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, es competente para conocer:

> *"[…] 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera […]"*

El Pleno del Consejo de la Judicatura, mediante resolución No. 197-2019 de 28 de noviembre de 2019, publicada en el Registro Oficial No. 100 de 13 de diciembre de 2019, resolvió designar a las y los Conjueces Temporales para la Corte Nacional de Justicia.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, mediante resolución No. 07-2019 de 11 de diciembre de 2019, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 131 de 29 de enero de 2020, decidió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito por las juezas y jueces: Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dr. Da-

vid Jacho Chicaiza (E), Dr. Wilman Terán Carrillo (E), Dr. Iván León Rodríguez (E) y Dra. Dilza Muñoz Moreno (E).

En el caso que nos ocupa, conforme el acta de sorteo electrónico realizado el 29 de enero de 2020, constante a fojas 02 del cuaderno procesal de revisión, según lo dispuesto en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el presente tribunal se encuentra integrado por los Jueces Nacionales: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas (Ponente), Dra. Daniella Lisette Camacho Herold y Dr. Marco Xavier Rodríguez Ruiz.

III. VALIDEZ PROCESAL

Una vez constatado el procedimiento seguido en la presente causa, no se observa vicio u omisión de solemnidad alguna que pudieran acarrear su nulidad, ha sido debidamente tramitada de conformidad con las reglas adjetivas del Código Orgánico Integral Penal y se ha aplicado lo determinado en el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara la validez de lo actuado.

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN, PRÁCTICA DE PRUEBA Y CONTRADICCIÓN

4.1. Fundamentación del recurso de revisión y práctica de prueba de Jorge Danilo Yépez Triana

4.1.1. Exposición inicial del recurrente

Jorge Danilo Yépez Triana, a través de su defensa técnica, el Dr. Edgar Flores Mier, en su primera intervención menciona que fue sentenciado por el delito de abuso sexual, tipificado y reprimido en el inciso primero del Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal, por supuestamente haber realizado actos de naturaleza sexual sobre la persona de la víctima. El recurrente agrega que se demostrará que esos hechos jamás ocurrieron y que el ofendido instauró este proceso en su contra por el cambio de su pareja sentimental.

4.1.2. Práctica de prueba

4.1.2.1. Práctica de la prueba testimonial

4.1.2.1.1. Testimonio de José Edgar Balladares Macías

El señor José Edgar Balladares Macías, testigo presentado por el recurrente, al interrogatorio formulado por su defensa técnica, el Dr. Edgar Flores Mier, respondió:

Pregunta: ¿En dónde trabaja? Respuesta: En la Comisión de Tránsito del Ecuador. Pregunta: ¿Cuántos años trabaja en esta Comisión? Respuesta: Treinta años de servicio. Pregunta: ¿Qué cargos ha desempeñado en estos 30 años dentro de esta Comisión? Respuesta: Desde un inicio oficial de guardia, oficial de semana, estado F de destacamento, jefe provincial de tránsito de Santa Elena, Azuay y Manabí, al momento estoy de jefe de la sexta Delegación del Guayas. Pregunta: ¿Usted conoce a Jorge Danilo Yépez Triana? Respuesta: Si, lo conozco. Pregunta: ¿En qué circunstancias lo conoció? Respuesta: Lo conozco desde hace 32 años aproximadamente, desde su vida civil, entramos al curso, fuimos compañeros de promoción, nos graduamos y durante toda su trayectoria, tenemos más de 30 años conociéndonos. Pregunta: ¿Usted conoce al agente J.P.A.A.? Respuesta: Si, también lo conozco. Pregunta: ¿En qué circunstancias lo conoció al agente? Respuesta: Cuando fui dado el pase a la provincia del Azuay, él ya se encontraba allí, en el año 2015, 2016. Pregunta: ¿Cuál era el comportamiento del agente J.P.A.A.? Respuesta: Voy a hacer una narración circunstanciada de los hechos muy breve. Cuando fui dado el pase a la provincia del Azuay, el agente J.P.A.A. ya se encontraba laborando en la provincia del Azuay, para la Oficina de Investigaciones de Accidentes de Tránsito, era chofer del vehículo de medicina legal, encargado de recoger los cadáveres en los accidentes y hacer los primeros indicios del levantamiento de un accidente. En esos días, como a la semana, él se me presenta y me dice que sí yo estaba estresado, le dije que no, mi coronel yo doy masajes, si estaba interesado en un masaje, que cobraba 80 dólares por los masajes, pero que a mí me cobraba 30 o 40 dólares, le dije que no tenía por costumbre hacerme masajes de varones, eso fue la primera vez; y también me ofreció darme clases de jiu jitsu y de artes marciales, porque él era profesor de esas artes. Pasada una semana se vuelve a presentar en mi oficina, me dice le veo estresado, le insisto dar un masajito, porque yo soy profesional en masajes, doy aroma terapia, masajes con aroma terapia, con esencia de fragancias, masajes con piedras y una serie de situaciones que ellos saben, le volví a decir que no, volvió a insistir que si deseo tomar unas clases de artes marciales, le dije que no, porque mi trabajo era fuerte y que llegaba cansado. En una tercera visita, esto en unos quince días, más o menos un mes un mes y medio, volvió a ofrecer los masajes, le dije que no, me dice mi coronel le quiero pedir un gran favor, dígame en que le puedo servir, tengo una pareja y quiero ver si me puede ayudar con el pase de mi pareja, le dije su pareja es alguna chica, trabaja en algún lado, no mi coronel, no sé si a usted le habrán contado que soy débil de carácter, a mí no me han contado eso, todos los vigilantes del Azuay me

han referido que usted es gay, yo no tengo ninguna fobia, ningún problema con su inclinación sexual, usted tiene su problema, su situación, eso es suyo, no tengo ningún problema, con que usted cumpla con su trabajo, no tengo nada que reprocharle, me dice: solicito de la manera más comedida y le estaría agradecido infinitamente si usted me ayuda con el pase de mi pareja, quién es su pareja, el agente de tránsito Monar, y en dónde se encuentra, en Guayaquil, en caso de que saquen personal de aquí, voy a pedir en equiparación y pido a Monar, no hay ningún problema. En esos días me cambian un sargento del ECU 911, que laboraba en Gualaceo, le sacan de Cuenca y lo mandan a Guayas, llamé a mi general Lalama que estaba de comandante, solicité el reemplazo del elemento que se llevó del 911, pero dame un nombre, yo no tengo nombre, quién quiere que vaya a trabajar, vi la nota del vigilante, agente de tránsito Monar, y le di el nombre, al día siguiente salió con el pase el agente de tránsito Monar a la provincia del Azuay, ostentaba el cargo de jefe provincial de tránsito del Azuay y el coronel Yépez era jefe de operaciones, era el encargado de controlar la flota vehicular, la asistencia al trabajo de los elementos, que cumplan con los horarios de trabajo y labores, esas eran las funciones del coronel Yépez. Llega el agente Monar al Azuay, el agente J.P.A.A. decide hacer una comida especial e invitó a todos los de la vial, me llama y el agente estaba feliz porque llegó Monar, y quería que participe de la comida, le dije que no era necesario porque era en la noche, igual me insistió, porque el capitán Morán, jefe de esa área, también fue a verme, participé con ellos de la merienda, porque era tipo ocho de la noche, me retiré después de esto. Tengo entendido que el coronel Yépez, en uno de esos controles a los carros, porque es el encargado vía GPS de la localización de los vehículos, observaba siempre que el vehículo de medicina legal se iba para Gualaceo, sin que haya accidentes de tránsito con personas fallecidas, por lo que empezó a investigar el asunto y descubre que los otros vigilantes, agentes de tránsito, le refieren que el agente de tránsito J.P.A.A. se iba a Gualaceo y que embarcaba al agente de tránsito Monar y que estaban en actos indecorosos dentro de la unidad de medicina legal, unidad del Estado, que se estaban besando en el interior de la unidad y otras cosas más, a lo que el coronel Yépez me indica verbalmente, a lo que le dije que va a tener que tomar medidas. En esos días salí de vacaciones y me dan el cambio a la provincia de Manabí, a Chone, el coronel Yépez quedó de jefe de tránsito encargado, él tenía que tomar medidas, cambió al agente Monar al Guayas, empezaron los problemas con el agente J.P.A.A., reclamando a Yépez, y prácticamente a maquinar todo lo que ha sucedido. Me comunica el coronel Yépez que estaba teniendo inconvenientes con los agentes, le dije que se reúna con el comandante y explícale bien el problema que tú tienes, porque empezó el problema de la denuncia y parece que no le dio importancia al tema, le cogió descuidado, y ha pasado todo lo que ya ha pasado, eso es todo lo que puedo mencionar en honor a la verdad.

Al contrainterrogatorio realizado por Fiscalía General del Estado, a través de la Dra. Zulema Pachacama Nieto, el declarante manifestó:

Pregunta: Señor José Edgar Balladares Macías, *¿Quién le solicitó a Usted que venga a rendir su testimonio en esta audiencia*? Respuesta: La parte interesada, la esposa del coronel Yépez. Pregunta: *¿por qué usted no rindió su testimonio en la audiencia de juicio?* Respuesta: Porque nunca fui solicitado, ni por el coronel Yépez ni su esposa, nunca fui llamado al proceso, sino hubiera dado mi versión. Pregunta: *¿Qué grado de amistad tiene usted con el procesado?* Respuesta: Somos compañeros de promoción.

4.1.2.1.2. Testimonio de José Manuel Wong Llerena

El señor José Manuel Wong Llerena, testigo presentado por el impugnante, al interrogatorio formulado por su defensa técnica contestó:

Pregunta: ¿Usted qué tiempo trabaja en la Comisión Nacional de Tránsito? Respuesta: 29 años. Pregunta: Dentro de estos 29 años en la Comisión de Tránsito, ¿Usted qué cargos ha desempeñado? Respuesta: Jefe provincial de Los Ríos, de la provincia de El Oro, de Santa Elena, Jefe del departamento de Asuntos Internos, Jefe del departamento de Inteligencia Interna, segundo al mando del primer escuadrón, subjefe del departamento de Educación Vial, delegado por parte de la institución como edecán de los carabineros de Chile, delegado jefe del Frente Interno en las Fuerzas Armadas, en el departamento de inteligencia, delegado en la Aviación Naval, edecán del Comandante Coronel Alfonso Icaza, y otros, en estos 30 años de servicio. Pregunta: En todos estos años de servicio, ¿Usted conoció o conoce al Coronel Jorge Danilo Yépez Triana? Respuesta: Al Coronel Yépez lo conozco aproximadamente 32 años, en vista de que fue mi compañero de curso y también formaba parte del pelotón de estudios. Pregunta: En estos años que

lo conoció al coronel Danilo Yépez Triana, ¿cuál ha sido su comportamiento? Respuesta: Un poco más allá que tengo el honor de conocerlo como compañero, específicamente como persona, un líder, buen padre de familia, ejemplo para su familia, para los compañeros, siempre predispuesto a colaborar, ayudar, jamás he escuchado una palabra "no", sino al contrario "hagámoslo", pues la característica de un buen líder. Pregunta: ¿Usted conoce al agente J.P.A.A.? Respuesta: Sí, trabajó conmigo cuando fui Jefe de la provincia de los Ríos, se desempeñaba como agente del departamento de Bienestar Social. Pregunta: Durante el tiempo que trabajó usted y conoció al agente J.P.A.A., ¿tuvo conocimiento de alguna novedad, algún hecho que pueda afectar el comportamiento del agente? Respuesta: Sí, no quisiera que se malinterprete mi declaración, haciendo relación con el coronel Yépez, con el problema que tenían los dos, voy a hablar específicamente del agente. Cuando me desempeñé como jefe provincial de Los Ríos, estaba en el destacamento de Zapotal encargado del sector norte de lo que es bienestar social, tuve muchos inconvenientes, no iba a trabajar, descuidaba sus funciones, como jefe provincial llegaban a mis oídos las quejas de que bebía, que inclusive se drogaba y se desempeñaba más bien en otras funciones que no eran de la institución, que daba masajes, que enseñaba karate, tuve que hablar con el jefe directo, ante todo me caracterizo siempre de hablar con el agente directamente, no de los cuentos que me llegan a los oídos, o sea hablé con el jefe directo y con él, y el jefe me dijo que ya iba a tomar los correctivos, pero resulta que el mismo jefe en ese tiempo, entiendo yo, pidió el cambio del señor a otra plaza, porque no ayudaba, no sumaba en la provincia de Los Ríos. Pregunta: ¿Qué conoce Usted acerca del comportamiento del agente J.P.A.A., qué se dice actualmente en la Comisión Nacional de Tránsito? Respuesta: Realmente el caso de él es de conmoción institucional y todos conocemos ahora más que todo, que el señor, en eso no lo juzgo, tiene su inclinación sexual, utiliza drogas, es irresponsable y donde va, si ustedes analizan su hoja de vida, se dan cuenta que no dura mucho en un sector, siempre le viven rotando, porque lamentablemente hoy mi institución recién está actualizando los cuadros de calificación y ahí separaremos algunos compañeros que tengan problemas de labores. Pregunta: ¿Usted conoce algo sobre el agente J.P.A.A., acerca de la inclinación sexual de él? Respuesta: No, conozco por los comentarios que hay, que tiene pareja, que le gustan los hombres, repito no soy homofóbico, pero es lo que se comenta y es problema de él.

Al contraexamen efectuado por Fiscalía General del Estado el declarante refirió:

Pregunta: Señor testigo José Manuel Wong ¿Usted era en las fechas o hasta la actualidad superior de la supuesta *víctima*, de J.P.A.A., es superior? Respuesta: Claro, como jefe provincial de Los Ríos, sí, hace dos años. Pregunta: Si usted era el superior, ha manifestado que el señor J.P.A.A. se drogaba, daba masajes, no se dedicaba a trabajar y una serie de cosas más, que tenía otra inclinación sexual, si usted era el jefe superior, ¿por qué no actúa hasta el momento en calificar su trabajo para separarlo o no de la institución? Respuesta: Dentro del grado jerárquico, que usted lo conoce doctora, existen mandos superiores y medios, como jefe provincial yo era el mando superior, y creo que le expliqué a la Sala, que no soy el oficial que le llenan de argumentos y de cuentos, yo fui directamente con su superior, que era la cabo, no recuerdo el nombre, Martha Semanate, la cabo de él, la cabo jefe, y le llamé la atención, y ella fue la que hizo el oficio, porque esto va con orden jerárquico, órgano regular, yo directamente no puedo separar a alguien si no tengo la base suficiente de que se droga, homosexual, que daba masajes, solo como le explique a la Sala, eran los comentarios que había en ese momento, pero la parte disciplinaria tiene que ser concreta, porque se lo cambia, porque el señor no cumplía con sus funciones y ese informe le pedí a la cabo y ese fue el motivo del traslado a otra plaza. Pregunta: ¿Usted manifiesta este momento que son solo comentarios, es decir, no le consta, verdad? Respuesta: Yo le digo, respeto la inclinación, el gusto de todas las personas. Pregunta: ¿A Usted no le consta, verdad? Respuesta: No me consta, no he tenido contacto con él de ese tipo.

4.1.2.1.3. Testimonio de Edison Raúl Jurado Dumes

El señor Edison Raúl Jurado Dumes, testigo presentado por el revisionista, al examen realizado por su defensa técnica expuso:

Pregunta: ¿Usted conoce al coronel Jorge Danilo Yépez Triana? Respuesta: Sí, hace diez años aproximadamente. Pregunta: ¿En qué circunstancias le conoció al coronel José Danilo Yépez Triana? Respuesta: Siempre ha sido una excelente persona, lo conozco desde que era civil, aún no ingresaba a lo que es la Comisión Nacional de Tránsito del Ecuador, una persona tranquila, no tenía problemas con nadie, una persona tranquila y honesta. - Pre-

gunta: En el año 2016, ¿qué cargo desempeñaba en la Comisión Nacional de Tránsito del Ecuador, específicamente en la provincial del Azuay? Respuesta: Me encontraba laborando, era de tránsito, laboraba en la provincia del Azuay, en el cantón Cuenca. Pregunta: ¿En qué año? Respuesta: En el 2016. Me asignaron como conductor del coronel Yépez en ese tiempo, ya que nos conocíamos, persona de confianza, fui asignado como conductor en ese tiempo. Pregunta: ¿Usted conoce o sabe por qué hechos está el coronel Yépez detenido? Respuesta: Sí, yo me enteré ahora lamentablemente lo sucedido, una pena que le hayan metido en este problema a mi coronel, siendo una persona tranquila que no se metía con nadie. Pregunta: Usted durante el tiempo que se desempeñó como conductor del coronel Jorge Danilo Yépez Triana, ¿conoció de hechos que pueda afectar a la conducta y personalidad del coronel Jorge Yépez Triana? Respuesta: Todo el tiempo que trabajé con él nunca pasó nada, siempre fue una persona intachable. Pregunta: ¿Usted recuerda el *día 26 de enero del año 2016,* qué se encontraba haciendo usted? Respuesta: Estaba conduciendo el día jueves 26, estábamos en la oficina de Operaciones de la provincia del Azuay-Cuenca, me encontraba todo el día con él, ya que estaba haciendo algunos informes. Pregunta: ¿este día el coronel Jorge Yépez Triana recibió una visita de algún agente en particular? Respuesta: No, solo conmigo, porque estábamos en la oficina. Al contrainterrogatorio de la delegada de la señora Fiscal General del Estado, el testigo respondió:
Pregunta: ¿Cuántos años tiene Usted? Respuesta: 30 años. Pregunta: Usted manifiesta que es una persona de confianza del procesado, el señor Triana, al ser usted una persona de confianza, ¿el día 26 de enero de 2016 qué sucedió? Respuesta: Me encontraba con él trabajando, laborando como todos los días, nos encontrábamos en la oficina, no sé qué haya sucedido, me encontré con él en la oficina de operaciones de la provincia del Azuay. Pregunta: Usted manifiesta no sé a qué hora sucedió, ¿cuántas horas pasó con él el día 26 de enero del 2016? Respuesta: Todas las horas laborables, ya que laboramos de 8 de la mañana a 5 de la tarde.

4.1.2.2. Práctica de la prueba pericial

El sentenciado presenta a la Psicóloga María Elena Polit Ordoñez, quien sustentó su informe pericial de la siguiente manera:
Hice un informe de auditoría particular, de análisis técnico sobre el informe psicológico emitido por la doctora o psicóloga Verónica Cueva Calle, hacia la víctima o presunta víctima del hecho investigado y sentenciado.
El contenido del informe básicamente apunta a observar cuáles son las falencias técnicas y además escrutar si el contenido y las conclusiones tienen sustento técnico y científico. El informe no tiene una metodología específica para este tipo de víctimas, no consta que haya utilizado un protocolo de evaluación, como tampoco una entrevista, que debería estar estipulada dentro de una evaluación de estas características, test psicológicos aplicados a su vez, aplicados dentro de sus resultados, no expone puntajes, que es lo que debería aparecer dentro de los test; por ejemplo, la perito en su informe consta que aplicó el test de Beck, la escala de impacto del evento y el test de Rorschach. El test de Beck es básicamente un test cuantitativo, que cuantifica la cantidad y la intensidad de los síntomas de una ansiedad o de un trastorno de ansiedad, o dentro de un diagnóstico donde la ansiedad sea patológica; por ejemplo, si yo tengo una cierta puntuación, entre 0,25 en el test de Beck, esto se tomaría como una ansiedad normal, si yo tuviera entre 25 a 30 puntos dentro del test, esto se tomaría por una ansiedad moderada, y si puntúa más de 36 ya es una ansiedad significativa. Dentro del informe la perito no expone puntajes, por lo cual llama la atención, porque tendría la duda si específicamente aplicó o no el test, o directamente lo puntúo, ya que en sus resultados solo refiere que hubo sintomatología relevante de ansiedad, esto es un poco confuso, porque al ser un peritaje yo tendría que tener bien claro que si los puntajes que estoy refiriendo corresponden a una ansiedad patológica, que esta ansiedad es producto de alguna situación estresante o un trauma con el caso, si yo no diferencio entre ansiedad normal y patológica dejo en el aire de que esta ansiedad puede ser producto de cualquier evento normal de la vida, por ejemplo una mudanza, un examen, una evaluación de ascenso, etc. Ahora, con el test de Rorschach, llama la atención que la perito hace cuatro interpretaciones, cuando este test es extremadamente complejo aplicarlo, es un test proyectivo de personalidad, donde yo le pido a la persona que mediante diez láminas que contienen una manchas, que me diga qué es lo que ve en cada una de ellas, la persona es libre de virar la lámina, de voltearla y de decir si ve alguna figura de una manera, o ve otra figura al voltear la lámina, este test debe demorar una tres horas aplicarlo, si no son cuatro o cinco, dependiendo tanto que la persona sea expresiva en cuanto a lo que está mi-

rando dentro de las láminas, y cada lámina tiene una conceptualización diferente, por ejemplo, la lámina número uno generalmente es una manchita donde pareciera que son dos personas besándose, esta lámina generalmente incluso ayuda mucho a dilucidar a veces preferencias sexuales, situaciones de problemas sexuales; la lámina dos tiene características desde rasgos de personalidad, impulsividad, es un test extremadamente complejo que va desde lo sexual, desde rasgos de personalidad, impulsividad, afectividad e incluso hasta inteligencia y muchas otras, por ejemplo, hasta pueden dilucidar temas de extroversión o introversión, no hay absolutamente nada, generalmente incluso los que nos hemos formado, yo particularmente estuve un año aprendiendo a interpretar el test de Rorschach, generalmente uno termina concluyendo si la persona se encuentra dentro de los parámetros normales o no, esto no consta dentro del informe tampoco. La escala de impacto del evento **básicamente es una escala que discrimina**, sin tomar del estrés pos traumático, consecuencias de un evento traumático, por ejemplo, para que me entiendan, esta escala es muy común utilizarla, por ejemplo, en soldados después de haber venido de un evento de guerra, de personas de una catástrofe natural, por ejemplo, de un huracán o un terremoto, donde básicamente las preguntas están estipuladas con los criterios de diagnóstico del estrés pos traumático, la perita hace referencia a unas tres características que nada tienen que ver con el criterio del estrés pos traumático, y a su vez no tiene nada que ver con la escala, porque incluso la misma escala me puntúa, si yo tengo un puntaje de 0 a 8 generalmente estoy en una escala sub clínica, que quiere decir que básicamente no hay nada relevante clínicamente para analizar, si puntúo más, de entre 9 a 26, 16 más o menos, estaremos en un rango moderado, **y así sucesivamente hasta llegar a un puntaje superior en donde me dice que efectivamente hay un estado clínico grave, que es cuando yo tengo que discriminar si esta situación grave** se corresponde o no con los criterios de diagnóstico del DCM4 o el DCI10, para decir que hay un estrés pos traumático, esto tampoco lo refleja la perito dentro de su informe, sin embargo en sus conclusiones concluye que efectivamente la persona evaluada tiene características de cierta personalidad, que en si no están dentro de lo que pone en su informe de Rorschach, en los resultados concluye que efectivamente, debido a los elementos vividos, la víctima tiene un diagnóstico de ansiedad generalizada, es un poco incoherente, diría hasta contradictorio, porque si yo aplico escalas para discriminar ansiedad y explico una escala específica para dilucidar estrés pos traumático, resulta que tiene un trastorno de ansiedad generalizada, esto llama la atención, porque si bien es cierto están dentro del rango de la ansiedad ambos diagnósticos, pero son distintos en su núcleo, para que me entiendan, el estrés pos traumático por ejemplo tiene como principal característica el hecho de que una persona que ha vivido un trauma, tiene estas revivencias, esta sensación que el trauma va volviendo a suceder, y al tener esta sensación de que el trauma vuelve a suceder se activa toda una sintomatología que acompaña el estrés pos traumático; en cambio la ansiedad generalizada básicamente estos nervios de que todo el tiempo algo me va a ocurrir, por ejemplo, para que me entiendan, estos complejos hipocondriacos, el hipocondriaco está siempre preocupado, está siempre nervioso de enfermarse o que un conocido o un cercano se enferme, entonces si yo aplico una escala para describir este estrés pos traumático, pero en realidad termina teniendo otro diagnóstico, en realidad no se entiende de dónde sacó el diagnóstico la doctora. Además de esto hay algo que es muy importante para los psicólogos forenses, especialmente en peritajes que nosotros tenemos que establecer el nexo causal, eso no consta en el informe, que quiero decir con el nexo causal, que tiene que decir específicamente que ha tenido una afectación, un menoscabo, o en teoría un diagnóstico consecuencia o posterior a los eventos postraumáticos o denunciados en el proceso, que es lo que me establece como psicólogo el nexo causal, la temporalidad clínica o sintomatológica, que quiero decir con esto, que si estos eventos sucedieron en enero del 2016, y yo estoy evaluando a esta persona en abril del 2016, yo tengo que decir que efectivamente, por ejemplo, a partir de febrero esta sintomatología fue evidente, que durante todo este tiempo, dentro de la evaluación de esta sintomatología, le ha causado a la persona problemas, que no pueda desempeñarse en su vida personal, familiar, que incluso han generado desgaste en otras **á**reas, como emocionales y psicológicas, e incluso ha impedido que su personalidad sea la misma, entonces ahí hablaremos de daño psicológico; en sus conclusiones ella no refiere el nexo causal, el diagnóstico no está claro, y aparte no hay sustento absolutamente técnico ni científico de las conclusiones, porque no explica de dónde saca el diagnóstico y si éste es correspon-

diente a una víctima de estas características, sin contar a parte de que, otra cuestión contradictoria, es que ella al aplicar el test de Beck en abril del 2016, el test o la escala dice: "referir por favor como se ha sentido usted durante los últimos siete días, incluyendo el día de hoy", ¿qué quiere decir? que si yo estoy evaluando solo esa franja de una semana anterior a mi evaluación, que quiere decir que la perito estaba evaluando los síntomas de ansiedad de la semana del 20 de abril más o menos y no haciendo un filtro de enero hasta la fecha de la evaluación. Al ver estas inconsistencias, realmente el informe quedaría bastante escueto y tiene bastantes carencias técnicas y científicas, y sobretodo no establece de manera clara si el diagnóstico es consecuencia de, si la sintomatología es consecuencia del trauma, si hizo discriminación, si esta persona sufría de cuestiones psicológicas anteriores al trauma, para poder discriminar si estos síntomas son correspondientes a ésto o venían de antes, y si efectivamente hay un daño psicológico posterior a esta situación que le ha generado algún menoscabo en sus distintas actividades.

Al interrogatorio formulado por la defensa técnica del censor, la perito contestó:

Pregunta: ¿Cuántos años tiene usted de ejercicio de la profesión de la psicología? Respuesta.: Me gradué en el año 2009 en la República Argentina, en donde obtuve mi licenciatura en psicología internacional, posteriormente hice mi carrera en paralelo en Argentina, se puede hacerlo cuando uno es buen alumno, obtuve mi carrera de especialización de la Escuela de Gualberto California, en el Instituto Bayli Benson de la ciudad de Buenos Aires. Mi tutor de tesis de la universidad además es el fundador de la Sociedad Argentina de Trastornos de Ansiedad, con el cual también me formé dentro de un curso de actualización. Estuve en los dos hospitales de Buenos Aires, Neuropsiquiátrico Braulio Moyano de mujeres y T. Borda de varones. Estuve en la Unidad 36 de mujeres trabajando como perito antes de venir al país. En el 2011 retorno al país, ingreso a trabajar a la Fiscalía General del Estado como perito hasta el 2012, desde el 2012 hasta la actualidad ejerzo de manera particular. Pregunta: ¿Usted durante todo este tiempo aproximadamente cuántos informes periciales ha realizado? Respuesta: ¿De auditorías, evaluaciones o peritajes? Pregunta: De todo. Respuesta: Doctor no le podría dar una cifra exacta. Pregunta: ¿Aproximadamente cuántos? Respuesta: Solo cuando trabajaba en la Fiscalía unos 600 peritajes, en un lapso de nueve meses, imagínese si sigo trabajando de particular de manera activa, de todos los meses, unos cuatro o cinco, debo estar sobrepasando los mil, mil quinientos en todos estos años, 2000 probablemente. Pregunta: Luego de que Usted hizo esta auditoría forense, y con su experiencia y conocimiento, Usted nos ha dicho que el informe presentado por la doctora Cueva, primero no determina el nexo causal entre la ansiedad y el diagnóstico dado, y por lo tanto asimismo no se determina si realmente se utilizó o no los test que usted ha referido, desde su profesionalismo y con experiencia, podríamos, es decir, por lo tanto, ¿el diagnóstico dado por la psicóloga Cueva es un diagnóstico errado? Respuesta: Si. Pregunta: ¿Cómo se configura el daño psíquico o psicológico en una persona? Respuesta: Para hablar de daño psicológico, y retomando en una parte que estuve exponiendo, el daño, para que haya daño psicológico tiene que haber un menoscabo en distintas esferas de una existencia, por ejemplo, si una víctima ha atravesado un evento traumático, ¿qué me dice a mi Soria, Echuburia y hasta Mariano Castex? Que dentro de los tres o cuatro meses posteriores a un evento traumático yo puedo evaluar esta situación, tiene que haber una disfunción, una alteración en mi personalidad, por ejemplo, si yo he sido una persona extrovertida, y lo voy a decir de manera clara para que se entienda, y de repente he vivido un evento extremadamente traumático, yo voy a dejar de ser extrovertido, empiece quizás a ser más sigiloso, esto va a cambiar mi personalidad, tiene que haber una afectación en mi esfera de voluntad, que quiere decir que quizás ya no tenga la misma voluntad para hacer ciertas cosas de mis actividades diarias, desde ir al trabajo, ir a reuniones sociales, etc., voy a tener alteraciones cognitivas, que esto viene relacionado con qué tipo de pensamientos yo tengo respecto a esta situación, voy a tener alteraciones a nivel emocional y psicológico, a nivel emocional en cómo yo me siento todo el tiempo respecto a esta situación, y a nivel psicológico es donde entra el diagnóstico, que quiere decir que no solo tengo que tener un diagnóstico psicológico, por ejemplo estrés postraumático sino que todas estas aéreas tienen que verse afectadas para hablar de daño psíquico. Cuando alguien dice por ejemplo, tiene estrés pos traumático por haber sufrido un evento traumático, pero este estrés pos traumático ha menoscabado su personalidad, le ha impedido hacer cosas, le han pedido realizar actividades que antes hacía y que ahora ya no, cuando se

configura todo esto hablamos de daños, si no hay este menoscabo en todas esas áreas, no podemos hablar de un daño psíquico, solo de un trastorno o de un diagnóstico en el área psicológica. Pregunta: ¿Qué debe tenerse en cuenta para realizar una evaluación psicológica adecuada? Respuesta: Número uno, un protocolo, es lo que nos dicta a nosotros los psicólogos el paso a paso y los límites de lo que voy hacer, ¿por qué? Porque el protocolo, por ejemplo, tengo que estar delimitada por el objeto de la pericia, cuál es el objeto de la pericia: rasgos de personalidad, perfil criminal, evaluación de edad; debo tener un protocolo, que a mí me dicta los pasos de cómo voy a proceder, es igual que pasa con un médico en una cirugía, necesita todo un protocolo para entrar desde el quirófano hasta proceder, por ejemplo en una cirugía a corazón abierto, lo mismo pasa con los psicólogos; posterior, qué metodología voy a implementar dentro de esta evaluación, la metodología lo que me da es el orden y además hace que yo tenga una cuestión disciplinada en temas de entrevista, qué tipo de entrevista voy aplicar, generalmente la metodología es lo que me garantiza que estoy teniendo una información de manera adecuada, no sugiriéndola o contaminándola, es muy importante en cuestiones forenses; posteriormente saber y discriminar cuáles son los reactivos psicológicos que voy aplicar, si son pertinentes con el objeto de la evaluación, por ejemplo si voy a evaluar daños psicológicos, porque voy a aplicar un test para discriminar características psicomotrices o de inteligencia, si nadie me pidió que evalúe inteligencia; posterior si voy a triangular la información tiene que haber una concordancia entre lo que observé dentro de la evaluación, los resultados de los test y lo que me dicen los estudios científicos, triangulo la información y las conclusiones deben tener un sustento técnico y científico, ¿qué quiere decir? Que tengo que sustentar de que esa situación está establecida por un nexo causal y que el 90% de los estudios científicos me dicen que esto es una característica de la víctima, la cual se refleja en el examen presente, una vez que todo tenga completo podría decirse que es un informe con características completas de una situación al menos pericial psicológica. Pregunta: ¿Conoce Usted como perita acreditada del Consejo de la Judicatura, que existe un reglamento dictado por el Consejo de la Judicatura, que necesariamente deben cumplir los informes periciales? Respuesta: Sí. Pregunta: ¿El informe que Usted lo auditó, hecho por la doctora Cueva, cumple o no con los dispuesto en el artículo 21 numeral 4 de este Reglamento? Respuesta: No cumple. Pregunta: ¿Por qué no cumple? Respuesta: El reglamento dice básicamente que tiene que estar ampliamente explicado y sustentada la metodología, las conclusiones tienen que tener un sustento técnico y científico, mediante respaldo de bibliografía, documentos, copias certificadas, etc.; esto obviamente no es algo que se refleja dentro del informe, la conclusión es totalmente escueta, no tiene sustento, no tiene nexo causal, no dice absolutamente nada que sea relevante para una sustentación técnica-científica de una conclusión que corresponda a un informe de estas características. Pregunta: ¿Los procedimientos descritos en el informe psicológico presentado por la doctora Cueva, constituyen una técnica para el análisis de acreditación de la declaración de la víctima? Respuesta: No. Pregunta: ¿Por qué? Podría explicar de manera concreta al Tribunal. Respuesta: Para poder hacer un análisis de la declaración tengo que implementar un protocolo extra, que viene a ser una especie de evaluación complementaria dentro de la evaluación, el análisis de la declaración implica que yo primero grabe la evaluación, con el consentimiento del evaluado, la grabe o la filme, ¿por qué? Porque para poder hacer el análisis de la declaración no puedo decirle a una persona que me repita cien veces lo mismo, el objetivo de grabarla es para no revictimizarla, al momento de grabarla tengo la oportunidad de analizar si existen o no criterios que se deben analizar, si están presentes o ausentes, básicamente el protocolo que se utiliza, por ejemplo en los niños, es el RCA, y en adultos se utiliza el protocolo C, tienen características similares, donde hay criterios que se analizan: la ausencia y la presencia, pero tienen un componente adicional en los adultos: que tengo que hacer una evaluación de personalidad, para saber si esta persona tiende a mentir, manipular o simular, una vez descartada esa situación, analizo el relato, veo si cumple las características de criterio de contenido, personalidad, detalles y todos los criterios que me disponen, y posterior a eso puntúo, en base a lo que me da el mismo protocolo cumple con estas características, tiene este puntaje, a partir de eso se puede determinar si el relato de la persona en qué rango de credibilidad puede estar. Pregunta: ¿Cuál es la discrepancia que existe entre una víctima imaginaria y una víctima simulada? Respuesta: Según los artículos científicos, exponiendo por ejemplo a Benjamín Mendelsohn, que es el exponente sobre la teo-

ría de la victimología, habla que generalmente cuando no hay concordancia entre el relato, la sintomatología, lo versado por una persona, podría inferir que tiene distintas categorías de víctima, entre esas puede ser una imaginaria y simuladora, ¿cuál es la diferencia entre las dos? Que la víctima simuladora tiene la intención de fingir síntomas de una enfermedad o de una condición psicológica o médica, con la intención planificada de hacer caer en un error a la justicia. La víctima imaginaria debe tener características de algún trastorno de personalidad, para que no pueda tener la capacidad de pensar que esto no lo está haciendo de manera intencionada, sino que lo hace porque el mismo trastorno hace que estas personas imaginen, deliren o en su defecto inventen situaciones. Esa la diferencia entre las dos. Pregunta: Usted dentro de esta auditoría obviamente que analizó el informe psicológico presentado por la doctora Cueva Calle, y a su vez igual revisó, analizó la versión o el testimonio dado por la víctima, de acuerdo a la auditoría forense que usted ha realizado y de acuerdo a lo que nos ha explicado respecto a la diferencia que existe entre víctima imaginaria y la víctima simulada, ¿en cuál de estas clasificaciones estaría la víctima en este caso? Respuesta: Tanto la víctima imaginaria como la simulada están dentro de una misma categoría, lo único que les diferencia es que el uno tiene un trastorno y el otro tiene la intensión de simular o inventar sintomatología, pero ambas están en la misma clasificación. Son tres grandes grupos: víctimas inocentes, provocadoras y las que están en esta categoría, la única diferencia es el trastorno de personalidad, están en la misma clasificación tanto imaginaria como simuladora.

Al contraexamen realizado por la delegada de la señora Fiscal General del Estado, la perito respondió: Pregunta: ¿Considera Usted un informe psicológico que es de carácter exacto o interpretativo? Respuesta: En realidad podría ser interpretativo, porque como no hay absolutamente ninguna regla de juego clara, una no puede interpretar, decía que al no tener reglas claras el informe, cualquier profesional lo puede interpretar de cualquier manera, no hay una regla básica establecida, en la que tal como la leo es lo que es. Pregunta: Usted está realizando una auditoría al informe y por ende *¿está* ciento por ciento segura de lo que ha manifestado en esta audiencia, dado su carácter interpretativo, interpretando al otro informe de la doctora Cueva Calle? Respuesta: Sí, totalmente segura, básicamente mis interpretaciones están basadas en las falencias técnicas y las incoherencias clínicas que hay dentro del informe.

4.1.3. Exposición final del recurrente

Jorge Danilo Yépez Triana, a través de su defensa técnica, el Dr. Edgar Flores Mier, menciona que interpuso el recurso de revisión por la causa tercera del Art. 658 del Código Orgánico Integral Penal, esto es, si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos, o informes periciales maliciosos o errados.

El recurrente expresa que con la prueba se han justificado dos hechos fundamentales. El primero el relativo a la condición o inclinación sexual de J.P.A.A. El impugnante indica que el señor José Edgar Balladares Macías determinó que la víctima, por algunas ocasiones, se ofreció para darle masajes, lo que demuestra que esa propuesta fue realizada a ambos, especialmente a él por conocer de su discapacidad del 48%, que sin embargo nunca aceptó.

El revisionista agrega que con la declaración del señor José Edgar Balladares Macías se acreditó que J.P.A.A. hizo conocer su tendencia sexual y que le pidió el traslado de su pareja, del señor Eduardo Marcelo Monar Saltos, desde la ciudad de Guayaquil hacia la ciudad de Cuenca. El condenado adiciona que el testigo refirió que cumplió con este pedido y que cuando José Edgar Balladares Macías salió de vacaciones se quedó al mando de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Azuay, donde empezó a determinar irregularidades consistentes en abandonos del trabajo tanto de J.P.A.A. como de Eduardo Marcelo Monar Saltos, motivo por el que decidió trasladarlo nuevamente a la ciudad de Guayaquil, y que es ahí donde se trama el complot en su contra y se lo acusa de abuso sexual, lo cual nunca sucedió.

El censor señala que también se comprobó que los hechos acusados no acontecieron de esa forma, con lo sustentado por la doctora María Elena Polit, quien realizó una auditoría forense al informe psicológico presentado por la doctora Verónica Cueva Calle, el cual contiene varios errores, no solamente en la apreciación del diagnóstico y las conclusiones, sino inclusive en las técnicas utilizadas para arribar a las mismas, lo cual nos conduce a que el informe pericial es equivocado, ya que no cumple con los tests que invoca ni con lo dispuesto en el Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial.

Jorge Danilo Yépez Triana manifiesta que en el peor de los casos, de que los hechos acusados hu-

bieran sucedido de esa forma, no se ha justificado que aquellos fueron producto de la coacción, amenaza o intimidación sobre J.P.A.A. para que acceda a sus supuestas pretensiones. El recurrente añade que esto es cuestión de lógica: ¿de qué forma una persona que es profesor de karate, que tiene buenas cualidades físicas, puede ser sometido por una persona que tiene una capacidad del 48%?, cuando el artículo 170 del Código Penal determina que los actos de naturaleza sexual deben ser contra la voluntad de la persona. El impugnante expone que por el contrario de demostró que J.P.A.A. andaba ofreciendo ese tipo de masajes.

Con base en lo analizado el impugnante afirma que se justificó la causa por la que se interpuso el recurso de revisión, por lo que solicita que se revise la sentencia objetada y se ratifique su estado de inocencia, disponiendo su inmediata libertad y dejando sin efecto todas las medidas cautelares, personales y reales, dispuestas en su contra.

4.2. Contradicción por parte de Fiscalía General del Estado

La Dra. Zulema Pachacama Nieto, delegada de la señora Fiscal General del Estado, luego de escuchar la fundamentación del medio de impugnación por parte de la defensa técnica del revisionista, ejerciendo su derecho constitucional a la contradicción, expone que al testigo José Edgar Balladares Macías no le consta que la víctima se andaba ofreciendo a dar masajes a personas en la institución, que no se dedicaba a trabajar, ni que es homosexual.

La representante de Fiscalía General del Estado señala que la perito María Elena Polit Ordoñez realizó una auditoría al informe psicológico presentado por la Dra. Verónica Cueva Calle, lo que significa que se trata de una pugna entre criterios de profesionales, lo cual no es válido como prueba, indicando que la primera de ellas manifestó que el informe es de carácter interpretativo.

La funcionaria de Fiscalía agrega que el testigo José Manuel Wong Llerena se refirió a la conducta en general del sentenciado y no al acto cometido en sí mismo; y, que el testigo Edison Raúl Jurado Dumes no aportó absolutamente nada sobre los hechos por los que fue condenado el recurrente, manifestando incluso que no conoce sobre lo sucedido el 26 de enero de 2016, relatando por el contrario tan solo que el impugnante es una persona intachable y tranquila.

La delegada de la señora Fiscal General del Estado expresa que la prueba presentada en la audiencia no aporta nada, pues los testigos se han limitado a decir que no saben nada, que no les consta, entre otras aseveraciones. La Dra. Zulema Pachacama Nieto añade que el revisionista formula la misma tesis que presentó en juicio y los testigos han buscado discriminar a la víctima afirmando que es homosexual, cuando los hechos son que fue abusado sexualmente.

La representante de Fiscalía General del Estado concluye mencionando que los testigos presentados en audiencia no son una prueba sólida como para destruir la calidad de cosa juzgada de la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca, por lo que solicita que se declare improcedente el recurso de revisión, por no haberse justificado la causa tercera del Art. 658 del Código Orgánico Integral Penal.

4.3. Réplica del recurrente

Jorge Danilo Yépez Triana, por medio de su defensa técnica, el Dr. Edgar Flores Mier, en ejercicio de su derecho a la réplica señala que parece que la delegada de la señora Fiscal General del Estado no estuvo atenta a las declaraciones de los testigos o estuvo escuchando otras diferentes, siendo lamentablemente un común denominador de dicha entidad el acusar por acusar.

El censor indica que José Edgar Balladares Macías dijo que J.P.A.A. le ofreció personalmente darle los masajes y que aquel le solicitó el traslado de su pareja sentimental de Guayaquil a Cuenca, que por lo tanto, no se trata de un testigo referencial, sino que es uno que conoce los hechos.

El recurrente expone con respecto a la auditoria psicológica que por supuesto que se trata de un asunto de interpretación, porque el informe presentado por la psicóloga Verónica Cueva Calle no es claro ni preciso, por lo que no se lo puede interpretar de manera certera y verídica, por ser un informe errado. El impugnante adiciona que la perito María Elena Polit Ordoñez explicó que en el informe examinado no constan los tests utilizados, por lo tanto, no se sabe si realmente fueron empleados o no, y que la conclusión no está determinada, incumpliendo también con lo dispuesto en el Art. 20.4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial.

El condenado señala que obviamente la psicóloga fue contratada particularmente, pues uno de los requisitos del recurso de revisión es la prueba nueva, que tiene que ser aportada por el impugnante, en base al derecho de libertad probatoria, que no necesariamente los peritos deben ser nombrados por Fiscalía, y que esta prueba es nueva y trascen-

dental, rompiendo así con la institución de la cosa juzgada.

El censor agrega que en cuanto al testigo Edison Raúl Jurado Dumes, aquel aseveró que se desempeñaba como su conductor, que el 26 de enero de 2016 pasaron en la oficina, donde no recibió ninguna visita de un agente de tránsito, y que claro que no conocía de los hechos, porque nunca sucedieron, que es absurdo exigirle que sepa de algo que no pasó.

Jorge Danilo Yépez Triana finaliza ratificándose en su pedido de que se acepte su recurso de revisión, toda vez que justificó la causa por la que se lo interpuso, y que se ratifique su estado de inocencia, se disponga su inmediata libertad y se dejen sin efecto las medidas cautelares ordenadas en su contra.

V. ASPECTOS JURÍDICOS DEL RECURSO DE REVISIÓN

El artículo 76, numeral 7, literal m) de la Constitución de la República del Ecuador establece que toda persona tiene derecho a: *"[…] recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se ha decido sobre sus derechos […]"*. Asimismo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 25 numeral 1, dice:

> *"1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*
>
> *2. Los Estados Partes se comprometen:*
>
> *a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
>
> *b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y,*
>
> *c) a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".*

De las disposiciones de índole constitucional y convencional referidas se desprende que en todo proceso penal se deben respetar las garantías básicas del debido proceso, y que en el caso de que una persona no se encuentre de acuerdo con la sentencia condenatoria recibida, tiene derecho a recurrir del fallo que le causa agravio. Adicionalmente, se establece que la sentencia que como resultado de un proceso que determine la responsabilidad penal, no solo debe establecer la culpabilidad o la inocencia de una persona acusada del cometimiento de una infracción, sino que tal determinación debe ser obtenida conforme a la ley por parte del Tribunal. Es decir, la sentencia condenatoria que destruye el principio de presunción de inocencia en virtud del juicio que se forma el juzgador a partir de la valoración de la prueba, no debe contener error judicial alguno. En caso de existir alguno, se trata de una sentencia injusta y el sentenciado tiene el derecho de recurrir el fallo ante el superior. (PRIETO Sanchís, Luis. "Garantismo y Derecho penal". Primera edición, Editorial Lustei, España, 2001, p. 27). Cuando se trata de un fallo o sentencia condenatoria que ha pasado ya por autoridad de cosa juzgada, el Estado garantiza al sentenciado la posibilidad de recurrir ante la Corte Nacional de Justicia, a través del recurso de revisión, todo con el propósito de que el sistema procesal sea un auténtico medio para la realización de la justicia.

El tratadista Fabio Calderón Botero afirma que, *"[…] la revisión es un medio extraordinario de impugnación que tiende a remover una sentencia condenatoria injusta que hizo tránsito a cosa juzgada, mediante un nuevo debate probatorio, por haber sido proferida con base en un típico error de hecho sobre la verdad histórica del acontecimiento delictual o contravencional que dio origen al proceso y fue tema de este […]"* (CALDERÓN BOTERO, Fabio. "Casación y Revisión en materia penal", Colombia, Editorial Temis, 1973, página 270). El tratadista Claus Roxin acerca del recurso de revisión señala que "sirve para la eliminación de los errores judiciales frente a la sentencia que ha pasado en calidad de cosa juzgada, sirve para garantizar la paz jurídica que solo puede ser mantenida si los principios contrapuestos de seguridad jurídica y justicia son conducidos en una relación de equilibrio. El procedimiento de revisión representa el caso más importante de quebramiento de la cosa juzgada en interés de una decisión judicial materialmente correcta" (ROXIN, Claus. "Derecho Procesal Penal". Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2003, p.220).

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE REVISIÓN SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR FREDDY LEONEL SALAS ESTRADA

Jorge Danilo Yépez Triana funda su recurso de revisión amparado en la tercera causa del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, que establece:

> *3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de do-*

cumentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos errados.

Acerca de este caso de revisión se ha expuesto lo siguiente: "*Cuando entre el hecho real y el que se asienta en el proceso no existe coincidencia por haber sido alterado sustancialmente a través del medio probatorio; o cuando el hecho jamás existió históricamente y el medio probatorio aparentó su existencia en el proceso, es indudable que aquellos medio probatorios son falsos, esto es, que no corresponden a la realidad histórica que pretenden probar. Si la falsedad del medio probatorio fue el fundamento para la declaración de culpabilidad del condenado se ha solemnizado judicialmente una injusticia que puede ser rectificada mediante el recurso de revisión*." (ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo X. Editorial Edino. Guayaquil, 2007, pág. 256).

El recurrente sustenta su medio de impugnación, con respecto a la causa escogida, en que la sentencia del Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca, de 12 de julio de 2017, las 12h00, se emitió en base a los testimonios falsos de la víctima, Juan Carlos Montero Ruilova y Eduardo Marcelo Monar Saltos, y en virtud del informe pericial errado de la psicóloga Diana Verónica Cueva Calle.

En cuanto a que la sentencia reprochada se dictó en razón de las declaraciones falsas de la víctima, Juan Carlos Montero Ruilova y Eduardo Marcelo Monar Saltos, el impugnante expuso que aquello se produjo por motivos de represalia de J.P.A.A., quien ante el traslado de su pareja sentimental, el señor Eduardo Marcelo Monar Saltos, a la ciudad de Guayaquil, le incriminó en los hechos por los cuales fue sentenciado.

Con el objetivo de demostrar la falsedad de los testimonios rendidos por la víctima, Juan Carlos Montero Ruilova y Eduardo Marcelo Monar Saltos, el revisionista practicó en audiencia las declaraciones de José Edgar Balladares Macías, José Manuel Wong Llerena y Edison Raúl Jurado Dumes, quienes tienen la calidad de ser nuevos testigos en esta causa.

El señor José Edgar Balladares Macías en lo principal indicó que trabaja por 30 años en la Comisión de Transito del Ecuador, que a la fecha de los hechos era Jefe Provincial de Tránsito del Azuay y que conoce al condenado por aproximadamente 32 años. El testigo relató que la víctima era chofer del vehículo de medicina legal en dicha institución y que en reiteradas ocasiones se ofreció a darle masajes y clases de artes marciales, a lo cual nunca accedió. El declarante agregó que solicitó el pase de Eduardo Marcelo Monar Saltos desde Guayaquil a la ciudad de Cuenca, por pedido de J.P.A.A. José Edgar Balladares Macías refirió que Jorge Danilo Yépez Triana ostentaba el cargo de Jefe de Operaciones de la Comisión de Transito del Ecuador en el Azuay, por lo que le correspondía controlar la flota vehicular, la asistencia al trabajo de los agentes y que en general cumplan con sus horarios y labores. El testigo señaló que el hoy recurrente detectó irregularidades en las funciones de la víctima y de Eduardo Marcelo Monar Saltos, por lo tanto, que cuando fungió como Jefe Provincial de Tránsito del Azuay Encargado, decidió cambiar a este último de vuelta a la ciudad de Guayaquil, momento desde el cual empezaron los problemas con J.P.A.A.

Por su lado, el señor José Manuel Wong Llerena manifestó en lo sustancial que trabaja por 30 años en la Comisión de Transito del Ecuador y que conoce al sentenciado por aproximadamente 32 años. El declarante mencionó que cuando se desempeñó como Jefe Provincial de Tránsito de Los Ríos conoció a la víctima, quien trabajaba como agente del departamento de Bienestar Social de la entidad, y que en el tiempo que coincidieron le llegó información de que no iba a trabajar, que descuidaba sus funciones, que bebía, que se drogaba y que se dedicaba a otras tareas como dar masajes y enseñar karate. El deponente expresó que en base a aquello habló con el jefe directo de J. P. A. A. para que tome los correctivos necesarios, pero posteriormente supo que había requerido su cambio a otra plaza. José Manuel Wong Llerena concluyó puntualizando que la víctima era irresponsable y que no permanecía mucho tiempo en determinado lugar de trabajo.

Finalmente, el señor Edison Raúl Jurado Dumes relató en lo fundamental que conoce a Jorge Danilo Yépez Triana desde hace 10 años aproximadamente y que en la Comisión de Tránsito del Ecuador ocupaba el cargo de su conductor. El testigo adicionó que el hoy impugnante nunca tuvo ningún problema con nadie y que siempre fue una persona intachable. El declarante expuso que el 26 de enero de 2016 estuvo conduciendo y en la oficina de Operaciones de la Comisión de Tránsito del Ecuador en el Azuay realizando informes, todo el tiempo en compañía del revisionista, quien no recibió la visita de ningún agente en esa fecha.

Este tribunal de revisión, de la valoración efectuada a los medios probatorios testimoniales presen-

tados por el recurrente, llega a establecer que las declaraciones vertidas por la víctima, Juan Carlos Montero Ruilova y Eduardo Marcelo Monar Saltos, de los cuales los dos últimos conocieron principalmente los hechos por el relato directo de J. P. A. A., no se adecuan a la realidad, convirtiéndolos en testigos falsos, debido a que el impugnante consiguió comprobar que la víctima, movida por razones de venganza en su contra por el traslado de su pareja, el señor Eduardo Marcelo Monar Saltos, de vuelta a la ciudad de Guayaquil, lo vinculó en la participación de unos hechos que para este órgano jurisdiccional han quedado desvirtuados, sobre todo por la declaración de Edison Raúl Jurado Dumes, quien afirmó que el 26 de enero de 2016 estuvo todo el tiempo con el impugnante, mismo que en ningún momento recibió la visita de un agente de tránsito.

Si bien es cierto que dentro de los procesos penales por delitos contra la integridad sexual y reproductiva adquiere total relevancia el testimonio de la víctima, al tratarse de infracciones que se cometen generalmente en la clandestinidad, tal como lo sostiene la doctrina autorizada y ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia, éste debe ser valorado en conjunto con los demás medios probatorios, con la finalidad de que los juzgadores puedan tener el convencimiento, mas allá de toda duda razonable, acerca de la existencia de la infracción y la responsabilidad del justiciable. Al contrario de lo examinado, este tribunal de revisión tiene el convencimiento, a partir de las declaraciones de las personas presentadas en audiencia, que la sentencia objetada se sustenta principalmente en el testimonio falso de J.P.A.A., y en ese mismo sentido de Juan Carlos Montero Ruilova y Eduardo Marcelo Monar Saltos.

Como segundo punto en que funda su recurso, el condenado plantea que la sentencia se ha dictado con base en el informe pericial errado de la doctora Diana Verónica Cueva Calle, quien realizó el examen psicológico a la víctima. El censor soporta su alegación en que el documento en que se plasma la experticia contiene varias equivocaciones, no solamente en la apreciación del diagnóstico y la determinación de las conclusiones, sino también en las técnicas utilizadas para arribar a esos aspectos, y por no cumplir con los tests allí mencionados y con los dispuesto en el Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial.

Con el propósito de demostrar que el informe pericial de la doctora Diana Verónica Cueva Calle es errado, Jorge Danilo Yépez Triana practicó en audiencia un medio de prueba pericial nuevo, consistente en la auditoría forense particular de dicho documento, a cargo de la psicóloga María Elena Polit Ordoñez, quien sostuvo que el informe analizado no contiene una metodología específica para el examen de víctimas de una agresión sexual, ni tampoco se especifica que se haya efectuado una entrevista al ofendido, los tests psicológicos utilizados, ni se exponen puntajes.

La perito indica que en el informe estudiado se menciona la utilización del test de Beck, de Escala de Impacto del Evento y el test de Rorschach. Con relación a la primera evaluación la experta expresa que en el informe no se presentan puntajes, lo que le genera la duda acerca de si el test se empleó ciertamente, y que en los resultados se afirma que existe sintomatología relevante de ansiedad, sin diferenciar si se trata de una ansiedad normal o patológica. En cuanto al test de Rorschach la doctora María Elena Polit Ordoñez expone que en el informe se hacen cuatro interpretaciones distintas, lo que llama la atención al ser una prueba extremadamente compleja, que constituye un test proyectivo de personalidad que utiliza 10 láminas, sobre las cuales no hay ninguna referencia. Por último, con respecto al test de Escala de Impacto del Evento, la perito señala que es una evaluación que mide las consecuencias de un evento traumático, y que en el informe se mencionan tres características que nada tienen que ver con eso, que no se hace un análisis de la escala alcanzada por el paciente y que se concluye que la víctima tiene un diagnóstico de ansiedad generalizada, cuando el test tiene un objeto diferente de estudio.

La experta continua manifestando que en el informe no se establece el nexo causal, esto es, que la afectación o el menoscabo es consecuencia de cierto evento traumático, lo cual se determina a partir de la temporalidad clínica o sintomatológica, donde es importante precisar si durante el tiempo examinado el individuo tuvo problemas para desempeñarse en su vida personal y familiar, generando un desgaste emocional y psicológico, situación en la cual se puede hablar de un daño de esas características.

La psicóloga añade que el informe auditado no cumple con lo dispuesto en el Art. 21.4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función

Judicial, al no estar ampliamente explicado ni sustentada la metodología, por no tener las conclusiones sustento técnico ni científico y por no contener el respaldo de bibliografía ni documentos en copias certificadas.

En definitiva la profesional expresa que el informe analizado no expone el nexo causal, que el diagnostico no está claro y que no hay sustento técnico ni científico que avalen las conclusiones, siendo el documento bastante escueto.

En cuanto a los requisitos que debe contener el informe pericial se ha expuesto*: "Es preciso que el dictamen contenga una relación detallada de las operaciones que se practicaron y de su resultado. Para cubrir adecuadamente este recaudo, es menester que el relato sea total y pormenorizado, sin omitir ninguna de las prácticas, análisis o procedimientos efectuados. El detalle debe ser completo, explicitando también cuáles fueron los instrumentos, materiales o sustancias que a tal efecto se hayan empleado. La necesariedad de este detalle está dada en virtud de que precisamente de aquí, surgirán, fundamentalmente, los datos para una adecuada valoración de la pericia, de su eficacia acreditante; pues las conclusiones a que los expertos lleguen tendrán como sustento y garantía de credibilidad la calidad de las tareas efectuadas para obtener tal opinión."* (JAUCHEN Eduardo. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 2013, pág. 37).

Por otra parte, con relación a la fundamentación del informe pericial se ha dicho: *"Así como el testimonio debe contener la llamada 'razón de la ciencia del dicho', en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable."* (DEVIS ECHANDÍA Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II*. Editorial Temis. Bogotá, 2017, pág. 323).

De la revisión del informe psicológico pericial elaborado por la Dra. Verónica Cueva Calle, a la luz de lo examinado por la Dra. María Elena Polit Ordoñez, se aprecia que el mismo sí contiene la referencia de la realización de dos entrevistas a la víctima y de los tests empleados, no obstante, la segunda de ellas tiene razón en que no cuenta con la indicación de una metodología específica utilizada para la evaluación de víctimas de una agresión sexual, ni tampoco se exponen los puntajes obtenidos de los tests aplicados, lo que genera la incógnita en este órgano jurisdiccional de si en verdad fueron aplicados y de si los estudios a la víctima fueron realizados técnicamente. De otra parte, en torno a estos tests, no se explica en el informe en que consiste cada uno de ellos, qué objetivos tienen, que herramientas lo integran, la forma de evaluar los hallazgos, sin que quede claro de qué manera se arribó a las conclusiones allí descritas y como se distingue una herramienta de otra.

Adicionalmente, como establece la Dra. María Elena Polit Ordoñez, no existe la determinación del nexo causal entre los hechos y el menoscabo sufrido por la víctima. Se expone el relato del ofendido para inmediatamente pasar a las conclusiones, sin explicar los motivos por los cuales se estima que el daño producido es consecuencia de lo relatado por J.P.A.A., por lo que este tribunal no tiene la garantía de que la situación de la víctima haya sido provocada por los actos del sentenciado. Asimismo, se puede verificar que el informe pericial objetado no cumple con lo previsto en el Art. 21.4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, en virtud de que no contiene los requisitos mínimos de inclusión de documentos de respaldo, de anexos, explicación de criterios técnicos ni las razones para alcanzar la conclusión; cuestiones que anulan su eficacia probatoria.

En resumen, como lo sostuvo la perito María Elena Polit Ordoñez, quien ha acreditado experiencia y conocimiento en su campo, el informe auditado no cuenta con el señalamiento de la metodología aplicada, ni se tiene la seguridad de que los tests que allí constan fueron realmente empleados, por lo que, además de no observar los requerimientos de orden reglamentario para este tipo de documentos, las conclusiones a las que se arriban no tienen sustento técnico ni científico, por lo que a todas luces nos encontramos frente a un informe pericial errado.

Es absolutamente necesario que un informe pericial, que busca acreditar una realidad que se escapa al conocimiento general de las personas, cuente con la indicación exhaustiva de todos los insumos utilizados para su elaboración, siga las normas legales y reglamentarias que rigen su emisión y contenga la explicación de las razones que permiten arribar a las respectivas conclusiones, siendo éstas el resultado de toda esa actividad, para que de esa

forma no se tornen en arbitrarias, ocasionando que sean desestimadas por los juzgadores, al no poseer una justificación que las haga aparecer creíbles y acertadas.

No está lejos de la verdad lo que afirma Fiscalía, de que los informes periciales plasman la opinión de un profesional, sin embargo, éstos no representan meras opiniones, sino que son criterios que deben tener sustento científico. En el campo de la psicología, que se trata de una ciencia inexacta, claro que los informes tendrán un carácter interpretativo, pero eso no significa que las conclusiones que se alcancen no deban poseer un soporte técnico que las ampare.

Del análisis de la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca el 12 de julio de 2017, las 12h00, este órgano jurisdiccional de revisión se puede percatar que para alcanzar el convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad del condenado, el tribunal acude a varios medios prueba, no obstante, soporta su decisión fundamentalmente en el testimonio de la víctima, la cual, junto con Juan Carlos Montero Ruilova y Eduardo Marcelo Monar Saltos, constituyen testigos falsos, y en la declaración de la perito Verónica Cueva Calle, quien ha elaborado un informe pericial errado; por lo tanto, al suprimir estos elementos de prueba, no se tiene que Jorge Danilo Yépez Triana haya ejecutado sobre J.P.A.A., o lo haya obligado a ejecutar sobre sí mismo, actos de naturaleza sexual, en contra de su voluntad, consiguientemente, no se cumplen los elementos típicos del delito de abuso sexual, previsto en el Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal.

En definitiva, el tribunal de primer nivel cometió un error de hecho, esto es, un yerro al momento de establecer la premisa fáctica de su resolución, debido a los testimonios falsos de algunas personas, entre ellos la víctima, y la equivocación del informe pericial psicológico, por lo cual, el ejercicio posterior de subsunción del caso concreto a la norma está viciado, al no corresponder los acontecimientos demostrados con la hipótesis de la disposición referida, lo que significa que, al haber justificado el recurrente la causa tercera del Art. 658 *ibídem*, o lo que es lo mismo, que la sentencia condenatoria se dictó en virtud de testigos falsos y un informe pericial errado, se ha destruido su calidad de cosa juzgada y de la decisión alcanzada en su contra.

VII. RESOLUCIÓN

Sobre la base de las consideraciones expuestas, este Tribunal de Revisión 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**, de conformidad con el artículo 660.3 del **Código Orgánico Integral** Penal, por unanimidad, resuelve: **1)** Declarar procedente y aceptar el recurso de revisión interpuesto por JORGE DANILO YÉPEZ TRIANA, por haberse justificado la presencia de un error de hecho en la sentencia impugnada, vinculado con la causa tercera del Art. 658 *ibídem*, consecuentemente, se revoca la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca el 12 de julio de 2017, las 12h00, y se ratifica su estado constitucional de inocencia. **2)** Se dejan sin efecto las penas de multa y de pérdida de los derechos de participación impuestas al recurrente, así como el pago de los daños y perjuicios y las medidas de protección dispuestas a favor de la víctima, debiendo oficiarse con el contenido de esta resolución al Departamento Financiero del Consejo de la Judicatura y al Consejo Nacional Electoral, en lo que corresponde, para su efectivización. **3)** Se deja constancia que al tratarse de una sentencia que ratifica el estado de inocencia del impugnante, oportuna e inmediatamente, al momento de anunciar la decisión oral, se ordenó el cese de su privación de la libertad, emitiéndose la respectiva boleta de excarcelación, la cual fue remitida a las entidades correspondientes. **4)** Devuélvase el expediente al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.- **Notifíquese, devuélvase y publíquese.-**

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL; Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL.

XII

Juicio Nro. *17721-2011-0103*
Resolución Nro.*1413-2020*
Fecha*: 13 de octubre del 2020, las 14h23*

TEMA: Figura del encubridor en el Código Penal y su equivalencia en el Código Orgánico Integral Penal.

ASUNTO
La Fiscalía inicia la acción penal pública en contra de M. C. R. P. como encubridora del delito de peculado, ocurrido en una entidad bancaria. En este caso se discute la figura del encubridor, regulada en el artículo 48 del Código Penal, y se lo coteja con los presupuestos que establece el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal.
RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA:
El Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha señala que, con los testimonios y pruebas físicas aportadas al proceso, se ha podido demostrar el nexo causal entre la infracción y la responsabilidad penal de los procesados, por lo que resuelve declararlos culpables por el delito de peculado y, en cuanto a M. C. R. P., el tribunal, al no tener certeza de su responsabilidad penal, resuelve confirmar su inocencia, desestimando la acusación como encubridora del delito de peculado.
RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA
El tribunal de la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con las pruebas aportadas, aduce que la participación de la procesada para la comisión del delito de peculado fue bajo la figura de encubridora, por lo que reforma la sentencia subida en grado y resuelve condenar a M. C. R. P., en calidad de encubridora, conforme lo establece el artículo 44 del Código Penal, imponiéndole la pena de tres años de reclusión mayor ordinaria.
RESUMEN DE CASACIÓN
El tribunal de la Sala Temporal Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia analiza la relación entre el riesgo permitido y el principio de confianza, y determina que la recurrente sabía y había participado del ilícito acusado, sin embargo, señala que la sentencia recurrida ha inobservado el mandato legal contenido en el artículo 48 del Código Penal respecto de la pena, por lo cual el tribunal declara procedente el recurso de casación y revoca parcialmente la sentencia impugnada, corrige el error e impone a M. C. R. P. la pena de dos años de prisión correccional.

RECURSO DE REVISIÓN
Juicio No. 17721-2011-0103
Jueza Ponente: Dra. Dilza Muñoz Moreno

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, 13 de octubre del 2020; las 14h23.

VISTOS:
Una vez agotado el trámite legal y por ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo, se considera.

Antecedentes

Los hechos reseñados por el Tribunal *Aquo*, se resumen a lo siguiente:

> "*El día lunes, 6 de septiembre del 2010, el señor Luis Buitrón, cajero de la bóveda del Banco Internacional advirtió una diferencia en el contenido del documento " balance del cajero" que no guardaba relación con el que había elaborado e impreso en la tarde del día viernes 3 de septiembre del 2010, ya que en dicho balance aparecían cinco solicitudes de dinero que sumaban la cantidad de US 200.000,oo que él no había pedido a bóveda ante tal anomalía ha procedido a revisar en el sistema informático del Banco Internacional y comprobó con sorpresa, que esos cinco requerimientos habían sido reversados al final del mismo día viernes 10 de septiembre del 2010, que el señor Buitrón concluyó sus labores a las 17h00 y dejó impreso su balance de cajero que él había elaborado. Que cuando el señor Rosero había llegado de la Casa de la Moneda le había manifestado que necesitaba su ayuda y que después le comentaba.- Que según el señor Rosero desde el mes de mayo del 2010, había un faltante del US 600.000,oo los mismos que estaba a cargo del señor Fernando Calvopiña, ex funcionario de la Bóveda del Banco Internacional y que el mes de agosto del mismo año un señor se había acercado a realizar un deposito por 127.500,oo, imputable al faltante, y que los 472.500,oo, no se ha podido ocultarlos por más tiempo*."[1] (Sic.)

El 8 de febrero del 2012, mediante sentencia emitida por el Primer Tribunal de Garantdías Penales de Pichincha, se resolvió DECLARAR LA CULPABILIDAD de: Fausto Fernando Calvopiña Valdiviezo, como autor del delito de peculado, previsto en el Artículo 257 del Código Penal, imponiéndole la pena de 8 años de reclusión mayor ordinaria; de Christian Omar Rosero García, como cómplice del mismo delito, imponiéndole la pena modificada de 2 años de prisión correccional, y de MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARINA, el Tribunal de juicio resuelve ratificar su estado de inocencia, "… por no tener la certeza de que la misma es responsable de la infracción que se juzga …"; fallo del cual, el acusador particular, Dr. José Hennoc Romero Soriano, Vicepresidente y representante legal del "Banco Internacional"; Christian Omar Rosero García y Mayeli Carolina Ruiz Paucarina, plantearon recursos de apelación.

El 31 de mayo del 2012 (conforme consta a fojas 531 y siguientes), a PRIMERA SALA DE GARANTÍAS PENALES DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA, mediante sentencia aceptó únicamente el recurso planteado por la acusación particular: Dr. José Hennoc Romero Soriano, Vicepresidente y representante legal del "Banco Internacional"; por lo que revocó la resolución subida en grado y declaró al procesado Christian Omar Rosero García coautor del delito de peculado contenido en el artículo 257 del Código Penal, a quien le impuso la pena de ocho años de reclución mayor ordinaria; mientras que, en relación a MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARINA, la condenó como ENCUBRIDORA del delito referido *ut supra*, en concordancia con el artículo 44, ibídem, imponiéndole la pena respectiva de 3 años de reclusión mayor ordinaria; sentencia de la cual, MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARINA, presentó recurso de casación.

El el 27 de agosto del 2013, las 10h00, (como consta a fojas 542 y siguientes), la Sala Temporal Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, integrada por los jueces doctores: Luis Quiroz Erazo, Edmundo Rene Bodero Cali y Juan Salazar Almeida[2], aceptaron el recruso planteado; por lo que, revocan parcialmente la sentencia recurrida y corrigiendo el error, se impone a la recurrente, la pena de DOS AÑOS de prisión correccional.

Conforme consta a fojas 554 y siguientes, c los sentenciados Christian Omar Rosero García y YELI CAROLINA RUIZ PAUCARIMA, plantearon acción extraordinaria de proteción; y, en sentencia de fecha 27 de marzo del 2014, las 13h51, la Sala

[1] Véase cuaderno de primer nivel: cuerpo 6; fojas quinientos cinco (505)

[2] En el referido fallo se ha indicado: "Avocaron conocimiento del recurso de REVISIÓN (así consta también fundamentado por el Tribunal), deducido por la sentenciada MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARINA, contra el fallo emitido con fecha 31 de mayo del 2012 por parte de la Primera Sala de Garantías Penales de La Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que reformó la sentencia dictada por el primer tribunal de garantías penales de Pichincha, y en su defecto dictó sentencia condenatoria en contra de la nombrada MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARIMA, imponiéndole la pena de TRES AÑOS de reclusión mayor ordinaria, como ENCUBRIDORA del delito de peculado". La decisión a la que arribó esta Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, es que, declarándose procedente el recurso de CASACIÓN (sic),

de Admisión de la Corte Constitucional resuelve INADMITIR a trámite esta acción.

Una vez ejecutoriado el fallo condenatorio, a fojas 615 y siguientes, el sentenciado Christian Omar Rosero García interpuso recurso extraordinario de REVISIÓN, y el 25 de marzo del 2015, las 17h45, la Sala Penal, Penal Militar, Penal Plicial y Tránsito de la Crte Nacional de Justicia mediante sentencia, en el numeral 9 y 9.1 se expresa por parte del Dr. Victor Aníbal Chalá Morales, defensa técnica de la sentenciada MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARIMA, que ésta no interpuso recurso de revisión, pero que solicita se aplique el principio de favorabilidad, "ya que en el nuevo régimen legal ya no existe la figura del encubridor". Por lo que el Tribunal, respecto a esa petición hizo énfasis en el contenido del Artículo 5 del COIP, que en su numeral 2 señala "Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menor rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción"; igualmente se refiere la Sala indicada al principio temporal de aplicación previsto en el Artículo 16 del COIP, que en su numeral 2 señala: "Se aplicará la pena posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia". Todo lo anterior con sustento en el Artículo 76.5 de la Constitución de la República del Ecuador que proclama el principio de favorabilidad recogido en el COIP.

A continuación, dicha sentencia elabora un cuadro comparativo respecto al contenido de los Arts. 41 al 44 del Código Penal versus los Arts. 42 y 43 del COIP, distinguiendo que mientras en el primero son responsables de las infracciones los AUTORES, CÓMPLICES Y ENCUBRIDORES, en el segundo prescribe que "Las personas participan en la infracción como AUTORES o CÓMPLICES. Es decir, mientras que la figura del ENCUBRIDOR que se detalla o suministra los parámetros para este tipo de participación estaba previsto en el Artículo 44 del Código Penal, en el COIP se elimina el encubrimiento como participación, pero se crea en cambio el tipo penal que en su Artículo 272 contiene la conducta punible del fraude procesal, constando en su inciso segundo, los mismos parámetros señalados para quien encubre, según el Artículo 44 del Código Penal, pero ya no como participación, sino como delito autónomo.

El razonamiento y conclusión a que llega la indicada Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, integrada a esa fecha (25 de marzo del 2015), con los jueces doctores Vicente Robalino Villafuerte, Jorge Blum Carcelén y Zulema Pachacama Nieto, en la indicada sentencia producto del recurso de REVISIÓN intentado por el sentenciado Christian Omar Rosero García, respecto a la petición de aplicación del principio de favorabilidad de la no recurrente sentenciada MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARIMA, es que los hechos por los que se sancionó a la nombrada ciudadana como encubridora y a l resto como coautores, siguen siendo punibles en el Código Orgánico Integral Penal y la sanción actual del COIP es mayor a la impuesta, esto refiriéndose al delito de peculado; que en cuanto a la pena establecida en el artículo 45 del Código Penal para el grado de participación como ENCUBRIDOR estaba prevista en una cuarta parte de la pena resuelta para los autores, por ello es que a la nombrada ciudadana le cupo la pena de 2 años de privación de libertad.; de ahí que, el Tribunald e revisión hizo norar que el COIP sí contempla la figura del encubridor, ya no como grado de participación, sino como un delito contra la tutela judicial efectiva. Que por lo tanto, al seguir siendo punible el encubrimiento, ya no como participación, sino como un delito autónomo, quien actúe como encubridor sigue siendo sujeto de punibilidad. Por lo tanto, se indica que no hay mérito para aplicar el principio de favorabilidad.

En ese contexxto, la procesada MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARIMA, conforme consta a fojas 748 y siguientes, presentó recurso de revisión por la causal 5 contenida en el artículo 360 CPP, mismo que recayó para su conocimeitno en este Tribunal de la Sala Penal, Penal Militar Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

Sustanciación del recurso de revisión

A la presente sentencia de revisión que pone fin al recurso interpuesto por el recurrente, la anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez.

- Providencia dictada el 8 de diciembre de 2018, las 11h08, por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, en la que se concede el recurso interpuesto.
- Acta de resorteo de la causa No. 17241-2011-0103, efectuado por la presidencia de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, el 25 de agosto de 2020, mediante la cual se radicó la competen-

cia en el Tribunal de revisión.

- Audiencia de fundamentación del recurso de revisión en la que fueron escuchados: en representación de la señora Fiscal General del Estado, el señor doctor Raúl Garcés Llerena; en representación de la procesada MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARIMA, el defensor público, doctor Germán Jordán; en representación de los procesados no recurrentes Fausto Fernando Calvopiña Valdiviezo y Christian Omar Rocero García, la defensora pública Teresa Andrade Bravo; en representación del acusador particular no recurrente José Henoc Romero Sariano, representante legal del Banco Internacional, el abogado José Molina Gallegos.
- 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; en relación a la consulta absuelta el 11 de diciembre de 2015 por el Pleno de la Corte Nacional, que en lo pertinente señala lo que sigue: *"Los procesos penales que se iniciaron con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben tramitarse y concluirse según el Código de Procedimiento Penal"*; por lo tanto, 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 (en adelante CP y CPP)

INTERVENCIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES.

Fundamentación del recurso de revisión por parte de la defensa técnica de la recurrente MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARIMA, a cargo de su defensa técnica el defensor Público Germán Jordán:

"Me ha correspondido hacer la fundamentación del recurso de casación contra la sentencia de dos años de prisión correccional por considerar que mi patrocinada es encubridora en el delito de peculado bancario. Con fecha 08 de febrero de 2012, el Tribunal de Garantías Penales de la provincia de Pichincha ratifica el estado de inocencia de mi defendida; la acusación particular apela y la Sala Penal de la Corte Provincial el 31 de mayo de 2012 dicta sentencia declarando la culpabilidad en el grado de encubridora de mi defendida la señora Mayely Ruiz, imponiéndole una pena privativa de libertad de tres años de reclusión mayor ordinaria; se presenta un recurso de casación y la Corte Nacional de Justicia con fecha 27 de agosto del 2013 acepta el recurso y modifica la sentencia poniéndole a mi defendida una pena de dos años de prisión correccional. La sentencia que con este recurso atacamos es la sentencia donde se dicta la culpabilidad de mi defendida en el grado de encubridora, esto es la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y también la sentencia de la Corte Nacional de Justicia la cual modifica la pena a dos años de prisión correccional. Con estos antecedentes presentamos el recurso de revisión amparados en el Código de Procedimiento Penal que es la norma vigente en ese entonces, con la que fue mi defendida sentenciada. El articulo 360.5 manifiesta (abogado lee la parte pertinente de la norma a la cual hace alusión), en este caso nosotros vemos que el artículo 41 del Código Penal prescribe (abogado lee la parte pertinente de la norma a la cual hace alusión). El Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014, con el que se publica el Código Orgánico Integral Penal y que entra en vigencia el 10 de agosto del 2014, con respecto a la participación nos indica en el artículo 41 del COIP, que las personas que participan en la infracción son autores o cómplices, es decir que el tipo penal de encubridor ya se suprime y aquí nosotros tenemos que acogernos a los principios procesales del Código Orgánico Integral Penal, es decir nulla poena sine lege, es decir no hay pena sin ley y sobre el principio de legalidad en el artículo primero dice que no hay infracción penal, pena ni proceso penal sin ley previa, es decir existía una pena, un tipo penal de participación que es de encubridor pero este se suprime y en los actuales momentos ya no existe, y el numeral dos del artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal habla de favorabilidad y dice que en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior; también el artículo 16 del Código Orgánico Integral Penal numeral dos, nos habla del ámbito de aplicación que manifiesta que se aplicará la ley penal más benigna sin necesidad de petición incluso nos dice, de preferencia sobre la ley penal vigente a tiempo de ser cometida la infracción, esto en concordancia con el artículo 76.3.5. La prueba que esta defensa adjunto a su pedido y que se encuentra en el expediente es el Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014, el cual se encuentran en el cuerpo ocho, de fo-

jas 676 a 747. Estamos convencidos que nos encuadramos en la causal quinta del artículo 360, lo que implica que se haya promulgado una ley posterior más benigna. La petición que esta defensa hace es que se acepte el recurso extraordinario de revisión, se declare la extinción de la pena de conformidad al artículo 72.2 del Código Orgánico Integral Penal que dice sobre la extinción del delito o de la pena por ley posterior más favorable, y por ser este recurso de revisión solicitamos que se restituya el estado constitucional de inocencia de mi defendida la señora Mayely Ruiz Paucarina y se levanten todas las medidas de carácter real y personal que pesan sobre ella". (Sic.)

En contestación a lo planteado el delgado de la señora Fiscal General del Estado, doctor Raúl Garcés Llerena, indicó:

"Las normas que han sido pronunciadas por el abogado defensor de la persona recurrente traen consigo un beneficio de favorabilidad. Se ha indicado respecto a las sentencias a las cuales hace relación para solicitar que se aplique la favorabilidad, pero no se ha indicado qué es lo que dice la sentencia dictada el 25 de marzo del 2015, a las 17h45, en este caso perseguido por el delito de peculado en contra de la señora Mayely Carolina Ruiz Paucarina y otros dos procesados más; en esta sentencia de revisión respecto a este mismo caso la Sala Penal integrada por los señores jueces doctores Vicente Robalino Villafuerte, Jorge Blum Carcelén y la señora Conjueza señora Zulema Pachacama Nieto, en el considerando noveno manifiesta sobre la intervención de la defensa técnica de la ciudadana Mayely Carolina Ruiz Paucarina, y específicamente en el considerando noveno punto uno, la defensa solicita se aplique el principio de favorabilidad ya que en el nuevo régimen legal, esto es el Código Orgánico Integral Penal, ya no existe la figura del encubridor; al respecto el criterio de esta Sala es el siguiente, considerando nueve punto dos y nueve punto tres, "de las decisiones judiciales y normas citadas se desprende", en el punto tres dice, "el COIP contempla la figura del encubridor y no como grado de participación sino como un delito a la tutela judicial efectiva"; continuando en el numeral nueve punto catorce dice: "en conclusión no cabe la alegación de la defensa técnica de la recurrente pues la figura que se consideró de encubridor sigue siendo punible en el actual régimen penal"; en el considerando nueve punto quince dice: "por lo expuesto este Tribunal de Revisión no encuentra en este caso respecto de la tipificación del acto y de la punición que el Código Orgánico Integral Penal contenga norma benigna que deba aplicarse con efecto retroactivo en favor de las personas con condena", respecto de lo cual la Fiscalía solicita que se analice esta sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Nacional en un recurso de revisión y por lo tanto no está de acuerdo con lo solicitado por el señor defensor de la señora Mayely Carolina Ruiz Paucarina, y por ende se rechace este recurso de revisión". (Sic.)

Contestación al recurso por la acusación particular (Banco Internacional), representado legalmente por el señor José Henoc Romero Soriano, asistido en la defensa técnica por parte del doctor José Molina Gallegos:

"El recurso de revisión como ustedes mejor que nadie lo conoce constituye un mecanismo extraordinario y el ataque procesal a una sentencia que goza de autoridad de cosa juzgada en lo formal y material, en tal virtud es un recurso extraordinario en el cual se va constreñir esta situación, tal es así que el propio maestro Roxin menciona en su obra "Derecho Procesal Penal", que es el caso más importante para la ruptura de la firmeza jurídica en el interés de una decisión materialmente correcta, pagina 691. Quien a intentando fundamentar el presente recurso no ha hecho referencia a los hechos que obedecieron y provocaron la emisión de una sentencia de condena, consecuentemente no me referiré a los mismos. El artículo 82 de la Constitución habla del derecho a la seguridad jurídica que es el que ustedes están llamados a garantizar, en efecto, para conocimiento de ustedes se provocó un perjuicio de más de seiscientos mil dólares al Banco Internacional con la participación de la hoy recurrente la señora Mayely Ruiz Paucarina, situación que está fuera de discusión, sin embargo en la intervención del colega el doctor Jordán se ha cometido un error garrafal, y es que el recurso de revisión no puede caber contra dos sentencias, nuestro colega ha mencionado que propone el recurso sobre la sentencia del 31 de mayo del 2012, a las 12h02, por el cual la Corte Provincial de este distrito, declaró la responsabilidad penal de la hoy recurrente en el grado de encubridora, esta sentencia obra a fojas 531 a 540 y es su

participación según el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal. De igual manera se intenta fundamentar otra sentencia, la del 27 de agosto del 2013, a las 10h00, por la cual se aceptó el recurso de casación y se corrigió un error que consistía en que debía aplicarse una pena en la cuarta parte al encubridor, no se dijo que no existía responsabilidad y que habría otro error in judicando sino que la pena correspondiente era de dos años, pero se olvida decir que obra de fojas 554 a 555 una acción extraordinaria de protección en la cual la Corte Constitucional inadmitió el recurso consagrando que la Corte y la administración de Justicia actúo observando las garantías constitucionales. Con estos antecedentes vale indicar para que ustedes tomen en cuenta al momento de resolver, que en el artículo 360.5 del Código de Procedimiento Penal con el cual se está sustentando el presente recurso, reza que habrá lugar el recurso de revisión cuando hay una ley más favorable, más benigna, lo cual lleva a que ustedes como juzgadores garantistas del debido proceso analicen dos situaciones, la primera que la favorabilidad implica la supresión del tipo penal, consecuentemente que el legislador haya retirado del catálogo de delitos una conducta penalmente relevante, en este primer factor esto no ha sucedido puesto que el legislador no solamente no ha despenalizado sino que tanto ha tutelado la seguridad jurídica que ha consagrado como un acto independiente y así consta referido en la sentencia, que el señor representante de la Fiscalía realizó en la foja 675. La Corte Nacional de Justicia de la Sala de lo Penal hace una comparación y el texto del encubrimiento es idéntico al del artículo 272.2 del fraude procesal en el COIP, evidentemente no ha desaparecido la conducta penalmente relevante, y la segunda posibilidad que cabría la figura de la favorabilidad es que si la pena con la nueva ley fuera menor, consecuentemente esto tampoco ha sucedido, tanto así que la Corte Nacional de Justicia casó la sentencia y aplicó una pena de dos años para la hoy recurrente, en consecuencia no cabe la aplicación del principio de favorabilidad, pero también llamó la atención a la defensa técnica de la señora Mayely Ruiz, porque en efecto el señor representante de la señora Fiscal General ya lo precisó, que de fojas 615 a 636 del expediente ya consta la sentencia dictada en el proceso de revisión No. 830-2012, sentencia dictada el 25 de marzo del 2015, a las 17h45, en la cual se conoció el recurso de revisión de otros de los procesados el señor Christian Rosero, pero a fojas 633 y 634 consta la intervención de la defensa técnica de la señora Mayely Ruiz quien ha mencionado que se conozca el tema de la favorabilidad. Solamente quiero mencionar que la Corte ya ha referido que no hay una despenalización del tipo del encubrimiento, todo lo contrario, se ha consagrado como tipo penal autónomo y dice en el nueve punto catorce, página 635 vuelta, "no cabe la alegación de la defensa técnica de la señora Mayely Ruiz pues la figura que se habló de encubridor sigue siendo punible en el actual régimen penal". Pido a ustedes tomar especial atención a la sentencia número 04014-CC de la Corte Constitucional en la cual este organismo de control constitucional nos indica que incumbe al poder judicial aplicar de forma uniforme sus propios precedentes, extendiendo a los casos futuros el mismo trato de aquellos dados en el pasado, esto nos llama la atención para aplicar el principio de congruencia procesal, porque si ya la misma Sala de la Corte Nacional, evidentemente otros señores jueces, uno de ellos que lastimosamente ya partió el doctor Robalino como Juez Ponente, ha dado un criterio al respecto, llama la atención el regularizar y tener el mismo tratamiento para casos futuros, más aún cuando no se ha despenalizado la conducta. También impugno la prueba que intenta actuar la recurrente porque se trata de la norma del Código Orgánico Integral Penal y como todos sabemos el derecho no se prueba, en tal virtud por las razones expuestas pido desechar por improcedente el recurso y por haber sido ya presentado en ocasión anterior, además que no existe favorabilidad que ustedes deban aplicar ya que como lo indica la obra "La Función Garantista del Proceso Penal" la retroactividad de la ley más beneficiosa rige cuando la punibilidad del hecho es derogada, en el presente caso insisto no ha sido derogada". (Sic.)

Intervención de la doctora Teresa Andrade Robayo, abogada defensora Pública que interviene por los derechos de los sentenciados no procesados Fausto Fernando Calvopiña Valdiviezo y Cristian Omar Rosero García, manifestó:

"Por cuanto no se ha vulnerado ningún tipo de derecho ni constitucional o legal esta defensa nada tiene que alegar en cuanto a los sentenciados no

recurrentes". (Sic.)

En el derecho a la réplica a las alegaciones anteriores, la defensa técnica de la recurrente MAYELY CAROLINA RUIZ PAUCARINA, expuso:

"Con respecto a lo manifestado por el señor representante de Fiscalía y el abogado de la acusación particular debo de ser enfático. Fiscalía me dice que porque no he mencionado el antecedente de la sentencia de 25 de marzo del 2015, en el cual hay un recurso en revisión, el recurso de revisión es netamente personal, no es como el de casación en el cual los jueces pueden actuar de oficio, incluso ellos pueden ver qué aplican o no aplican, y si hay varios procesados esto se hace extensivo a los otros procesados; esto no ocurre en el recurso de revisión, y debo manifestar que el 25 de mayo en la sentencia el recurrente de revisión es el señor Cristián Omar Rosero García y el defensor que compareció por la señora Mayely Carolina Ruiz por el derecho de los no recurrentes, solicita que se aplique la favorabilidad, pero no es que ella presentó el recurso, porque solamente se puede presentar un solo recurso por cada causal, aquí no es que ella presentó o que el recurso le fue negado a ella por lo cual es completamente válido el recurso que nosotros hemos presentado. El criterio de los señores jueces de ese entonces no es vinculante, los jueces pueden cambiar de criterio conforme a su razonamiento, a su experiencia y a lo que ellos crean más ajustado a los hechos y al derecho. Nosotros hace algún tiempo teníamos un fallo de triple reiteración donde se decía que las sustancias en el delito de tráfico de sustancias estupefacientes debían de ser sumadas para la pena, posteriormente la misma Corte cambia de criterio e indica ahora debe existir un concurso ideal y debe ser sancionado por la pena más alta, con esto indico que es solamente un criterio, ni siquiera es un fallo de triple reiteración, esto no es vinculante y ustedes pueden resolver libremente de acuerdo a su propio criterio; además de lo que indica que no se ha despenalizado el tipo penal debemos indicar que ahora es otro tipo penal, es otro delito totalmente aparte, estamos hablando de fraude procesal que es autónomo e independiente, no así sucedía con la participación que era antes autor, cómplice y encubridor y que estaba íntimamente relacionado al tipo penal que se cometió, en este caso, al tipo penal de peculado bancario; claro nosotros no hemos mencionado los hechos porque nuestro recurso de revisión no se fundamenta en los hechos sino en el numeral 5 del artículo 360, que dice cuando se haya formulado una ley más favorable o más benigna. Con respecto a la sentencia que ataco es obvio que es contra la sentencia de la Corte Provincial, pero sin embargo tengo que mencionar la sentencia de la Corte Nacional porque hay una modificación en la pena, ya no es de reclusión mayor ordinaria sino que es de prisión correccional de dos años, y por eso se menciona esta sentencia, la sentencia que ataco es donde se declara la culpabilidad de mi defendida en calidad de encubridora, por lo expuesto esta defensa solicita que se verifique con respecto a la prueba presentada, es claro que nosotros estamos hablando que no se prueba desde la ley. Solicitamos que se acepte el recurso de revisión por haberse justificado la causal del numeral cinco del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, se extinga la pena de conformidad con el artículo 72.2 del Código Orgánico Integral Penal y por ser éste un recurso extraordinario de revisión solicito que se reestablezca el estado constitucional de inocencia de mi defendida y se cancelen todas las medidas cautelares de carácter personal y real que pesan sobre ella". (Sic.)

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE REVISIÓN.

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. 209-2017, 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 reemplazarán en sus funciones a las y los salientes.

El 26 de enero de 2018, 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 Resoluciones No. 01-2015 de 28 de enero de 2015 y 01-2018, de 26 de enero de 2018, conformó sus seis Salas especializadas según le faculta el COFJ 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 17 de julio de 2013.

Asimismo, el mencionado órgano emite el respectivo instructivo para la distribución de causas en caso de renovación parcial de los miembros de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 02-2018, de 01 de febrero de 2018.

En ese sentido, y en virtud de la Resolución 197-2019, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, el 28 de noviembre de 2019, y de acuerdo a los oficios Nos. 2367-SG-CNJ-ROG, 2366-SG-CNJ-ROG y 2278-SG-CNJ-ROG, suscritos por la señora doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se designó a la señora doctora Dilza Muñoz Moreno, Jueza Nacional (E) ponente, para que actúe en remplazo de la señora doctora Sylvia Sánchez Insuasti, ex Jueza Nacional, integrando el Tribunal con los señores doctores Iván León Rodríguez y David Jacho Chicaiza, Jueces Nacionales (E), quienes actúan en remplazo de los señores doctores Miguel Jurado Fabara y Edgar Flores Mier, ex Jueces Nacionales.

ESTUDIO JURÍDICO DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO

Este Tribunal aceptó a trámite el recurso de revisión presentado por MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARIMA, únicamente por la causal 5ta, del artículo. 360 del Código de Procedimiento Penal con el que se sustanció esta causa, es decir "**cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna**".

El encubrimiento como rango de participación, según los artículos 41 y 44 del Código Penal, en cualquier delito que fuere, no solamente en el peculado respecto de esta causa, sino en toda conducta penal, evidentemente desapareció, quedando únicamente como participantes en un delito los autores y cómplices. Mientras que en el actual COIP el encubrimiento con las mismas características que se encontraban desarrolladas para un grado de participación, como ayuda al autor del hecho, además de otras, pasaron a conformar un delito autónomo, pero ya no con la condicionante de existir un autor a quien colabora ex post, sino como quien actúa y adecúa su conducta conforme los elementos previstos en el artículo 272 COIP, en ese sentido, no se trata de recibir una pena condicionada a la de los autores, sino que el encubridor se convierte en autor, por ello es que la sanción para quien inserta su conducta en el tipo mencionado en líneas anteriores, como autor, puede tener una pena que va entre 1 y 3 años, sin porcentajes de acuerdo a la actuación de otro, como es en el caso del encubridor en el Código Penal.

Entonces necesariamente hay que diferenciar a quien actúa como sujeto principal de un delito y a quien lo hace supeditado al delito de otro.

Por ello, es importante tomar en cuenta que al desarrollar lo que es el encubrimiento, porque quien se subsume en el contenido del artículo 272 del COIP no está supeditado a lo que pase con el autor de otro delito, como ocurría con la participación en encubrimiento del Código Penal, sino que per sé es el sujeto principal, cuya conducta no depende de otro sino de su accionar encuadrado en el contenido de la norma señalada supra.

Entonces, de todo lo anteriormente señalado y argumentado, se desprende que la acción típica en la modalidad de colaboración personal como encubridor, según la concepción del Código Penal, consiste en ayudar a los culpables de un delito (autores o cómplices), esto con la finalidad de eludir o evitar la investigación, porque la actuación ex post del encubridor es para que no se encuentre la evidencia del delito, pero además la figura del encubridor debe aparecer en la misma investigación, en el mismo hecho, en el mismo proceso, no así con el delito de encubrimiento previsto en el artículo 272 COIP, como delito autónomo.

Por ende, no es lo mismo decir que quien actúo como encubridor en determinado hecho conforme el procedimiento penal anterior, pueda ser considerado como tal, con esa misma figura de participación en el COIP, pues, ese tipo de participación ya no existe, sino como una conducta principal y autónoma.

El Código Penal en su artículo 2, señala que nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse. Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

Lo explicado anteriormente queda en relieve el principio de favorabilidad. Al respecto, el artículo 76.5 de la Constitución de la República del Ecuador 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: (…) 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará*

la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. (…)". (Subrayado fuera del texto)

Por lo tanto, de tales formulaciones, con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el 10 de agosto de 2014, el artículo 5.2 ibídem, determina: *"E1 derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, 1os instrumentos internacionales ratificados por el tratado u otras normas jurídicas, se regirá por 1os 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. (…)";* de igual manera, el artículo 16.2 del mismo cuerpo legal señala*: "Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán 1as 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. (…)".*

Por su parte, el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos indica: *"(…) Tampoco se puede imponer una 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."*.

De igual forma, el artículo 15, inciso primero, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo 37, publicado en el R.O. 101 de fecha 24 de enero de 1969 manifiesta: *"(…) Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."*[3]. En tal virtud, *"(…) cualquier ciudadano tiene el derecho de beneficiarse de las posteriores valoraciones sociales que consideren su accionar menos lesivo, merecedor de una pena menor (…) es factible una aplicación retroactiva de la ley más benigna."*[4].

En el caso de análisis, es el acto de encubrir, tapar, esconder, el producto de la infracción de peculado, lo que produce que se considere a quien actúa de esta manera como encubridor de ese hecho. Pero esta forma de ayuda, en esas condiciones, pasó a ser un delito independiente que merece un tratamiento procesal como tal, pues para que se cometa un delito de encubrimiento en este sentido, el hecho encubierto tiene que estar dentro de una lista de delitos concretos, como es el peculado, pero no requiere su persecución dentro de la investigación del peculado, sino que se lo da un tratamiento independiente.

Tan diferente es el tratamiento procesal entre el encubrimiento como participación, y el encubrimiento como delito autónomo, que inclusive quien es condenado por este delito creado en el COIP, podría merecer pena agravada o atenuada, según las circunstancias del hecho, lo que no ocurre en el cálculo de la pena del encubridor como participación en el Código Penal.

Necesaria era la formación del encubrimiento como delito autónomo por parte del Legislador, porque bien puede suceder que sin embargo de haber recibido una sentencia el autor de un delito, posteriormente se descubre a quien participó en actos de encubrimiento, entonces, allí se materializa el ***ius puniendi*** del Estado respecto a este injusto penal. Es así que, quien actúa bajo los parámetros del artículo 272 COIP implica que su conducta será típica, antijurídica y culpable.

Así las cosas, por los argumentos expuestos, es evidente que habiendo desaparecido la figura del encubridor como participación, la ciudadana recurrente MAYELY CAROLINA RUIZ PAUCARIMA, no puede ser considerada como encubridora

---

[3] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.1.- "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá 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".

[4] RUSCONI, Maximiliano. Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición. Buenos Aires, Ad-hoc, 2009, p. 92.

bajo la actual normativa contenida en el Código Orgánico Integral Penal.

DECISIÓN

En vista de las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** declara procedente el recurso de revisión respecto de la causal 5 contienda en el artículo 360 CPP planteado por la recurrente **MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARIMA**; en ese sentido, con base a las normas constitucionales, supranacionales y legales citadas a lo largo de la presente resolución, procede la aplicación del principio de favorabilidad; y, en cumplimiento del contenido del artículo 2 del Código Penal, con el que se sustanció esta causa, en concordancia con el artículo 72.2 COIP, se declara extinguida la pena, por consiguiente se restituyen sus derechos de inocencia, cancelándose todas las medidas punitivas de carácter personal y real que pesan en su contra de la prenombrada ciudadana.- Emítase por secretaría de esta Sala los oficios correspondientes para el efecto, así como la boleta de excarcelación, en caso de estar privada de la libertad.

f) Dra. Dilza Muñoz Moreno, JUEZA NACIONAL (E) PONENTE; Dr. Iván León Rodríguez, JUEZ NACIONAL (E); Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E).

XIII

Juicio Nro. *17243-2014-0007*
Resolución Nro. *1768-2020*
Fecha: *28 de diciembre 2020, las 11h48*

TEMA: El dolo como elemento subjetivo del delito de peculado.

ASUNTO

La Fiscalía inicia la acción penal pública en contra del señor M. S. C. C., por el delito de peculado, contemplado en el artículo 257, primer inciso, del Código Penal. En el presente caso se discute el alcance del dolo como elemento subjetivo del tipo de penal de peculado, para determinar la culpabilidad del procesado.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha analiza la existencia del delito, señalando que en el caso existen los actores, en calidad de ejecutores del hecho, y la acción típica que se consuma con el accionar del funcionario público al lesionar el objeto, que en el presente caso es el Estado. Además, el tribunal analiza la conducta de los procesados en relación a los verbos rectores determinados para el delito, analiza la antijuridicidad y el elemento de la culpabilidad, mediante el cual el tribunal concluye que el procesado adecuó su conducta al tipo penal de peculado, por lo cual lo condena a una pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria y al pago de indemnizaciones por daños y perjuicios.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha hace una revisión del verbo rector en este delito y señala que debe existir el abuso de dineros públicos, es decir, que el sujeto debe tener acceso directo o indirecto a ese dinero, lo que en el presente caso no se ha podido demostrar respecto del procesado. El tribunal señala que la responsabilidad recae sobre quienes actuaron bajo

conciencia y voluntad en el abuso del dinero público, resolviendo de esta manera revocar la sentencia subida en grado y ratificar el estado de inocencia del procesado.

RESUMEN DE CASACIÓN

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia analiza los elementos objetivos del delito de peculado, como son el sujeto activo, el sujeto pasivo, el verbo rector y el objeto. Además, también revisa los elementos subjetivos del delito, que se enmarca en el dolo, en lo que respecta al conocimiento y consentimiento del sujeto activo, así como el ánimo de obtener un beneficio propio o para un tercero. El tribunal concluye que en la sentencia impugnada existe una contravención al texto del artículo 257 del Código Penal, ya que efectivamente se adecuó la conducta del procesado a los elementos objetivos y subjetivos del delito, por lo que se lo declara como autor del delito de peculado, imponiéndole la pena de ocho años de privación de libertad y el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17243-2014-0007

Juez Ponente: Dr. Iván Saquicela Rodas

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, 28 de diciembre 2020, las 11h48.
VISTOS:
I. ANTECEDENTES

- El Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, mediante sentencia dictada el 06 de marzo del 2015, a las 10h22, resolvió declarar al ciudadano MANUEL SERAFÍN CHUGCHILÁN CAIZA, culpable en el grado de autor del delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257, primer inciso del Código Penal, imponiéndole una pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria.
- El sentenciado MANUEL SERAFÍN CHUGCHILÁN CAIZA interpuso recurso de apelación.

  La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia dictada el 08 de diciembre del 2015, a las 10h06, resolvió en lo medular:

  "[…] QUINTA.- RESOLUCIÓN: Del análisis de la situación fáctica constrastada con los elementos probatorios para definir los hechos probados que conduzcan al juzgador a la certeza y, del razonamiento jurídico efectuado, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, resuelve, revocar la sentencia pronunciada por el Tribunal de Mérito que encontró culpable al recurrente y, en su lugar, ratifica el estado de inocencia del ciudadano MANUEL SERAFÍN CHUGCHILÁN CAIZA, disponiendo que se levanten todas las medidas cautelares personales y reales que se hayan dictado en su contra […]" (sic)
- De esta decisión, la acusación particular y el procesado MANUEL SERAFÍN CHUGCHILÁN CAIZA interpusieron recurso de casación.

  La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante fallo emitido el 30 de agosto del 2019, las 14h56, declaró la improcedencia de los recursos interpuestos. Sin embargo, en virtud de la facultad oficiosa conferida en el Código de Procedimiento Penal, se declaró la contravención expresa del artículo 257, primer inciso del Código Penal, por lo que se declaró al procesado autor del delito de peculado, consiguientemente se le impuso la pena de ocho años de privación de la libertad, se le condenó al pago de veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, por concepto de daños y perjuicios, y se declaró con lugar la acusación particular.
- De esta decisión el sentenciado MANUEL SERAFÍN CHUGCHILÁN CAIZA, interpuso recurso de revisión amparado en la causal sexta de lo establecido en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal.

- A través de auto de 26 de septiembre del 2020, las 15h38, se convocó a audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso de revisión propuesto, la misma que se llevó a cabo el lunes 05 de octubre del 2020, a partir de las 09h00.

II. COMPETENCIA

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182 determina que la Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un período de nueve años. El Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 172 establece que la Corte Nacional de Justicia tendrá su sede en la ciudad de Quito y ejercerá su jurisdicción en todo el territorio nacional. Respecto de la competencia, el artículo 184 ibídem determina que las mencionadas salas conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, conforme con el artículo 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, es competente para conocer:

> *"[…] 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera[…]"*

Mediante la resolución No. 209-2017 de 20 de noviembre de 2017, publicada en el Registro Oficial No. 149 de 28 de diciembre 2017, el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió designar a siete (7) Jueces para la renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, mediante la resolución No. 01-2018 de 26 de enero de 2018, publicada en el Registro Oficial No. 202 de 16 de marzo de 2018, resolvió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, por las juezas y jueces: Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz y Dr. Edgar Flores Mier.

El Pleno del Consejo de la Judicatura, a través de Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019, publicada en el Registro Oficial No. 94 de 04 de diciembre de 2019, aprobó el Informe de Resultados Definitivos y declaró concluido el Proceso de Evaluación Integral a las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional, declarando en su artículo 3 la remoción de las y los magistrados que no aprobaron ese proceso.

El Pleno del Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 197-2019 de 28 de noviembre de 2019, publicada en el Registro Oficial No. 100 de 13 de diciembre de 2019, resolvió designar a las y los Conjueces Temporales para la Corte Nacional de Justicia.

El Art. 2 de la Resolución No. 04-2019, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, establece:

> *"Las causas que se encontraban en conocimiento de las juezas y jueces cuya ausencia definitiva se ha producido, serán conocidas por las conjuezas y conjueces llamados a reemplazarlos, quienes asumirán la competencia en la misma calidad que aquellos, ya sea como ponentes, miembros de un tribunal o jueces de garantías penales."*

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, mediante Resolución No. 07-2019 de 11 de diciembre de 2019, decidió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito por las juezas y jueces: Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dr. David Jacho Chicaiza (E), Dr. Wilman Terán Carrillo (E), Dr. Iván León Rodríguez (E) y Dra. Dilza Muñoz Moreno (E).

De acuerdo a los antecedentes expuestos y conforme el acta de sorteo electrónico realizado el 12 de marzo del 2018, constante a fojas 353 del cuaderno procesal de revisión, y según lo dispuesto en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el presente Tribunal se encuentra integrado por los Jueces Nacionales: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas (Ponente), Dra. Dilza Muñoz Moreno,[1] Jueza Nacional (E) y Dr. Milton Ávila Campoverde, [2] Conjuez Nacional (E).

[1] Actúa el Dr. Iván León Rodríguez en virtud del encargo realizado del despacho del Dr. Miguel Jurado Fabara, mediante Oficio 2280-SG-CNJ-ROG, de 19 de noviembre del 2019, suscrito por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia.

[2] Actúa el Dr. Milton Ávila Campoverde en virtud de la excusa presentada por el Dr. David Jacho Chicaiza, y en virtud del sorteo efectuado el XX de noviembre del 2020 por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia.

III. VALIDEZ PROCESAL

Una vez constatado el trámite seguido con respecto a los recursos de revisión interpuestos, no se observa vicio u omisión de solemnidad alguna que pudieran acarrear su nulidad, han sido debidamente sustanciados de conformidad con lo que establecen los artículos 363 y 366 del Código de Procedimiento Penal y se ha aplicado lo determinado en el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara la validez de todo lo actuado.

IV. FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE REVISIÓN, PRÁCTICA DE PRUEBA Y CONTRADICCIÓN

4.1. Fundamentación del recurso de revisión por parte del doctor Rigoberto Luis Ibarra Arboleda, en representación del sentenciado recurrente MANUEL SERAFÍN CHUGCHILÁN CAIZA. –

La defensa técnica del sentenciado recurrente, MANUEL SERAFÍN CHUGCHILÁN CAIZA, de conformidad con el trámite previsto para la sustanciación de la causa, presentó la fundamentación para el recurso de revisión interpuesto en los siguientes términos: **(i)** Respecto al recurso de revisión planteado, acorde al artículo 360 numeral 6 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al presente caso, esto es cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia, para ello es importante indicar que el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha, con fecha 7 de marzo del año 2015, declaró el estado de culpabilidad, por el delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257 inciso primero del Código Penal, imponiéndole la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria en calidad de autor y con una indemnización de daños y perjuicios por veinte y cinco mil dólares, más los intereses que correspondan, de la cual se interpuso el recurso de apelación para ante la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fecha 8 de diciembre del año 2015, revocó la sentencia dictada por el Tribunal A-quo y en su lugar ratificó el estado de inocencia de mi defendido Manuel Serafín Chugchilán Caiza, de este fallo se interpuso recurso de casación por parte del Ministro Fiscal, mismo que fuera negado por la Sala de la Corte Provincial, con fecha 30 de agosto del año 2019 y de oficio casó la sentencia y declara la contravención expresa al texto del artículo 257 inciso primero del Código Penal, y declarándolo autor de peculado, imponiéndole la pena de ocho años de privación de la libertad y el pago de veinte cinco mil dólares por concepto de daños y perjuicios. (ii) Que de los hechos fácticos que originaron la sentencia y de la cual se presentó el recurso de revisión por la causal sexta, son los siguientes: una denuncia del doctor Guillermo Moscoso, Director de Patrocinio de la Contraloría General del Estado, mediante la cual se hizo conocer sobre el examen que hace la Contraloría a las cuentas de disponibilidad del ex Ministerio de Bienestar Social, hoy Ministerio de Inclusión Económica y Social, correspondiente al período de 1 de noviembre del 2004 hasta 20 de abril del 2005, período dentro del cual se suscribió un convenio de cooperación por la cantidad de cincuenta mil dólares, el mismo que fue firmado el 4 de octubre del año 2004, por Manuel Serafín Chugchilán Caiza, a esa fecha Subsecretario de Desarrollo Social, Rural, Urbano Marginal y el señor José Ismael Morales Ramírez, Presidente de la Asociación de Trabajadores "5 de Abril", el cual tenía por objeto financiar un proyecto de producción y comercialización del pez "chame", que debía ejecutarse en un plazo de un año, desde el momento en que se hubieran desembolsado los valores correspondientes; sin embargo, a decir de la Contraloría General del Estado, se encontraron las siguientes observaciones, muy puntuales: 1. Que no se cumplieron con las estipulaciones establecidas en el convenio; 2. Violaciones a la norma vigente, puesto que la documentación presentada, por la que alegaba el representante de la Asociación "5 de Abril", presuntamente eran adulterados; 3. Que el requerimiento de fondos fue extemporáneo y que la normativa dispone que debía procesarse la asignación hasta el 30 de julio de cada año, sin embargo, se lo hizo en septiembre del 2004, me refiero a la solicitud que hizo en este caso la Asociación "5 de Abril"; 4. Que no se encontró ninguna evidencia material respecto de la ejecución del convenio, José Ismael Morales, en comunicación de 2 de marzo del 2006, había aceptado que recibió parte de los recursos (no se entiende el audio) distinto al que fue acordado y suscrito. **(iii)** Que bajo esta hipótesis, es importante indicar que Manuel Serafín Chugchilán Caiza, cumplió con las funciones de Subsecretario de Desarrollo Social Urbano Marginal desde el 31 de mayo del 2004, fecha en que fue nombrado hasta el 22 de abril del 2005, hasta cuando cayó el gobierno del presidente Gutiérrez, es decir estuvo 10 meses en sus funciones, según se desprende de la acción de personal que consta de fojas 347 del expediente, eso significa que tenía la obligación de suscribir los convenios entre ellos y es motivo del juicio que se siguió en contra del hoy sentenciado, convenio con el que se cumplió con todos los pasos e informes,

establecidos en la normativa vigente, así como el primer paso que se encuentra es la solicitud suscrita por Antonio Jarrín e Ismael Morales al Ministerio de Bienestar Social, en este caso al Subsecretario de Desarrollo Urbano Marginal, en el cual solicitó la ayuda para el proyecto de producción y comercialización de "chame", consta de fojas 184, en el cual se puede observar claramente que se remitió toda la documentación correspondiente a Regina Reyes Rivera, para su revisión y análisis que subscribe el convenio y cooperación interinstitucional con la Asociación "5 de Abril", representado por Chugchilán como Subsecretario y José Ismael Morales como presidente de la Asociación "5 de Abril", este convenio se suscribió con fecha 4 de octubre de 2004, en este convenio es que en la cláusula primera estableció puntualmente lo siguiente: 1.04. Mediante memorándum número 363 DS-E-2004 de fecha 23 de septiembre de 2004, elaborado por Regina Reyes, técnico A, informa al ingeniero Pablo Armas Galárraga, Director Técnico de la Subsecretaría de Desarrollo Social, Rural y Urbano Marginal, SDRUM, que el proyecto es viable, esto consta a fojas 186 del proceso, en el segundo punto, el 1.05. Luego del pedido de rigor la Dirección Financiera mediante memorándum N516AGFP2004 de 17 de junio de 2004, certificó la existencia de fondos y la disponibilidad de la partida presupuestaria denominada sector privado no financiero proyecto COSTA-SEL, de los cuales se destinó cincuenta mil dólares, para la ejecución del proyecto de producción y comercialización de "chame", esto consta a fojas 185 del proceso; sin embargo, es importante aclarar que previo a la suscripción del convenio, porque esta es la parte medular, por la cual se le acusó al ciudadano Manuel Serafín Chugchilán Caiza, pasó a conocimiento de varias dependencias del Ministerio de Inclusión Económica y Social, para la elaboración de los informes correspondientes, en primer lugar se tiene el informe técnico, consta de fojas 245 y 246, este informe técnico fue realizado por la economista Regina Reyes Rivera, quien mediante memorándum N363DSIE2004 de fecha 23 de septiembre de 2004, el ingeniero Pablo Armas Galárraga, el cual indicó que luego de la revisión y análisis del proyecto de producción y comercialización del pez "chame" y la Asociación de trabajadores "5 de Abril" de la parroquia Durán, cantón Durán, provincia del Guayas, dando lectura textual, *"que el proyecto es viable y debe continuar con el respectivo trámite de los departamentos legales y financiero"(sic)*, así como también se incorporaron al proyecto los requisitos legales para la emisión de este informe, Regina Reyes tenía que revisar toda la información de la Asociación "5 de Abril" y así consta del proceso de fojas 245 a 248; de fojas 197 del proceso consta el acuerdo, parte fundamental que hablan todas las sentencias que han sido contrarias al procesado recurrente, de fojas 197 del proceso consta el Acuerdo Ministerial número 4092, suscrito por la Subsecretaría del Ministerio Social del Litoral, respecto de la Asociación de trabajadores agrícolas "5 de Abril"; de fojas 198 consta la certificación otorgada por la Subsecretaría del Litoral del Ministerio de Bienestar Social, en la cual se indica, textual: que revisado el expediente de la Asociación de trabajadores agrícolas "5 de Abril", adquirió su personería jurídica mediante acuerdo Ministerial número 4092 de fecha 25 de octubre del 2000 e inscrita en el Registro Oficial No. 6309 de 9 de noviembre del año 2000, es decir fojas 198 consta textualmente este documento mediante el cual se da a conocer su legalidad de esta persona jurídica; de fojas 213 consta el registro de la directiva de la Asociación "5 de Abril" mediante el título SSL388-01EPLRV de fecha 16 de abril de 2004, remitido a la Subsecretaría del Ministerio de Bienestar Social del Litoral del cual se desprende que la respectiva Asociación "5 de Abril", en el período 16 de septiembre del 2004 a 16 de septiembre del 2005, en donde consta el presidente de la Asociación José Ismael Morales Ramírez. **(iv)** Que dice la sentencia impugnada en este caso, dice claramente que el recurrente Manuel Serafín Chugchilán Caiza, en su condición de Subsecretario del Ministerio de Bienestar Social en este caso, firmó varios convenios con diferentes instituciones de ayuda social y que no cumplió con ciertos requisitos establecidos, 1. Que no existía un informe técnico lo cual quedó claramente determinado por Regina Reyes, fue la responsable del informe técnico cumplió con todos y cada uno de los requisitos y por lo tanto declaró que es viable el proyecto; 2. Una vez cumplido con este requisito que es viable, pasa a conocimiento de la Dirección Jurídica y a través de Dimas Vaca, él dice que se cumplieron con todos los requisitos y por lo tanto se elaboró el convenio con todos los requisitos que establecía así mismo la ley; y, por lo tanto, como ya pasó del informe técnico, pasó también el informe jurídico, listo para que firmaran en este caso, faltando un tercer requisito, que es el requisito de disponibilidad de fondos, existió por lo tanto la disponibilidad de fondos que consta dentro el expediente en este caso, para que se otorgue estos fondos para este proyecto de producción y comercialización de "chame"; (v) Que la acusación directa, se centró en

que el impugnante firmó ese convenio, el 4 de octubre de 2004, con una duración expresa de un año desde el momento que se entregaran o desembolsaran los valores, los valores se desembolsaron el 18 de noviembre del año 2004, es decir que tenía hasta el 18 de noviembre del 2005; sin embargo, Manuel Serafín Chugchilán Caiza únicamente estuvo diez meses, es decir desde el 31 de mayo del 2004 hasta el 22 de abril del 2005, por lo tanto el convenio quedó pendiente, que él ya salió de la institución, por lo tanto ya no podía responder sino que debían hacerlo las personas que continuaron. **(v)** Que es importante indicar que en ese convenio en la cláusula octava y novena, existen dos cláusulas fundamentales que es la suscripción de la terminación unilateral por una parte en caso de incumplimiento que debía cumplirse porsupuesto en su determinado momento y las pólizas de fiel cumplimiento, incluso estas pólizas fueron renovadas por parte del Presidenta de la Asociación "5 de Abril", eso apareció recién en el año 2011, dice el sentenciado que apenas estuvo 10 meses y sin embargo por su puesto con el informe de la Contraloría General del Estado, se estableció la existencia de responsabilidad penal, esta es la parte central, todo está debidamente justificado, no existe dentro del proceso algún informe contable que establezca realmente los valores, si nos regimos los cheques que salieron girados y firmados del departamento financiero del Ministerio de Bienestar Social, no existe sumilla, ningún oficio que Manuel Serafín Chugchilán Caiza, que haya remitido a algún funcionario o remisión para indicar que tienen o deben ser pagados o desembolsados los valores, tampoco existe un peritaje documentológico para establecer que esa documentación es falsa como dice la sentencia, todo es original, lamentablemente cuando se revisen los documentos originales, se podrá apreciar que son copias, no hay un documento que sea original, sin embargo de esa manera se le sentenció. **(vi)** Que la causal sexta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, establece la comprobación de la no existencia del delito de peculado, en el presente caso está establecido en el artículo 257 inciso primero del Código Penal, "*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, hubiese 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 en el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante" (sic),* eso establece la norma, en este sentido evidentemente el delito de peculado, es un delito de acción dolosa y no culposa, ya que Manuel Chugchilán de lo que se ha expuesto en esta audiencia, suscribió efectivamente el convenio con la Asociación de trabajadores "5 de Abril", que para él era totalmente legítima, pero en base a estos tres informes que se mencionaron, informes previos de procedibilidad, los cuales tenían que ver con el cumplimiento de los parámetros establecidos y que así constan en el proceso, a más de que no existe un informe contable, documentológico respecto del presunto perjuicio a las arcas fiscales; el peculado es un delito doloso como lo define el artículo 14 inciso final del Código Penal, ya que este tipo de conducta es atribuible a Manuel Chugchilán, según lo que dice la sentencia, se enmarcaría dentro de un peculado culposo y el mismo no se encuentra tipificado y peor sancionado en la ley y que actualmente en el COIP no está tipificado este delito culposo, que se refiere al principio de legalidad en este caso, es por ello que no se ha probado conforme a derecho la existencia del delito de peculado, esto es relacionado también con el principio de confianza. **(vii)** Reyes Alvarado señala como fundamento de la imputación objetiva y por ende por el principio de la confianza de acuerdo con el cual cada individuo debe responder por sus propias actuaciones y no por las demás, en este caso el Subsecretario de ese entonces era quien firmó este convenio, pero previo a lo que ya se mencionó, es en el ámbito de competencias de las garantías en el que se tiene que verificar un riesgo prohibido o un defecto de organización para imputar objetivamente al autor la afectación del bien jurídico en este caso el correcto funcionamiento de la administración pública es la base fundamental que establece el delito de peculado, el filtro de la imputación objetiva, principio de confianza, tiene como fundamento la regla general que solamente responde, por las conductas que se encuentran dentro del ámbito de la competencia y no de la conducta de terceros, no forma parte del rol, controlar todos los posibles peligros que se puedan originar y Manuel Chugchilán no tenía esa facultad, lo que hacía era cumplir con su deber y firmar este tipo de convenios que lo hizo una cantidad inmensa, confiando por su puesto en sus funcionarios, en las personas que realizaron el trabajo, por eso es que los informes fueron favorables, habiendo inclusive hechos similares porque de la Corte Nacional tenemos dos sentencias de las mismas que fueron favorables y solicito aceptar mi recurso de revisión una vez que se hayan revisado la docu-

mentación y por su puesto se restituya el estado de inocencia de Manuel Serafín Chugchilán Caiza y se levanten las medidas cautelares que pesan en su contra.

4.2. Contradicción a cargo de la Dra. Paulina Garcés, delegada acreditada de la Fiscal General del Estado.-

Fiscalía General del Estado en su ejercicio del derecho a la réplica y contestación del recurso refirió: **(i)** Que el recurso de revisión es un recurso muy especial, porque debe evidenciarse con claridad absoluta que la persona que fue condenada no ha cometido el hecho delictivo y el artículo 360 en la causal sexta, refiere lo que debe demostrarse es cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito al que se refiere la sentencia, para lo cual no se requiere de nueva prueba, pero si se requiere el análisis de los temas probatorios. **(ii)** Que la defensa técnica del recurrente empezó a hablar de una serie de elementos que constan en el proceso, olvidando fundamentarlo en lo que en realidad se debió centrar, esto es, en los temas probatorios, lo único que tiene realmente valor es aquello que se ha hecho con prueba en el proceso, caso contrario no se cumple con el principio básico de la validez probatoria y fue muy circular, y además muy repetitivo en sus argumentos, ha dejado en claro eso sí que Manuel Serafín Chugchilán Caiza como Subsecretario del Ministerio hoy de Inclusión Social en ese momento de Bienestar Social, fue el que firmó y suscribió el convenio sobre el cual hubo un egreso de cincuenta mil dólares, que es un perjuicio para el Estado Ecuatoriano, que hasta el día de hoy no se ha logrado recuperar. **(iii)** Por otra parte hay que anotar que en este caso existe un doble conforme de la condena, la primera del Tribunal de Garantías Penales, que estableció una condena a Chugchilán y luego la Corte Nacional a través de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito con fecha 30 de agosto del año 2019, a las 14h56, que conoció el recurso de casación y de oficio revocó la ratificación de condena hecha por la Corte Provincial. **(iv)** El recurrente señaló que existe un convenio suscrito el 4 de abril del año 2004 y que fue entregado ese dinero a José Ismael Morales que era la contrapartida, quien además era el representante de la Asociación "5 de Abril" de agricultores, pero en la sentencia de la Corte Nacional, que además debo señalar que nunca fue señalada como la impugnada , hasta ahora no sé sabe cual es la sentencia que está impugnando, si la de primer nivel o la de la casación, nunca se advirtió eso, sin embargo, entendiendo que el reproche se realiza en contra del fallo casacional que es la última sentencia. A partir de fojas 39 vuelta, la página 24 de la sentencia en el numeral 5.3, la Corte Nacional de Justicia hizo un análisis sobre cuales son los elementos objetivos de tipo penal del peculado y señaló que entre los elementos más importantes se tienen, primero que debe existir un sujeto activo calificado el mismo que está debidamente comprobado, es decir que Manuel Serafín Chugchilán Caiza, poseía tal calidad, pues era subsecretario dentro de este Ministerio de Inclusión, luego además señala sobre el verbo rector, sobre la figura de abusar se establece que es de dineros públicos o privados, efectos, documentos, muebles e inmuebles y que también eso está plenamente establecido y determinado al igual que el bien jurídico que tiene que proteger, que es un pluriofensivo y que en este caso se ha demostrado perfectamente cuales son los elementos objetivos del tipo penal de peculado, para eso se sustenta en algunos documentos y algunas pruebas, que fueron desarrolladas en la audiencia de juicio, también señala finalmente la Corte, que en este caso los elementos subjetivos del tipo penal, generan dos exigencias básicas fundamentales, que es el actuar con conocimiento y consentimiento del tipo delictivo y que en este caso justamente existe de manera consiente y voluntaria el sujeto activo del delito ha realizado y ha cometido el delito de peculado, y este acto de abusar de los dineros se encuentra debidamente comprobado con la prueba que ha sido establecida, habla incluso sobre los elementos del dolo y señala que en este caso se ha beneficiado a terceros, tanto es así en la página 29 de la sentencia que dice, en la especie el ánimo de beneficio se encuentra acreditado pues a pesar que la asociación beneficiaria del dinero no cumplía con las exigencias legales para ser acreedora del dinero transferido por el Ministerio, por cuanto no poseía siquiera personería jurídica, fueron beneficiados con dicha transferencia y evidente inobservancia de la ley, lo que evidencia el ánimo de beneficiar a un tercero, y señaló y continúo la sentencia que este caso se han justificado los hechos que fueron debidamente acreditados con la prueba e incluso va transcribiendo cual es la prueba de sustento, para ellos finalmente declararle la improcedencia de los recursos de casación interpuesto y para declarar la contravención expresa del artículo 257, primer inciso del Código Penal, declarándole al procesado autor del delito de peculado e imponiéndole la pena de ocho años. Existen abundantes elementos probatorios dentro de este proceso, la Fiscalía ha logrado a través del onus probandi, establecer la participación directa de Manuel Serafín Chugchilán Caiza, quien firmó

el convenio, con lo cual permitió y dio paso para que se realicen desembolsos y que se pueda de esta forma el Estado perjudicar en esta suma de dinero. Estimo que lo que aquí se ha establecido y lo que el recurrente ha dicho ciertamente nos ha hablado del riesgo prohibido, por ejemplo, quiero referirles que es un hecho que se sentenció en el año 2004, 2005, 2015 incluso la última sentencia, que estábamos el criterio causalista anterior y dentro de ello se cumple estos elementos, luego nos ha hablado del principio de confianza, pero indicarle que este principio de confianza es uno de los elementos fundamentales del delito de peculado y en este caso se rompe este principio, razón por la cual la doctrina exige que de lo aquí manifestado, establecido no se logra, hay un elemento contundente que no nos permita romper a la cosa juzgada y se pueda declarar la inocencia de Chugchilán, porque se cumplen ciertamente con todos los elementos que exige el tipo penal, son los elementos objetivos, subjetivos y normativos del mismo, por lo tanto solicito a ustedes que no se acepte el recurso de revisión y que se mantenga la sentencia de condena que ha sido emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia y que fuera ya debidamente señalada.

V. ASPECTOS JURÍDICOS DEL RECURSO DE REVISIÓN

El artículo 76, numeral 7, literal m) de la Constitución de la República del Ecuador establece que toda persona tiene derecho a: *"[…] recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se ha decido sobre sus derechos […]"*. Asimismo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 25 numeral 1, dice:

> *"1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*
> *2. Los Estados Partes se comprometen:*
> *a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
> *b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y,*
> *c) a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".*

De las disposiciones de índole constitucional y convencional referidas se desprende que en todo proceso penal se deben respetar las garantías básicas del debido proceso, y que en el caso de que una persona no se encuentre de acuerdo con la sentencia condenatoria recibida, tiene derecho a recurrir del fallo que le causa agravio. Adicionalmente, se establece que la sentencia que como resultado de un proceso que determine la responsabilidad penal, no solo debe establecer la culpabilidad o la inocencia de una persona acusada del cometimiento de una infracción, sino que tal determinación debe ser obtenida conforme a la ley por parte del Tribunal. Es decir, la sentencia condenatoria que destruye el principio de presunción de inocencia en virtud del juicio que se forma el juzgador a partir de la valoración de la prueba, no debe contener error judicial alguno. En caso de existir alguno, se trata de una sentencia injusta y el sentenciado tiene el derecho de recurrir el fallo ante el superior. (PRIETO Sanchís, Luis. "Garantismo y Derecho penal". Primera edición, Editorial Lustei, España, 2001, p. 27). Cuando se trata de un fallo o sentencia condenatoria que ha pasado ya por autoridad de cosa juzgada, el Estado garantiza al sentenciado la posibilidad de recurrir ante la Corte Nacional de Justicia, a través del recurso de revisión, todo con el propósito de que el sistema procesal sea un auténtico medio para la realización de la justicia.

El tratadista Fabio Calderón Botero afirma que, *"[…] la revisión es un medio extraordinario de impugnación que tiende a remover una sentencia condenatoria injusta que hizo tránsito a cosa juzgada, mediante un nuevo debate probatorio, por haber sido proferida con base en un típico error de hecho sobre la verdad histórica del acontecimiento delictual o contravencional que dio origen al proceso y fue tema de este […]"* (CALDERÓN BOTERO, Fabio. "Casación y Revisión en materia penal", Colombia, Editorial Temis, 1973, página 270). El tratadista Claus Roxin acerca del recurso de revisión señala que "sirve para la eliminación de los errores judiciales frente a la sentencia que ha pasado en calidad de cosa juzgada, sirve para garantizar la paz jurídica que solo puede ser mantenida si los principios contrapuestos de seguridad jurídica y justicia son conducidos en una relación de equilibrio. El procedimiento de revisión representa el caso más importante de quebramiento de la cosa juzgada en interés de una decisión judicial materialmente correcta" (ROXIN, Claus. "Derecho Procesal Penal". Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2003, p.220).

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE REVISIÓN SOBRE EL RECURSO DE REVISIÓN INTERPUESTO

6.1. Análisis del Tribunal con relación a la causal sexta propuesta por el sentenciado MANUEL SERAFÍN CHUGCHILÁN CAIZA. –

Según lo establecido por Alberto Donna, la malversación, el daño, o detrimento a la administración de bienes constituye el género, mientras que el peculado – bancario – es una forma con características y singularidades propias.

En relación con el tipo penal genérico, esto es el delito de peculado, la posición doctrinal ha sostenido que se trata de un delito contra la fe pública, contra la paz pública, como delito en el ejercicio de funciones públicas, o contra los deberes de la función pública. (DONNA, Tomo I. Parte Especial, pág. 398-399). Entonces en lo que atañe al bien jurídico protegido aparece como idea el detrimento patrimonial contra la administración pública. El legislador en lo atinente a nuestro derecho interno distinguió la naturaleza de los efectos sustraídos a fin de establecer el tipo punitivo y el quantum de la pena.

El artículo 257 del Código Penal, cuerpo legal vigente al momento del cometimiento de la infracción, con relación al tipo penal por el que fue sentenciado el ciudadano Manuel Serafín Chugchilán Caiza establecía:

> *"Art. 257.- 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.*
>
> *Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público.*
>
> *Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa […]"*

Sobre el verbo rector establecido en el tipo penal transcrito ut supra, "abusar", se entiende que esta acción debe consistir en un desfalco, disposición arbitraria o de cualquier otra forma semejante. Además deben concurrir los elementos objetivos del tipo, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles.

En el caso ejusdem, el ciudadano MANUEL SERAFÍN CHUGCHILÁN CAIZA, en efecto ostentaba la calidad de servidor público, ejerciendo desde el 31 de mayo del 2004 hasta el 22 de abril de 2005, el cargo de Subsecretario de Desarrollo Rural Marginal dentro del Ministerio de Inclusión Económica y Social, pudiendo potencialmente constituirse como sujeto activo de la infracción tipificada y sancionado en el artículo 257 del Código Penal. Sin embargo en lo atinente a la adecuación de su conducta al delito de peculado, este Tribunal no evidencia que las actuaciones del hoy sentenciado se hayan subsumido en una conducta de abuso de dineros públicos, pues si bien se ha demostrado y no existe contradicción al respecto, Manuel Serafín Chugchilán Caiza, en efecto suscribió el convenio con la Asociación de trabajadores "5 de Abril", esto no constituyó una actuación que degenere en un desfalco, disposición arbitraria o similares, pues previo su suscripción requirió la documentación necesaria de parte de cada una de las dependencias intervinientes para el proceso. En la sustentación del Informe Especial de Indicios de Responsabilidad Penal del examen al convenio de cooperación por 50.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica para financiar el proyecto de producción y comercialización del chame, firmado entre el Subsecretario de desarrollo social, rural y urbano marginal y el Presidente de la asociación "5 de Abril", período desde el 01 de noviembre del 2004 hasta el 20 de octubre del 2005, la funcionaria de la Contraloría General del Estado refirió que previo a la suscripción del convenio y posterior al egreso del dinero comprometido para la firma debían levantarse 3 informes: técnio, jurídico y económico. Conforme se probó con el testimonio de la Dra. Andrea Vaca, quien refirió que "[…] el informe técnico emitido el 23 de septiembre de 2009 fue remitido al Director Técnico del Área, Pablo Armas Galárraga […]", quien conforme consta en la prueba documental memorando suscrito, fjs. 245, indicó expresamente que se debía continuar con el trámite. En consecuencia con la prueba actuada en la etapa de juicio, para la celebración de este acuerdo se siguieron todos los pasos existiendo un informe sobre la viabilidad del acuerdo -. Así, en primer término consta una solicitud formulada el 13 de septiembre de 2004, y previo a la suscripción del Convenio de Cooperación, existió un informe técnico elaborado por Regina Reyes, quien en lo pertinente en el mentado informe refirió que el proyecto era viable por cumplir con

los requisitos establecidos, recomendando realizar el convenio correspondiente, esto guarda concordancia con lo referido por la Dra. Andrea Cecilia Vaca Peralta, Coordinadora de Asesoría Jurídica del Ministerio de Inclusión Económica y Social y delegada debidamente acreditada de la institución acusadora particular, MIES, en su testimonio refirió "[…] que el informe técnico de viabilidad es indispensable para la suscripción del convenio, que es requisito sine quanon previo a la verificación de la existencia de la vida jurídica, quienes son integrantes, a que proyectos anteriores se dedicó que aseguren que hay capacidad de operación que recibirá esos dineros públicos, si ha existido historial de otros proyectos lo que debió hacerse constar en el informe […]" (sic). De igual manera, con el testimonio de José Alfredo Igllón Carrillo se arribó a la misma conclusión, esto es, "[…] que la señora Regina Eloísa Reyes Rivera, técnico A, tenía que emitir el informe de factibilidad del proyecto […]" (sic). Posteriormente remitido este, la Dirección Jurídica del Ministerio de Inclusión Económica y Social realizó un informe jurídico suscrito por Dimas Vaca, es importante relievar que precisamente en este departamento se debían verificar todas las cuestiones legales, esto es, la verificación de la legalidad del procedimiento y la verificación de la documentación acreditante respectiva, como lo eran los acuerdos de constitución sobre la personería jurídica, aseverándose en este documento que sí existía una organización social debidamente constitutida. Finalmente, Fausto Constante, funcionario también de esa cartera de Estado elaboró un informe económico certificando la existencia de fondos y de la partida presupuestaria. Con lo expuesto, conforme lo manifestado en los distintos testimonios rendidos en la audiencia de juicio se llegó a corroborar que en la especie existió un informe de viabilidad emitido por la máxima autoridad de la rama, que el Director Financiero emitió la certificación presupuestaria y que la señora Blanca Matilde Andrade Muñoz sumilló la partida para la verificación posterior de documentos. Finalmente en virtud de los mentados testimonios se llegó a establecer que Manuel Serafín Chugchilán Caiza no dio ninguna orden para que se emitiera el pago de ninguno de los dos cheques, que tampoco constó su firma en ningún comprobante de pago, y que por último tampoco actúo influenciando a ningún funcionario para obtener el beneficio para la Asociación "5 de Abril", por tanto el Tribunal de casación, yerra al dar por hecho como existente el elemento subjetivo del dolo en el tipo penal, esto es, que actúo con la intensión positiva de irrogar daño a las arcas estatales, así, en la sentencia impugnada con el recuro de revisión, vemos que en su página 28, al referirse a la sentencia de segunda instancia, que revocó la de primera instancia y ratificó el estado de inocencia del procesado Manuel Serafín Chugchilán Caza, se dijo "debía acreditarse en la sentencia de segundo nivel que el procesado, voluntaria y conscientemente, con el propósito de abusar de dinero público, consintió en la obtención de este resultado lesivo" (sic), y luego a fojas 29 se dice que en este delito es preciso justificarse el dolo, esto es "el ánimo de que dicho abuso se materialice en un beneficio propio o para una tercera persona", y que este elemento estaría acreditado en la sentencia apelada. Sin embargo al referirse y citar su Considerando Cuarto en la que habría tal acreditación, no se refieren a los hechos probados que acrediten tal dolo necesario para la configuración del peculado. Concluimos por ello que no se comprobó conforme a derecho la existencia del delito de peculado.

La valoración de la prueba debe efectuarse de conformidad con las reglas de la sana crítica, de acuerdo a lo que regula el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, en atención a lo cual, este Tribunal de Revisión. Con lo antedicho, este Tribunal, arriba a la conclusión que no se comprobó que su conducta se adecuase al tipo penal de peculado, pues se ha demostrado que MANUEL SERAFÍN CHUGCHILÁN CAIZA suscribió el referido convenio en atención a los informes que le fueron a él entregados en los cuales existían las certificaciones de viabilidad, jurídicas y económicas para proseguir con el proyecto, por lo que no se probó, ni acreditó en la sentencia impugnada, la intención de apropiarse o malversar dineros públicos de manera dolosa, por lo que corresponde retrotraer los efectos de la sentencia de apelación y ratificar su estado de inocencia.

VII. RESOLUCIÓN

Sobre la base de las consideraciones expuestas, este Tribunal de Revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con el artículo 367 del **Código de Pro**cedimiento Penal, resuelve: **1)** Declarar procedente el recurso de revisión interpuesto por MANUEL SERAFÍN CHUGCHILÁN CAIZA, por haberse justificado la presencia de un error de hecho en la sentencia objetada, relacionado al caso

sexto de la misma disposición, consecuentemente, se establece su estado constitucional de inocencia. **2)** Remítase el expediente al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.- **Notifíquese, devuélvase y publíquese.-**

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Dilza Muñoz Moreno, JUEZA NACIONAL (E); Dr. Milton Ávila Campoverde, CONJUEZ NACIONAL (E).

XIV

Juicio Nro. 17282-2016-05930
Resolución Nro. 282-2020
Fecha: *26 de febrero 2020, las 15h26*

TEMA: Relación entre el tipo penal de asociación ilícita y delincuencia organizada, en aplicación del principio de favorabilidad.

ASUNTO

La Fiscalía inicia la acción penal pública en contra de los señores M. G. C. V., C. E. P. Y. y D. G. T. A., por el delito de delincuencia organizada. En este caso, se discute la relación entre los tipos penales de delincuencia organizada, contemplada en el artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal, y el delito de asociación ilícita, estipulado en el artículo 369 del Código Penal, bajo el principio de favorabilidad, establecido en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76 numeral 5.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales de Pichincha analiza los elementos objetivos y subjetivos del delito de asociación ilícita e indica que este tipo penal es autónomo e independiente de los delitos que se realizan a través de él, ya que únicamente basta con la "unión" o "asociación" para llevar a cabo esos fines delictivos. Por lo tanto, en virtud de las pruebas aportadas, y de que los hechos ilícitos empezaron a generarse desde antes de la vigencia del COIP, el tribunal declara la culpabilidad de los procesados en calidad de autores del delito de asociación ilícita, tipificado en el artículo 369 y sancionado en el numeral 1 del artículo 370 del Código Penal, imponiéndoles la pena de seis años de reclusión menor.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha señala que, bajo sus consideraciones, respecto de la aplicación del principio de favorabilidad, agravantes y atenuantes, la presente causa se tramitó bajo la figura de delincuencia organiza da, contemplada en el Código Orgánico Integral Penal, pero que, sin embargo, al hallarse impedido de empeorar la situación de los procesados, ya que Fiscalía no recurrió, no puede variar su situación jurídica hacia un escenario menos favorable. El órgano jurisdiccional resuelve desechar los recursos de apelación interpuestos por los procesados.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17282-2016-05930

Juez Ponente: Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, 26 de febrero 2020 las 15h26.

El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, integrado por el señor Conjuez Nacional Dr. José Layedra Bustamante y los señores Jueces Nacionales Dr. Iván León Rodríguez y Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, habiendo sido designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura y por el sorteo de ley realizado en ésta causa, acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Impugnan la sentencia, dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 11 de mayo de 2018, dentro de la causa penal seguida en contra de: Marco Gustavo Calvopiña Vega (en adelante "*Sr. Calvopiña*"); Carlos Eugenio Pareja Yanuncelli (en adelante "*Sr. Pareja*"); y, Diego Germán Tapia Ayala (en adelante "*Sr. Tapia*") [en conjunto: "*procesados*"]; por el delito establecido "…*en el Art. 369 y sancionado en el numeral 1 del Art. 370 del Código Penal (subsumido en el Art. 369 del Código Orgánico Integral Penal)*…".

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció a virtud del Recurso de Apelación interpuesto por los procesados, la acusación particular individualizada en la Empresa Pública Estatal PETROECUADOR (en adelante "*PETROECUADOR*") y la Procuraduría General del Estado (en adelante "*Procuraduría*"), contra la Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con Sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, de 15 de diciembre de 2017; que declara la culpabilidad de los procesados como autores del delito de asociación ilícita tipificado en el artículo 369 y sancionado en el numeral 1 del artículo 370 del Código Penal (subsumido en el artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal), en concordancia con el artículo 42, numeral 1, letra a y b *ibídem*, imponiéndoles – entre otras cuestiones – la pena de seis años de reclusión menor.

1.2.- Ventilado el recurso de Apelación, la Sala Especializada de lo Penal, de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha; en lo medular decide desechar el recurso de apelación de los procesados; también respecto de las impugnaciones de PETROECUADOR y la Procuraduría concerniente a la determinación de montos concretos en concepto de daños y perjuicios y decomiso de bienes; y, a su vez, acoge parcialmente el recurso de apelación de PETROECUADOR disponiendo que ejecutoriada la sentencia, se la publique por un medio idóneo para el conocimiento de la actuación del sistema de justicia ante la sociedad ecuatoriana, a costa de los procesados y el ofrecimiento de disculpas públicas a través de un medio de comunicación a nivel nacional; confirmando en lo demás dicha sentencia.

2.- Los recurrentes: Notificada la sentencia en cuestión, los Sres. Calvopiña, Pareja, Tapia y PETROECUADOR, deducen Recursos de Casación de manera individual y por separado; por lo que, el Tribunal que primigeniamente asumió competencia en virtud del sorteo de Ley, decidió declarar inadmisibles los recursos de casación interpuestos por el Sr. Pareja y por PETROECUADOR. Por otro lado, declaró admisibles dos recursos, deducidos por el Sr. Calvopiña y el Sr. Tapia. De esta manera se constituyen en sujetos impulsores – activos dentro del instituto casacional, los Señores Calvopiña y Tapia [en adelante: en conjunto "*recurrentes*"] por haber invocado y ser admitido este medio impugnatorio para el juicio de legalidad de la sentencia.

II. FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

3.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, cada recurrente, fundamentó su recurso, de forma individual en audiencia oral, pública y contradictoria, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos. Por ser impugnaciones a una sentencia expedida en un proceso de acción penal pública, se contó con la intervención del Representante o Delegado debidamente acreditado de la Señora Fiscal General del Estado; al ser temas de interés Estatal donde la entidad de derecho público denominada PETROECUADOR, ha sido parte procesal como acusadora particular, se contó con la

presencia de su representante y de la Procuraduría; también, precautelando la efectividad de los derechos y garantías básicas de la persona sentenciada, se tomó en cuenta la participación de la Defensa del Sr. Pareja, existiendo el pertinente derecho a réplica de los recurrentes. El contenido relevante de las fundamentaciones orales es el que continua en párrafos siguientes:

4.- Defensa Técnica del Sr. Calvopiña: En lo sustancial, dice estar privado de la libertad durante más de tres años, por haber sido Gerente de PETROECUADOR. Al sustentar los cargos por los cuales le ha sido admitido su Recurso, en lo medular expresa:

4.1.- Primer Cargo: Por indebida aplicación del artículo 369 y 370 del Código Penal, indica que la Resolución 10-2015, de la Corte Nacional, refiere que existe indebida aplicación cuando el juzgador usa una norma jurídica para resolver determinado caso, sin tomar en cuenta que los hechos considerados como probados, tras la valoración de prueba, no guardan identidad con el supuesto fáctico de aplicación de la disposición normativa.

4.1.1.- El Tribunal de apelación eligió un tipo penal y una figura agravada que no supera el juicio de tipicidad de los hechos que los consideró probados. Sostiene que la línea jurisprudencial de esta Corte mantiene intocables los hechos que el *Ad quem* considera probados; y, con estos hechos, se debe valorar si hay un juicio válido del tipo penal, en este caso de los artículos 369 y 370, con dos elementos: el jurídico y el fáctico.

4.1.2.- En lo fáctico, la construcción de la Corte Provincial, siendo importantes los hechos al marcar el ámbito de aplicación de la norma sustantiva, según la primera categoría dogmática del delito, siendo esto la acción: [quién - cuándo - cómo – dónde] (:) [lo hizo]. De forma diáfana deben establecerse en la sentencia penal y al confrontarlos con el tipo penal, deben calzar de manera perfecta, por ser el juicio de tipicidad. Al definirse los hechos determinados por la Corte Provincial, se puede hacer este ejercicio de subsunción; y, si los hechos establecidos como probados, no son claros, la subsunción se vuelve en unos casos: difícil; y, en otros: imposible.

4.1.3.- En la especie, en el ordinal Quinto de la sentencia de apelación "*Análisis y Decisión del Tribunal de Alzada*", contiene cuatro hechos probados que supuestamente calzarían en el delito de asociación ilícita. * El primero: Cambiar la forma de contratación en PETROECUADOR a la de giro específico del negocio. * El segundo: Que el Sr. Calvopiña realizó transferencias al exterior en especial una por $ 110.000 a Panamá. * El tercero: Que existió una diferencia entre los ingresos declarados y no declarados al Fisco. * El cuarto: Que el Sr. Calvopiña, está relacionado con la Compañía KilKenny Business de Panamá.

4.1.4.- Con los elementos fácticos, compete la correspondencia jurídica que debieron enmarcarse en la decisión impugnada. El artículo 369 del Código Penal, establece que la asociación ilícita es un delito de peligro, contra la seguridad pública. Sus elementos son: Que exista una asociación de personas, con concordancia, conveniencia, concurso de voluntades – cuyo fin – sea atentar contra las personas o la propiedad, es decir la conducta y su fin. La segunda norma utilizada, es el artículo 370 del Código Penal, figura agravada con el requisito de que la asociación tenga por fin delitos con pena de reclusión. Es un delito de peligro abstracto contra la seguridad pública, cuya verificación de conducta, requiere concertación o acuerdo de más de una voluntad para determinar la asociación y que la misma se forme para atentar contra las personas o propiedad, debiendo ser real el para qué y cuándo se asociaron, también la estructura que establece división del trabajo, jerarquía y funciones, como elementos básicos del tipo penal y de la figura agravada.

4.1.5.- Con la premisa mayor que es la norma vulnerada por indebida aplicación, la imputación que se hace respecto a cada uno de los hechos relevantes que consideró la Corte Provincial es: * Respecto al primer elemento: La conducta de cambiar la figura de contratación en PETROECUADOR a la del giro específico del negocio, dice la Corte Provincial: "… *no es que la aplicación de la contratación del giro específico del negocio sea ilícito sino el provecho obtenido de su utilización*…". Al decir que el giro específico del negocio, por sí mismo no es ilícito (se pregunta) cómo lo califica, siendo el acto penalmente relevante. La conducta de cambiar la figura de contratación en Petroecuador, por la de giro específico del negocio para beneficiarse a través de contratos, correspondería más a la figura del delito de peculado. Se confunde el consenso de voluntades que es el requisito para que exista asociación ilícita con el hecho de que las personas procesadas trabajaban en la misma Institución, lo cual es distinto; esto implica que al Sr. Calvopiña, se le condenó por ser Gerente General de PETROECUADOR, determinándose una inde-

bida adecuación de los hechos, sin decir cuándo ni cómo se dieron y con qué participación fueron según el tipo penal de asociación ilícita. * El segundo elemento, es que el Sr. Calvopiña realizó una transferencia a Panamá por $ 110.000 y otras a otros países, siendo esta la más alta; no se dice cuándo fue esta transferencia que considera probada, ni cómo se adecúa al tipo penal de asociación ilícita; a lo que se estaría refiriendo es a un delito de lavado de activos o enriquecimiento ilícito. El Sr. Calvopiña, no ha sido procesado ni por el delito de peculado ni por lavado de activos, ni otro delito, este es el único proceso penal que tiene. * El tercer elemento, que el Sr. Calvopiña tiene una diferencia entre los ingresos reales con los declarados al SRI. Esto podría enmarcarse en un delito de defraudación tributaria que no existe ni se ha investigado, pero que para la Provincial, sería asociación ilícita, determinando la inadecuada aplicación de la ley penal. * Como cuarto elemento penalmente relevante para la Corte Provincial, la relación del Sr. Calvopiña con la Compañía Kilkenny Business de Panamá, relación inexistente (se inquiere) cómo el hecho de tener relación con una compañía es delito de asociación ilícita; se responden cuestiones básicas del tipo penal, de quiénes son los que se asociaron, cómo fue, qué delitos iban a cometer, delitos contra las personas o la propiedad.

4.1.6.- Los cuatro elementos penalmente relevantes (prosigue) no se relacionan con delitos contra la propiedad o la vida. No se verifica cuáles son los hechos penalmente relevantes que debía construir la Corte Provincial en su sentencia para adecuarlo al delito juzgado, la Corte tenía que responder: si existió una concertación o acuerdo para formar un grupo estructurado; cuándo empezó; cuál su finalidad; cuáles eran los delitos que iban a cometer a través de este acuerdo; fue permanente, de actividad continuada, a través de actuaciones parciales, para saber si se trata de un delito continuado o de concertación permanente. Al no establecer los actos penalmente relevantes, no adecuarlos al tipo penal de asociación ilícita agravada, existe indebida aplicación de los artículos 369 y 370 del Código Penal. Lo que eventualmente pudo aplicarse peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, que no se ha formulado después de tres años.

4.2.- Segundo cargo: Contravención expresa del artículo 5 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal y de los artículos 29 y 72 del Código Penal. Acorde a la Resolución 10-2015 de la Corte Nacional de Justicia, la "… *contravención expresa se presenta cuando el juzgador ha dejado de utilizar una norma jurídica para resolver determinado caso concreto*…" implica que el juez se equivoca o yerra cuando teniendo que considerar una norma sustantiva para aplicar una pena, la deja de considerar, la evita y no aplica. Respecto a la contravención expresa del artículo 29 del Código Penal, los hechos probados por la Sala de lo Penal, se dan en un periodo de marzo de 2012 a julio de 2015, estando ante la concurrencia en un mismo proceso tanto en la parte sustantiva penal de dos normas eventualmente aplicables, las del Código Penal y las del Código Orgánico Integral Penal. El artículo 29 del Código Penal, establecía atenuantes, en el numeral 2, constituía ser el culpable mayor de 60 años de edad y el numeral 7 se refería a la conducta anterior del delincuente que revele que no se trata de un individuo peligroso, atenuantes que se inaplican, pese a que en la etapa de juicio, tanto en el alegato final como en la audiencia de apelación se presentaron y probaron, sin recibir respuesta ni pronunciamiento que determine si existieron o no. No pide valoración probatoria, pero exhorta que determinada la responsabilidad penal conforme a la norma penal derogada, correspondía también las circunstancias modificatorias de la pena, es decir que agravantes o atenuantes se consideren de manera favorable a la persona condenada, cosa inexistente en la sentencia. En su lugar, la Corte Provincial en el ordinal Quinto dice que existió una agravante, expresando una inexistente en el Código anterior y en el vigente, la "*alarma social*", referida en cuatro ocasiones y actitud sospechosa como formas de vulnerar el principio de legalidad e imponer un derecho penal de autor.

4.2.1.- Inaplicación del artículo 72, 29. 2 y 29.7 del Código Penal, hizo que se inaplique también el artículo 5.2 del COIP. La Corte Provincial, analiza el principio de favorabilidad, dice que escogió la pena más favorable, pero inaplica las circunstancias modificatorias de la pena. Así, el principio de favorabilidad, no es sólo aplicable a los elementos, objetivos del tipo penal, sino a todas las circunstancias modificatorias que inciden en la reprochabilidad del acto. Esto es también a las circunstancias atenuantes y agravantes.

4.3.- Tercer Cargo: Nulidad constitucional por falta de motivación. En lo normativo el artículo 76, numeral 7, letra l, de la Constitución de la República. La Corte Constitucional estableció tres requisitos: 1. razonabilidad, fundamentada en principios, sin contradicción; 2. Lógica, estructurada

sistemática y ordenadamente, se consideran los hechos puestos a conocimiento; y, 3. Comprensible, clara y asequible para las partes. La Corte Nacional, Sala Penal, con Resolución No. 1629-2015, en el caso 0787-2015-JCC, sostiene: "…*Bajo esta línea de pensamiento, emerge el derecho de motivación de las sentencias, que en el nuevo modelo de Estado, abarca dos dimensiones: (i) objetiva, en razón de que los argumentos que sirven de sustento a la ratio decidendi, deben responder a la dialéctica jurídica del debate probatorio, centrándose a dar respuesta cada uno de los reproches esgrimidos por los sujetos procesales y; (ii) subjetivo, por cuanto la decisión de factum y de iure adoptada en el litigio por el juzgador, debe ser cognoscible a sus destinatarios, a fin de que puedan ejercitar sus derechos de manera efectiva*…".

4.3.1.- La ausencia de motivación en el caso concreto, es por argumentos no considerados; es decir, no es lógica, le falta el elemento objetivo requerido por la jurisprudencia. Los delitos de asociación ilícita, correspondiente al Código Penal derogado y el delito de delincuencia organizada no son los mismos. Respecto al delito de asociación ilícita, no hay evidencia de que existan los elementos de la tipicidad objetiva. El Sr. Calvopiña no tenía ningún acuerdo con los otros procesados; no existía organización; no se identificó la relación entre los condenados; no se identificó la estructura en la asociación; no se estableció la jerarquía de sus miembros; el Sr. Calvopiña, no tenía el control de los procesos en la refinería de Esmeraldas; los poderes entregados a los Gerentes Operativos de PETROECUADOR eran y son una práctica habitual y legal en la empresa; la empresa Killkeny, no le pertenecía al Sr. Calvopiña y por tanto no fue beneficiario de ninguna transferencia ilícita.

4.3.2.- La falta de revisión de la pruebas documental que llegó a manos de los Jueces Provinciales, en el caso de Kilkenny Business S.A., dice la Corte Provincial que la "*Información que el Tribunal no puede pasar por alto, pese a que la Defensa indicó que se demostró en el juicio, a través de documentación recabada en asistencia penal internacional, que no es verdad que KILKENNY BUSINESS S.A. esté a nombre del señor MARCO CALVOPIÑA, sin embargo decimos, la perito se basó en información reflejada en el informe de la UAFE, aunque ciertamente no explica los orígenes de esos datos, que son concretos y detallados, tanto más que en este proceso se ha encontrado que no necesariamente existen empresas offshore a nombre de sus verdaderos dueños. Finalmente, sobre esta premisa respecto a su titularidad en esa empresa no se ha aportado prueba concluyente*." Este ejemplo del nivel de acuciosidad de la Corte Provincial que en lugar de acudir a los documentos, genera dudas y para ellos resulta que contra toda documentación y lógica, esa compañía si puede ser del Sr. Calvopiña. Denota contradicciones respecto a los hechos en la sentencia de Apelación, es decir, no es lógica según los requerimientos de la Corte Constitucional.

4.3.3.- Alega incoherencias entre los hechos construidos por el Tribunal Penal y los de la Corte Provincial, respecto a las conductas penalmente relevantes, seis – dice que son – para el Tribunal y cuatro para la Corte Provincial. Para el Tribunal Penal, según el punto 8.1 de la sentencia y para la Corte Provincial en el ordinal Quinto de su sentencia. Planificación y ejecución de actos de intervención en el abuso del giro específico del negocio, cambiar la forma de contratación en PETROECUADOR a la denominada contratación por "*giro especifico de negocio*". Al ser Gerente General de PETROECUADOR, es responsable de la empresa y realizaba delegaciones a los Gerentes de las Unidades, no le eximia de responsabilidad hacer transferencias al exterior, en particular una por $ 110.000 a Panamá y no haber estado en ese país, diciendo "*omisiones dolosas*" que la sentencia no indica cuáles. La existencia de una diferencia de ingresos no declarados al fisco. Actos realizados en la etapa precontractual, en la suscripción de contratos de PETROECUADOR, que se abusó de dineros públicos que estuvieron en poder de los miembros de la asociación, sin indicar cuáles fueron los contratos ni el monto abusado. Estar relacionado con la compañía Kilkenny Business de Panamá. Firmar la resolución No. 2014-118 dentro del proceso de contratación con MMR. Hacer delegaciones y poderes a los Gerentes Operativos de PETROECUADOR. Se evidencia que la Corte Provincial, se aleja de la construcción fáctica del Tribunal y se convierte en parte procesal al generar su propia teoría del caso y acusación, vulnerando el derecho a la defensa.

4.4.- Cuarto cargo: Respecto a nulidades procesales, el artículo 657 numeral 6 y 652 numeral 10 del Código Orgánico Integral Penal; resoluciones de casación en los juicios número: 1658-2014; 162-2013; 1582-2016; 315-2015; 389-2016; 677-2016; 951-2016; 241-2016, donde se indica que "*No es objetivo de la casación declarar la nulidad total o parcial del proceso, tal declaratoria es pertinente cuando, según el artículo 76.7.l) de la*

Constitución de la República del Ecuador, la sentencia no se encuentra motivada, o cuando, de acuerdo al artículo 652.10 del Código Orgánico Integral Penal, al momento de resolver un recurso la o el juzgador observe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produce la nulidad a costa del servidor o parte que lo provoque…" Esta facultad puede operar en el recurso de casación y se prevé en el artículo 652 numeral 10 del Código Orgánico Integral Penal, que dice: "*Si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produce la nulidad a costa del servidor o parte que lo provoque. Habrá lugar a esta declaratoria de nulidad, únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso*."

4.4.1.- En referencia a la vulneración grave al derecho a la defensa en la etapa de Juicio, ratificado por la Corte Provincial por la incongruencia fáctica y jurídica entre la acusación fiscal y la sentencia del Tribunal Penal. El Auto de Llamamiento a Juicio, reza: Cantidad de dinero que fue depositada la empresa Off Shore, Kilkenny Business del Sr. Calvopiña, el 3 de octubre de 2014, por $ 100.000 y el 17 de noviembre del 2014 $ 300.000. Mientras que los hechos atribuidos en sentencia por el Tribunal, fueron: "…*Probada la existencia del delito, es procedente, entrar analizar la autoría y participación en el mismo de las personas procesadas: 8.1 Ing. Marco Gustavo Calvopiña Vega… mediante la planificación y ejecución de actos de intervención en el abuso del giro específico del negocio, en omisiones dolosas, actos realizados en la etapa precontractual, en la suscripción de contratos de la EP Petroecuador, en los cuales se abusó de dineros públicos que estuvieron en poder de los miembros de la asociación… utilizando maniobras para dificultar o impedir que se descubra estos ilícitos… y con la finalidad ulterior de procurarse un beneficio económico común, con el incremento injustificado de su patrimonio producido como consecuencia del desempeño de su cargo público… pues los montos declarados en el impuesto a la renta son diferentes a los ingresados en el sistema financiero, estableciéndose una diferencia por ingresos no declarados al fisco de 335.086,82, a lo cual se suma el dinero encontrado en el allanamiento a su domicilio*…"

4.4.2.- En el numeral 6.3 de la sentencia, los hechos que el Tribunal considera son constitutivos de Asociación Ilícita, y en resumen son: Considerando uno: Que el día del allanamiento se encontró dinero en la casa. Considerando dos, siete y nueve: Que como Gerente General era responsable de todo lo que pasa en PETROECUADOR. Considerandos tres, cuatro, cinco y ocho: Refiere a un contrato suscrito entre el Sr. Pareja y la empresa MMR INTERNATIONAL. Considerando seis: Que las delegaciones no le eximen de responsabilidad. Considerando diez: Que el Sr. Calvopiña no ha pagado $ 335.000 de Impuesto a la Renta. Considerando once y doce: Que el Sr. Calvopiña nombró a los Sres. Pareja y Tapia como Gerentes de Refinación. Respecto a la incongruencia jurídica de la sentencia de Tribunal Penal; el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, indica que quien juzgue debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Por lo que en lo concerniente al primer límite de aplicación del principio de *Iura Novit Curia*, el segundo inciso del artículo indicado dice: "*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*." Se genera indefensión y se afecta a la decisión de la causa, ya que nuevos hechos fueron considerados para condenar.

4.5.- Solicita que se case la sentencia vía casación. Que de considerarse nula la sentencia de la Corte Provincial por falta de motivación, se emita el auto de nulidad correspondiente, dejando sin efecto la sentencia de apelación, debiendo regresar al momento de sustentación del recurso de apelación, en audiencia.

5.- Defensa técnica del señor Tapia: En lo relevante, Luego de concretar los asuntos formales a este recurso, individualiza su acusación por contravención del artículo 76 numeral 7, letra l de la Constitución de la República del Ecuador y del artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial. Expresa que la sentencia objeto de impugnación, carece de razonabilidad; en su decir que desde el considerando Tercero al cuarto es un resumen de los hechos de las intervenciones de cada sujeto procesal y a partir del considerando Quinto, con el título "*Análisis y Decisión del Tribunal de Alzada*", dice que se vuelven a resumir los argumentos de la apelación y en ninguna parte del considerando Quinto, se acopian los presupuestos del artículo 76 numeral 7 letra l de la Constitución de la República; no se explica la pertinencia de la aplicación de los artículos 369 el Código Orgánico Integral Penal y 369 y 370 del Código Penal.

Alega que además se incumple el parámetro de la lógica, expresando que no tiene coherencia entre las premisas expuestas por los juzgadores y la conclusión final; que dentro del considerando Quinto, de la sentencia en impugnación, se menciona un conjunto normativo el cual no tiene conexión ni continuación lógica acordé a las premisas por lo que señala que carece de comprensibilidad y por ende peticiona que se acepte el recurso y de ser el caso se declare la nulidad de la sentencia objeto del recurso.

6.- La Delegación de Fiscalía General del Estado: Por el principio de contradicción, se escuchó la contestación de Fiscalía General del Estado, que por medio de su delegada, en lo concreto señaló que los recurrentes pretendían una revalorización probatoria, en particular la Defensa técnica del Sr. Calvopiña que todo su recurso se ha dedicado a exponer sobre la prueba, lo cual no es posible hacerlo en el orden casacional; existió un perjuicio porque el Sr. Calvopiña recibió $ 110.000, por medio de la compañía Kil keny, por lo tanto, no existían motivos para casar la sentencia objeto de impugnación, por los motivos propuestos por este Recurrente. En lo que es atinente al Recurso del Señor Tapia, puntualiza de manera técnica que el recurso de casación requiere una alta tecnicidad que el impugnante no lo ha satisfecho, por lo que peticiona que se lo rechace. Insiste y reitera en que sean desechados los recursos planteados y que tampoco existe nulidad a declarar.

7.- La Acusación Particular: Respecto el recurso del Sr. Calvopiña, sobre indebida aplicación de los artículos 369 y 370 del Código Penal, basado en dos elementos el fáctico y el jurídico. En lo fáctico, divide un hecho en cuatro – cuando – la Sala Provincial, explica, no como lo dice la Defensa, que debe entender en contexto lo fáctico. En lo jurídico – dice – que la asociación de personas, está identificada en la sentencia, tratándose de los ex Gerentes General y de refinación de PETROECUADOR, en sus respectivas épocas; la finalidad se probó ya que el ordenador de gastos, era el Sr. Calvopiña, delegando al Sr. Pareja y al Sr. Tapia; direccionando las contrataciones, como explica la sentencia; el acuerdo de voluntades, probado en las sentencias de primera y segunda instancia con testimonios y prueba documental estableciendo el nexo comunicacional entre las tres personas, que usan la estructura empresarial de PETROECUADOR para el ilícito por sus funciones. Respecto a la contravención expresa del artículo 5.2 del Código Orgánico Integral Penal y los artículos 29 y 72 último inciso del Código Penal, la Sala Provincial, menciona una circunstancia agravante establecida en el artículo 30 del Código Penal. Por la falta de motivación, cargo casacional expuesto tanto por la Defensa técnica del Sr. Calvopiña como del Sr. Tapia, que hablan de una falta de dialéctica que los delitos no corresponden a delincuencia organizada; la sentencia, establece el delito de asociación ilícita, establece la organización por funciones de cada miembro con testimonios y lo sustanciado en el proceso, establecen el actuar de cada procesado y la existencia de la compañía Kilkenny Business. Existe motivación en la sentencia, hay razonabilidad, lógica y es comprensible; se anuncian los artículos, cuerpos normativos que sustentan la resolución, los hechos van delimitándose, explicando y haciendo dialéctica de cada uno, se entiende el vínculo entre los fácticos con los jurídicos y es comprensible, porque la sentencia es entendible. Pide se declare improcedente los recursos de casación interpuestos.

8.- Por la Procuraduría General el Estado: En lo primordial, acota que no se demostró cuál es la voluntad de la ley o el equívoco del juzgador; tampoco se demostró el yerro judicial. Invocan (los recurrentes) varias violaciones legales, constitucionales; mencionan normas del Código Penal, del Código Orgánico Integral Penal; dicen que no hay congruencia en la sentencia, falta de motivación, etc. En primer lugar, el Código Penal utilizado tanto por el Tribunal como por la Corte Provincial, utilizado para aplicar el principio de favorabilidad que cuestionan los recurrentes; el fallo no se aparta del objeto procesal, no excede las de las partes, no existe falta de congruencia; hay una relación fáctica tanto en la instrucción como en la audiencia de juicio y en la apelación. Pide se rechacen los recursos.

9.- Procesado no recurrente: La Defensa del Sr. Pareja, en lo medular señala: Los cargos casacionales de los dos procesados son objetivos y claros, pese a no poder presentar cargos casacionales se evidencia que existe nulidad constitucional y por tanto pide que de oficio se lo beneficie, por cuanto la nulidad constitucional esgrimida es clara y como garantistas del debido proceso y de los derechos de los ciudadanos pide que se los acepte.

10.- Replica del Sr. Calvopiña: Por las afirmaciones alusivas a que no encontró error jurídico, que los elementos fácticos se detallan en la sentencia; se pregunta: Cuándo se consumó el delito; será un

delito de consumación instantánea, permanente. Por eso la indebida aplicación. La Corte Provincial no establece los hechos que configuran los tipos penales. No debe referirse a hechos sino al error judicial y la jurisprudencia de esta Sala, dice que lo que no se puede mencionar en esta audiencia asuntos de valoración probatoria. No cuestiona los hechos probados, sino el error judicial. Debía explicarse la proposición jurídica completa y presentó cuatro hechos de relevancia a criterio de la Corte Provincial, por lo que la proposición jurídica completa sería en el peor de los casos peculado. Por qué la Corte Provincial, aplica la pena de seis años de prisión, es, por no considerar las circunstancias modificatorias de la infracción. Respecto a la alarma social, se afirmó que los ecuatorianos fueron afectados por esta infracción, la economía del Estado, la propiedad; pues, el delito por el cual la Corte Provincial adecúa la conducta no es contra la administración pública ni la propiedad; sino, contra la seguridad pública acorde al Código Penal. Fiscalía, cambió de teoría del caso, en cada etapa procesal y hoy se ratifica una vez más que dijo: existió un perjuicio porque el Sr. Calvopiña recibió $ 110.000, por medio de la compañía KILKENNY; es decir, Fiscalía tiene una teoría distinta a las demás etapas. Por la afirmación de que se ha dividido un hecho en cuatro y que hay que entender el contexto fáctico de la sentencia, la consideración de los hechos probados tiene que guiarse por un elemento sustantivo básico que es la categoría dogmática de la acción, quién, qué, cuándo, cómo y dónde lo hizo; preguntas que debió responder la Sala, sin poder decirse ahora que la Sala Provincial generó un contexto en el cual tendría que estar el delito. Que el Sr. Calvopiña ha sido ordenador del gasto; son cargos no correspondientes a PETROECUADOR. El principio de favorabilidad, permite interactuar normas sustantivas y procesales en lo que sea más favorable a personas procesadas; este proceso, se sustancia con normas procesales del Código Orgánico Integral Penal, las sustantivas interactúan el Código Orgánico Integral Penal en base al principio de favorabilidad y Código Penal en base al artículo 369 y 370, delito por el cual condenó el Tribunal Penal, significando su aplicabilidad y hay contravención expresa al no aplicarse las atenuantes del Código Penal y se explica una dialéctica en los cuatro hechos, cada uno dividido e interactúan para explicar un solo contexto; si los hechos interactúan dialécticamente en la sentencia, se pregunta ¿cuál fue el delito contra las personas que se intentaba cometer? Si no hay respuesta, no habrá fundamento para condenarlo.

11.- Replica del Sr. Tapia: Si se revisa el numeral Quinto de la sentencia, solo se limita a declarar la validez procesal, no se refiere a la motivación; por ello como garantistas del debido proceso, debe la Sala analizar la situación y se ha fundamentado debidamente el recurso de casación tanto por el Sr. Calvopiña como por el Sr. Tapia y se debe declarar la nulidad constitucional.

III CONSIDERANDOS

12.- La Ley Del Tiempo Rige El Acto (*pro témpore regit actum*): Los hechos que estructuran este proceso, datan de un periodo de marzo de 2012 a julio de 2015, es decir se abrigan en temporalidades durante las cuales ha estado en lo sustantivo en rigor el Código Penal y luego el Código Orgánico Integral Penal; en lo adjetivo cuando no existía proceso penal el Código de Procedimiento Penal, que se deroga con la promulgación y entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal. Las leyes instrumentales con las que se adelanta un proceso penal son con las vigentes al momento del inicio procedimental. En lo sustantivo, en cambio se aplican la normativa vigente durante las temporalidades de ejecución de la conducta reprochable. En todo caso el 10 de agosto de 2014, entró en pleno rigor el Código Orgánico Integral Penal, empezando el proceso penal en fecha ulterior a esta; en consecuencia, dada esta forma de temporalidad de la prosecución que se ha dado al proceso penal, la normativa sustantiva general y particular cobra rigor con la ultraactividad de la norma que estuvo tipificada en el Código Penal (derogado al entrar en vigencia el sistema integral penal que también derogó el Código de Procedimiento Penal). De allí que, en lo procedimental se activaron las normas del Código Orgánico Integral Penal; y, aplicando el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal, el artículo 2 inciso final del Código Penal, se aplican normas distinguiendo tiempos para concordar las leyes (*distingue témpora et concordabis jura)*, utilizando normas sustantivas penales aplicables al tiempo, antes de su derogación y normas adjetivas aplicables en tiempo a la fecha de nacimiento del proceso penal – en lo aplicable *prima in tempore prima in iure* (primero en tiempo, primero en derecho), cumpliendo así el principio de temporalidad, ya que acorde al artículo 16 numeral 1 del COIP el tiempo rige el acto *(tempus regit actum*).

13.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra K; artículos 167,

172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; Considerando Octavo, artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183 numeral 3, 184, 186 numeral 1 en relación al penúltimo inciso del artículo 182 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato de los artículos 398, 400, 402, 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal y por el sorteo de ley; esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Penal Policial de la Corte Nacional de Justicia, tiene jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

14.- Validez Procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, lo cual, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violado solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

IV. DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación de los Recursos de Casación)

15.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar, la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación, sin examinar los hechos del caso en concreto; ya que el recurso de casación, no puede revisar las pruebas ni los hechos probados, estudia el cumplimiento de las leyes, sin que su misión se oriente a generar su propio cuadro fáctico.

16.- Sobre las causales de cada recurso: El artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, dicta lo siguiente:

> "*El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.*
> *No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba*"

16.1.- Del texto de la norma, deviene que las causales son:

16.1.1.- Contravención expresa del texto de la ley, que constituye una exclusión evidente, la cual se presenta, cuando no se emplea la norma que corresponde, porque el juez yerra acerca de su existencia; ya porque la desconoce o que de manera simple conociéndola, no la aplica.

16.1.2.- Indebida aplicación de la ley, configurada cuando el sentenciador, hace una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la disposición, ese yerro, recae en la selección de la norma aplicada, dejando de aplicar la norma que corresponde para la solución del problema jurídico.

16.1.3.- Errónea interpretación de la ley, que sucede cuando la norma aplicada y adecuada por el Juez en su proceso de selección, es la correcta, pero al concederle su interpretación, le atribuye un sentido que no le corresponde, con efectos distintos a los de sus contenidos, implicando que le ha consignado una interpretación equivocada del alcance del texto de la norma.

16.2.- Las causales expresadas, son atingentes a errores *in iudicando*, que configuran un vicio de juicio en sus distintas contemplaciones que puede manifestarse en la sentencia objeto de casación – causales expresadas – que tampoco desmerecen dentro de la estructura del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cual modelo adoptado por

el Ecuador (Art. 1 CRE), a la casación por vulneración del derecho a la motivación, lo cual implica una alta gama de interrelación comunicativa entre la interdependencia de los derechos consagrados en la Constitución e Instrumentos (internacionales) protectores de los Derechos Humanos.

17.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: A la luz de los parámetros indicados, se tiene que para concretar el procedimiento dispuesto en el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal. En aplicación de la Resolución número 10-2015, publicada en el Registro Oficial 563, de 12 de agosto de 2015. La Corte Nacional, en el presente expediente, había receptado cuatro recursos de casación, de los cuales habían sido admitidos dos de ellos, de la siguiente manera: **a) Recurso del Sr. Calvopiña,** por los reproches concernientes a contravenciones expresa de las normas contenidas en los artículos 5 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, artículos 29 y 72 del Código Penal; indebida aplicación de los artículos 369 y 370 del Código Orgánico Integral Penal y el cargo de falta de motivación concerniente al artículo 76 numeral 7 letra l, de la Constitución de la República del Ecuador; y, **b) Recurso del Sr. Tapia,** de manera exclusiva el cargo concerniente a contravención expresa de las normas contenidas en el artículo 76, numeral 7, letra l, de la Constitución de la República y artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial. Estos son los límites sobre los cuales operan los presupuestos casacionales y ocuparán el estudio de este Tribunal Casacional.

17.1.- Lo determinado en la delimitación conclusiva del juicio de legalidad de la sentencia, no se contrapone al derecho a la tutela judicial efectiva ni a la presunción de inocencia, menos aún al derecho a la defensa; ya que, al existir varios recurrentes y al haber escuchado esta Corte sus alegaciones – que de ser procedentes – el beneficio de uno, puede abrigar a los demás, como lo configura el artículo 652 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, que establece:

> *"Cuando en un proceso existan varias personas procesadas, el recurso interpuesto por una de ellas, beneficiará a las demás, siempre que la decisión no se funde en motivos exclusivamente personales. Este beneficio será exigible aunque medie sentencia ejecutoriada que declarará la culpabilidad"*

17.2.- Además en concatenación a la fiscalización de la motivación de la sentencia, por medio de la Corte Nacional de Justicia que (en el orden penal), tiene una limitación lógica por la estructura del procedimiento casacional, siendo revisable todo lo que se puede revisar mientras no afecten los principios constitucionales estatuidos en el artículo 168 y 169 de la Constitución de la República, entre otros de oralidad e inmediación, que no impidan la revisión. La Corte de Casación es responsable por el control de lo que tiene capacidad de revisar por sus propios medios, sin necesidad de rehacer un nuevo juicio [de hechos], de modo que las verificaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que permanecen reservadas exclusivamente al juzgador de instancia. Este recurso se dirige a examinar *ex post* la justificación de la decisión para corregirla y/o verificar si es una decisión justa, en derecho, acorde al resultado procesal evidenciado en la sentencia. El control en casación no implica reformular el juicio de hecho, sino establecer si la decisión se sustenta en argumentación racionalmente aceptable; es decir, es un control de validez racional de la justificación según el contexto en el cual ha sido expedida. Por lo tanto, bajo el sustento del principio de máximo rendimiento, el Tribunal de Casación, evidenciar**á** si en la estructura argumentativa de la sentencia cuestionada, responde a los presupuestos de la Ley dictada por el soberano. Por lo qu**é** respecto al juicio contra el juicio o fiscalización de la motivación, este máximo organismo de administración de justicia – de ser procedente – se pronunciará, en los términos que señala el artículo 656 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, que establece:

"*Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá*"

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

18.- Como ya ha quedado determinado, en el párrafo 17, de esta sentencia, se procede a verificar lo impugnado por los recurrentes cuyos cargos fueron admitidos a fase de debate para Resolución.

19.- Respecto al Sr. Calvopiña, se concretan en:

19.1.- Primer Cargo, indebida aplicación del artículo 369 y 370 del Código Penal, tipo penal selecto en figura agravada – que dice – "*no supera el juicio de tipicidad*", al fijarse en la sentencia como hechos fácticos: ya, el cambiar una forma de contratación a la de giro específico del negocio; ya, el transferir $ 110.000 a Panamá; ya, el tener diferencias entre ingresos declarados y no declarados al Fisco; ya, el estar relacionado con KilKenny Business de Panamá. Por cuanto el artículo 369 del

Código Penal – alega que – requiere asociación de individuos, con concordancia, conveniencia, concurso de voluntades para atentar contra las personas o la propiedad y el artículo 370 *Ibíd.*, exige que tales delitos se repriman con pena de reclusión. La premisa mayor que acusa de "*indebida aplicación*" se imputa a cada hecho relevante de la sentencia como son: ora, el cambiar la figura de contratación por la de giro específico del negocio – que señala – correspondería a peculado; ora, el transferir a Panamá $ 110.000 sin más especificación – que expresa – puede referirse a lavado de activos o enriquecimiento ilícito; ora, el tener diferencia entre ingresos reales con los declarados al SRI – que ilustra – puede ser un delito de defraudación tributaria. En fin, que debía responderse si hubo concertación o acuerdo para formar un grupo estructurado, cuándo empezó, sus fines, los delitos que cometerían; si fue permanente o no, y que – a su juicio – eventualmente pudo aplicarse: Peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, no formulados después de tres años.

19.2.- El segundo cargo, contravención expresa del artículo 5.2 del Código Orgánico Integral Penal y artículos 29 y 72 del Código Penal – especifica que – los hechos probados son del periodo de marzo de 2012 a julio de 2015 y hay concurrencia de dos normas eventualmente aplicables: del Código Penal y Código Orgánico Integral Penal. El artículo 29 del Código Penal, establecía como atenuantes: En el numeral 2, ser el culpable mayor de 60 años; y, en el numeral 7 que la conducta anterior del delincuente no se trate de un individuo peligroso – dice – inaplicadas, pese a que en juicio, en el alegato final y en audiencia de apelación las presentó y probó, sin recibir respuesta – que – habida responsabilidad según norma derogada, compete también las circunstancias modificatorias de la pena, con atenuantes de manera favorable al condenado – arguye – que la sentencia apunta como agravante la "*alarma social*" vulnerando el principio de legalidad e impone un derecho penal de autor sobre el de favorabilidad; al escogerse la pena más favorable, se inaplicó circunstancias modificatorias de la pena. Que el principio de favorabilidad se aplica a los elementos, objetivos del tipo y a las circunstancias modificatorias como atenuantes y agravantes.

19.3.- Tercer cargo, nulidad constitucional por falta de motivación (artículo 76, numeral 7, letra l de la Constitución de la República). Acusa ausencia de motivación por argumentos no considerados y falta del elemento objetivo – expresa que – el delito de asociación ilícita del Código Penal y el de delincuencia organizada no es lo mismo – alega que – en asociación ilícita, los elementos de tipicidad objetiva, son: ya, un acuerdo entre los procesados; ya, la existencia de organización, estructura, jerarquía – e implora que –no controlaba los procesos en la refinería de Esmeraldas; pues, dar poderes a gerentes operativos es práctica habitual y legal; pues, no es dueño de la empresa Killkeny; pues, no se benefició de alguna transferencia; en fin – acota que – no se revisa prueba documental en la sentencia y sobre el contenido de una documentación recabada con asistencia penal internacional, se pone a una perito basada en información de la UAFE, sin explicar los orígenes de sus datos – que eso – le genera duda – añade que – la sentencia es incoherente entre los hechos construidos por el Tribunal y la Corte Provincial, respecto a las conductas relevantes (seis para el Tribunal y cuatro para la Provincial), ya cómo, planificación y ejecución de actos de intervención en el abuso del giro específico del negocio; ya entonces, cambiando la forma de contratación; ya pues, el Gerente General, es responsable de delegar a los de las unidades, sin eximirle la responsabilidad de transferir al exterior, en particular $ 110.000 a Panamá sin estar en ese país; ya qué, se dice, son "*omisiones dolosas*" sin indicar cuáles; ya por cuánto, la diferencia de ingresos no declarados al fisco y actos de fase precontractual, se abusó de dineros públicos en poder de los miembros de la asociación, sin decir cuáles fueron los contratos o monto abusado; ya dicho, el estar relacionado con la compañía Kilkenny Business de Panamá, firmar una resolución del proceso de contratación con MMR, delegar y dar poderes a los Gerentes Operativos – que a su decir – se aleja de la construcción fáctica del Tribunal, convirtiéndose en parte procesal con su propia teoría del caso y acusación, vulnerando el derecho a la defensa.

19.4.- Cuarto cargo, nulidad procesal, a virtud del artículo 657.6 y 652.10 del Código Orgánico Integral Penal y fallos atinentes a que no es tema casacional declarar la nulidad total o parcial del proceso, siendo pertinente por el artículo 76.7.l de la Constitución, por falta de motivación o según el artículo 652.10 del Código Orgánico Integral Penal, cuando al resolverse un recurso se observe una causa que vicie el procedimiento, se declarará, de oficio o a petición de parte la nulidad desde que se produjo a costa quien lo provoque, en coherencia con el artículo 652.10 *supra* – dice que – hay vul-

neración grave al derecho a la defensa en el Juicio, ratificado por la Corte Provincial por incongruencia fáctica y jurídica entre la acusación fiscal y la sentencia del Tribunal – señala que – el auto de llamamiento a juicio, anota una cantidad de dinero depositada por Off Shore, Kilkenny Business del Sr. Calvopiña, en fecha determinada, por un valor y en otra fecha por otro valor; mientras la sentencia del Tribunal, dice que el Sr. Calvopiña: ya, mediante planificación y ejecución de actos de intervención en el abuso del giro específico del negocio; ya, en omisiones dolosas, realizadas en la etapa precontractual, en la suscripción de contratos, en los que se abusó de dineros públicos que estuvieron en poder de los miembros de la asociación; ya, utilizando maniobras para dificultar o impedir que se descubra estos ilícitos y con el fin ulterior de procurarse un beneficio económico común; ya, con el incremento injustificado de su patrimonio producido a consecuencia del desempeño de su cargo público, pues los montos declarados en el impuesto a la renta son distintos a los ingresados al sistema financiero, estableciéndose diferencia de ingresos no declarados al fisco; ya, sumándose el dinero encontrado en el allanamiento – agrega que – en la impugnada sentencia, se anotan hechos considerados constitutivos de asociación ilícita – siendo estos – que, el día del allanamiento se encontró dinero; que, como gerente general era responsable de lo que pase en PETROECUADOR; que, hay un contrato suscrito entre el Sr. Pareja y MMR INTERNATIONAL; que, las delegaciones no le eximen de responsabilidad; que, el Sr. Calvopiña no pagó un valor de impuesto a la renta; que, nombró a los Sres. Pareja y Tapia gerentes de refinación – arguye que – hay incongruencia y el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, dispone que se debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no aleguen las partes, sin poder ir más allá del petitorio ni fundar la decisión en hechos diversos a los expuestos por las partes. Que eso es indefensión y afecta a la decisión de la causa, al considerarse nuevos hechos para condenar.

20.- En relación a los cargos que se delimitan por parte del Sr. Tapia su acusación tiene la siguiente particularidad concreta:

20.1.- Único cargo: Contravención del artículo 76 numeral 7, letra l de la Constitución y artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial – expone – que la sentencia no es razonable: que, del considerando Tercero al Cuarto, abstrae las intervenciones de los sujetos procesales; que, en el considerando Quinto "*Análisis y Decisión del Tribunal de Alzada*", resume los argumentos de apelación; que, incumple el artículo 76 numeral 7 letra l de la Constitución; que, no explica la pertinencia de aplicación de los artículos 369 el Código Orgánico Integral Penal y 369 y 370 del Código Penal – además – incumple la lógica, por incoherencia entre las premisas y la conclusión; que, en el Considerando Quinto, se mencionan normas sin conexión ni continuación lógica acorde a las premisas con falta de comprensibilidad.

21.- Problemas a dilucidar: de la abstracción realizada, se tienen los siguientes problemas: **a)** ¿Qué clase de infracción es la conducta distinguida por el asocio para delinquir en el campo jurídico penal ecuatoriano?; **b) ¿Cómo el quantum de la pena responde al principio de legalidad ante agravantes judiciales en el derecho penal ecuatoriano?**; **c)** ¿Cómo el cambio de denominación de la conducta no afecta a los elementos constitutivos del tipo penal destinado a punir el asocio para delinquir en el nuevo catálogo punitivo ecuatoriano?; **d)** ¿Cuáles son los límites respecto al cuadro fáctico de la sentencia objeto de recurso de casación en el sistema penal ecuatoriano?; **e) ¿Cómo verificar la satisfacción de estándares de debida motivación dentro de una sentencia sometida a recurso de casación en el sistema integral penal de Ecuador?**

21.1.- Cada una de las interrogantes planteadas se resuelven en su respectivo orden con el desarrollo expuesto en los párrafos siguientes:

¿Qué clase de infracción es la conducta distinguida por el asocio para delinquir en el campo jurídico penal ecuatoriano?

22.- Esta interrogante surge por los sustentos formulados de indebida aplicación del artículo 369 y 370 del Código Penal, con vigencia ultra-activa para esta causa. Es menester tener presente el texto legal de la normativa impugnada, por lo que los artículos 369 y 370, en su orden señalan:

> "*Toda asociación formada con el fin de atentar contra las personas o las propiedades, es un delito que existe por el solo hecho de la organización de la partida*."
>
> "*Si la asociación ha tenido por fin la perpetración de delitos que merezcan pena de reclusión mayor, los provocadores de la asociación, sus jefes y los que hubieren ejercido en ella un mando cualquiera, serán reprimidos con tres a seis años de reclusión menor.*

Serán reprimidos con prisión de dos a cinco años, si la asociación ha sido formada para cometer delitos reprimidos con reclusión menor; y con prisión correccional de seis meses a tres años, si la asociación ha sido formada para cometer delitos de otra índole."

22.1.- De manera concomitante, se deja en claro como señala el Considerando Quinto de la sentencia en impugnación que "…*en cuanto al tipo penal, se evidencia que desde un inicio se lo hizo por el previsto en el Art. 369 del COIP, no existe sorpresa dentro de la etapa de juicio respecto al tipo penal, salvo que en el momento de resolver sobre la pena, el Tribunal debió concretar por el tipo penal del Código Penal que, teniendo similares elementos y bien o bienes jurídicos tutelados corresponde aplicar por el principio de favorabilidad constitucional, en favor de los procesados*…", principio de favorabilidad que operó por cuanto las conductas reprochables objeto de juzgamiento, fueron durante un periodo en que tuvo rigor el derogado Código Penal y también el vigente catálogo de infracciones; por lo tanto también es menester no dejar de lado el texto legal del artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal que dice:

"*La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de dos o más personas que, de forma permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.*

Los demás colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años."

23.- Los tipos penales trascritos, establecen un deber jurídico – legal, que preceptúa consecuencias jurídicas a la pluralidad que incumpla la obligación de no ejecutar la conducta de "*formar*" un grupo (asocio de personas) para "*planificar*" actividades de una "*organización*" delictiva, encaminada a perpetrar conductas reprochables – *ergo* (en la forma modificatoria punitiva) es con el fin de "*perpetrar*" o "*cometer*" delitos que ameriten pena privativa de libertad. Se sanciona este tipo penal según la pena que se contemplen a los delitos fines por los cuales se ha conformado el solo hecho de la organización o dicho de manera puntual se ha integrado la asociación.

24.- Debe quedar claro que, "…*no se trata de una asociación propiamente dicha sino del enlace de varios para la empresa común de cometer delitos*…" [Terragni, Marco, "*Tratado de Derecho Penal*", Tomo III, Parte Especial II, pág. 222, Editorial La Ley, Buenos Aires – Argentina, 2012]. De todas formas, la ley, lo que requiere es cierto nivel de un acuerdo, aunque mínimo o elemental; por tanto, es un inconfundible delito de peligro abstracto, donde el bien jurídico tutelado no necesita ser vulnerado para que se configure la infracción, pues esta se perfecciona con el temor fundado y real de que el mal ocurra, en base a determinada conducta del sujeto, al ser tipificada por la ley de acuerdo a cada infracción en específico que el conjunto de agentes se proponen realizar.

25.- Para entender que es un "*delito de peligro abstracto*", es menester acorde al lenguaje jurídico-penal acudir hacia la solidez en la medida qué, según las clases de delitos, tal clasificación le entrega una relevante importancia para su tratamiento adecuado e interpretación de las disposiciones penales. En esta línea, al clasificar los delitos, se encuentran aquellos de acuerdo con la intensidad del menoscabo del objeto material, donde se distinguen los delitos de lesión y los delitos de peligro. Se diferencian en tanto y en cuanto, "*Al tipo de los delitos de lesión pertenece un daño al objeto de la acción, lo que significa un daño real en los bienes jurídicos…*" [Johannes Wessels y otros "*Derecho Penal Parte General*" El Delito y su Estructura, Pacífico Editores, pág. 17, Lima – Perú, 2018] mientras que "…*en los delitos de peligro basta la producción de una situación de peligro para el objeto de protección previsto en el tipo*…" [Ibíd]. Los "*delitos de peligro*", se dividen en concreto y abstracto. Los delitos de peligro abstracto son aquellos en los cuáles la comisión de la acción implica la existencia del peligro; por lo tanto, no se necesita para que exista el hecho punible que se demuestre la producción del peligro, se sustenta en la presunción legal de que la conducta es peligrosa para el objeto de protección, basta el motivo respecto de la existencia del precepto. Mientras que los delitos de peligro concreto se distinguen por la consideración de que una conducta puede ser peligrosa para el objeto protegido, por lo que se pretende de manera concreta la protección para un caso en particular. Los delitos de peligro concreto son de resultado y su producción del peligro concreto – como presupuesto de punición – debe ser verificado por el juez; mientras que, en los delitos de peligro abstracto, por regla el juez, no

debe verificar la probanza que en el caso puesto a su conocimiento se haya producido o no el efecto del peligro.

25.1.- Los elementos de la peligrosidad se fijan en la estructura propia de la ley. En los delitos de peligro concreto, el advenimiento éste, como elemento del tipo debe ser comprobado por el juez - mientras que - en los delitos de peligro abstracto son tipos en los que la determinación de la peligrosidad general de la acción se abandona el criterio del juez a través del elemento de la aptitud de aquella para producir un resultado determinado [Hans-Heinrich Jeschek y otro "*Tratado de Derecho Penal*", Parte General, Volumen I, Pacífico Editores, pág. 390, Lima – Perú, 2018], es decir dos formas de tratamiento distinto. En los delitos de peligro concreto, ha de estar realizada la producción del resultado y en los delitos de peligro abstracto no es necesaria tal realización.

26.- Por lo indicado, siendo como lo es el delito juzgado un delito de peligro abstracto ya que "… *afecta la tranquilidad y paz social, no sólo porque la sociedad sabe de su existencia, lo que produce inquietud social, sino, además, por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido*" [Alberto Donna, "*Derecho Penal*" Parte Especial, Tomo IIc, pág. 270, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires -Argentina, 2015], en consecuencia lo que se persigue es la aptitud, el punto de partida organizativa con predisposición para delinquir, no es necesaria entonces la verificación de la consumación o el tentamiento de los delitos fines. La consumación o no de los delitos fines es indistinto a la existencia de este delito – el cual – además es un delito autónomo.

27.- En la especie se ha alegado que la sentencia finca algunos supuestos como hechos fácticos *ergo*, cambios de figura de contratación pública que a decir del propio recurrente correspondería al delito de peculado; *ergo*, operaciones de transferencias económicas a otro país que en decir del mismo impugnante, puede referirse a lavado de activos o enriquecimiento ilícito; *ergo*, diferencias entre ingresos reales con los declarados al SRI, que de voz del casacionista dice puede ser un delito de defraudación tributaria. Los cuales reitera y enfatiza que no se han perseguido pese a virtud del tiempo transcurrido, que por ello es la indebida aplicación del precepto penal por el que se le ha impuesto la condena, ya que a su juicio debía indicarse si hubo concertación o acuerdo para formar el grupo, su inicio, fines, delitos que cometerían, si fue permanente o no, pues a juicio del recurrente, se debió activar la cuerda penal por delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, que no han sido formulados.

28.- La autonomía del delito del asocio para delinquir, lo diferencia de los delitos fines, que se proyectan a perpetrarse o que se perpetran como cometido propio del motivo de la asociación, ya que la misma existe desde el punto de partida organizativa, desde el momento inicial de ingreso o acceso a la asociación y termina en el momento de retiro de ella, en consecuencia, también por la propia naturaleza del delito es permanente o continuo, de manera indistinta a los delitos que se vayan ejecutando con ocasión de la asociación, de manera desvinculada a que se investigue o no los delitos ejecutados como consecuencia del ilícito asocio.

29.- A los jueces extraordinarios de casación, no les compete contestar en el caso en concreto si hubo concertación o acuerdo para formar el grupo, su inicio, fines, delitos que cometerían, si fue permanente o no, como alega el recurrente. En el juicio de legalidad de la sentencia o fiscalización de la misma, parte del propio continente de la sentencia para verificar si la Ley impuesta por el soberano ha sido aplicada de manera adecuada. Por ello, lo verdaderamente relevante que se observa – es que – como dice la sentencia en estudio, que "…*la hipótesis cierta, recogida por el Juez, de la conformación de una organización para cometer delitos relacionados con corrupción a nivel de contrataciones en la empresa PETROECUADOR…*" y como alegó el propio recurrente que los hechos probados por la Sala de lo Penal, se dan en un periodo de marzo de 2012 a julio de 2015, periodicidad que da respuesta a las propias preguntas del recurrente y la clase de delitos como los de peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos y defraudación tributaria, reseñados por el propio recurrente y reflejados en el Considerando Quinto de la sentencia estudiada, prosiguen respondiendo las preguntas del impugnante.

30.- Se detecta también una particularidad: Cuando el casacionista señala que se lo ha condenado "*por el hecho de ser Gerente de PETROECUADOR*", por cuanto "*ha nombrado como gerentes a otros coprocesados"* y empieza a narrar las distintas actividades que constan en la propia sentencia del *Adquem*, se reafirma de esta manera (lo sentado en el Considerando Quinto de dicha sentencia una vez más) "…*la hipótesis cierta, recogida por el Juez, de la conformación de una organización para cometer de-*

litos relacionados con corrupción a nivel de contrataciones en la empresa PETROECUADOR…". Desde la perspectiva de Gerente General, que nombra a otros gerentes, válgase decir desde el administrador que nombra otros administradores, delegando un rol de funciones dentro de la estructura empresarial, pasan a convertirse en depositarios de una función social atribuida por el sistema jurídico, con un mecanismo distributivo de roles donde sus actividades se ven limitadas por los mandatos jurídicos y mantienen el dominio de ciertos actos encomendados por la función social que se les ha encargado; por lo tanto, "*todo sujeto, en cuanto miembro de la comunidad jurídica, recibe un mandato general que le impone la obligación mínima de no lesionar a los demás mediante el desarrollo personal. La libre organización de la esfera personal lleva consigo una obligación general de no lesionar a los demás configura los denominados delitos de dominio. El factor de imputación en estos delitos es el dominio del riesgo que finalmente pone en peligro o lesiona la esfera de la organización de terceras personas*" [Percy García "*Intervención Delictiva en Estructuras Empresariales*", pág. 92, Ideas Solución Editorial Lima – Peru 2019]. En consecuencia, en la especie adquiere relevancia por la naturaleza de la infracción que ha sido juzgada al ser los justiciables personeros con el dominio empresarial que utilizan la estructura para materializar la concertación delictuosa – si no hubiesen ejercido los roles o funciones gerenciales, no se hubiese podido configurar el cuadro fáctico que subsume al tipo penal juzgado.

30.1.- La referida obligación de no causar daño o no adecuar la conducta a injustos penales, la poseen de manera obligatoria quienes administran una entidad empresarial (deben administrarla como buenos padres de familia), ya que en ningún momento dejan de desempeñarse en su rol de ciudadanos, si bien es verdad que los "*…delitos de dominio es que no están predeterminados por el legislador sino que requiere de una labor de identificación…*" [Ibíd. pág. 92], lo cual ha realizado el juez de instancia en la sentencia impugnada, comprendiendo que el delito de asociación ilícita es autónomo y además en la especie al realizar el estudio casacional, se denota la figura empresarial, teniendo por ende las características de que es un delito de dominio, por los propios roles que narran los recurrentes y la sentencia; siendo un delito de dominio conlleva a una responsabilidad acorde al deber jurídico penal de no infraccionar el bien jurídico protegido.

31.- Por lo tanto, el delito de asocio para delinquir es un delito de peligro abstracto, autónomo e independiente de los delitos fines que se perpetra de manera activa mientras dure la asociación que no se agota con el acuerdo de sus integrantes, siendo además pluriofensivo, donde las personas y los bienes dentro del contexto social están en peligro por la zozobra e inseguridad que genera esta clase de organización, que en el contexto de su perpetración por medio de un sistema empresarial – como en el presente caso – es de dominio, por las funciones que cada uno de sus miembros desempeñan en el rol empresarial. Válgase decir que éste delito, se contrapone a los derechos fundamentales de libertad de asociación y libertad de empresa, ya que los supuestos tipificados comportan extralimitaciones al ejercicio de los indicados derechos; siendo distintos el bien jurídico protegido dentro del tipo penal de asocio organizado para delinquir de aquellos bienes jurídicos que se protege a través de la posterior acción delictiva que se cometa, de tal suerte que este delito, posee sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, que se demuestra con el hecho de que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva; pues la asociación penalmente punible no precisa de estructura y organización altamente compleja; basta la agrupación de varios, con estructura primaria diferenciada de la individualidad de los miembros que la integran. Por su naturaleza, la asociación supone cierta apariencia formal. En el presente caso, como reza el considerando Quinto de la sentencia en estudio "*…la hipótesis cierta, recogida por el Juez, de la conformación de una organización para cometer delitos relacionados con corrupción a nivel de contrataciones en la empresa PETROECUADOR…*" que se intercomplementa con el amplio estudio de su acerbo y que los reseñó la defensa técnica del sentenciado que al ser Gerente General de PETROECUADOR y que los presupuestos fácticos establecen la existencia ya de cambios de figuras de contratación pública que pueden ser coherentes con el delito de peculado; ya la existencia de operaciones de transferencias económicas a otro país que puede corresponder a lavado de activos o enriquecimiento ilícito; diferencias entre ingresos reales con los declarados al SRI, que pudiera concernir a defraudación tributaria; en fin delitos que se afirma no han sido formulados.

31.1.- Por la naturaleza y clase de infracción, perfectamente delimitada en el catálogo penal, los

delitos fines no necesariamente deben haberse ya perpetrado más puede haber en la especie por los motivos indicados una aparente posible ejecución de delitos desempeñados a virtud de los roles de dominio en el contexto de empresa, "…*de tal situación el principio de legalidad en materia penal determina que los tipos penales deben utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, fijen sus elementos y permitan deslindarlas de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales*…" [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros versus Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 121, y Caso Usón Ramírez versus Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 55]. En la presente causa, la sentencia objeto del recurso, configura los términos estrictos y unívocos, claros de la conducta punible, establecida en el artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal y que ha sido punida por principio de favorabilidad con la pena de los artículos 369 y 370 del Código Penal ultra activo para esta causa, sin que existan salidas no penales para el problema jurídico solucionado. No existe ambigüedad en la formulación del tipo penal sentenciado ni genera dudas, por lo que no abre el campo del arbitrio de la autoridad, para decir que contra norma se ha establecido responsabilidad penal. "…*Esto tiene particular importancia en la función del juez, quien al aplicar la ley penal debe atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico*…" [Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso De La Cruz Flores versus Perú, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párrs. 79-82, y Caso Yvon Neptune versus Haití, Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 125.] en el presente caso, la subsunción al catálogo penal es clara (Art. 369 COIP) y su punición se benefició por el principio de favorabilidad (Art. 369 y 370 CP); observa de manera estricta los elementos preceptuados en el texto legal, por lo que no existe duda de la adecuada subsunción practicada por el juez de instancia por medio de su sentencia hoy objeto de impugnación, entre los presupuestos fácticos, con el precepto penal aplicado y la norma punitiva impuesta, ya que por generación del principio de favorabilidad, no se puede decir que la norma de punición (Art. 369 y 370 CP), fue indebidamente aplicada, al ser derecho de los justiciables garantizado en norma constitucional y supranacional. En consecuencia, no es casable la sentencia desde este extremo.

¿Cómo **el quantum de la pena responde al principio de legalidad ante agravantes judiciales en el derecho penal ecuatoriano?**

32.- La interrogante en mención nace de la acusación de contravención expresa del artículo 5.2 del Código Orgánico Integral Penal y artículos 29 y 72 del Código Penal. Las circunstancias agravantes y atenuantes de culpabilidad, son aquellas situaciones relacionadas ya, con él o los autores del injusto penal; ya, con el bien jurídico; ya, con especiales motivaciones; en fin, que son tomados por la ley penal para agravar o atenuar la punición del injusto – es decir – son una cuestión distinta a los elementos que estructuran el tipo penal, de allí que el reconocimiento de una circunstancia tiene efectos sobre la punibilidad (visto el principio de favorabilidad), con la ley que ha sido aplicada a los procesados para su punición que es el Código Penal ya que como dice el propio recurrente los hechos probados por la Sala de lo Penal, se dan en un periodo de marzo de 2012 a julio de 2015, lo cual significa que el periodo de tiempo fijado marca una temporalidad en la que estuvo vigente el Código Penal y mientras transcurría el periodo de la organización, entró en rigor el Código Orgánico Integral Penal. El Código Penal prevé a esta clase de conductas la pena privativa de libertad de tres a seis años (Art. 370); mientras que, el Código Orgánico integral Penal, la pena privativa de libertad es de siete a diez años (Art. 369).

33.- En materia de circunstancias agravantes, el Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 44 inciso final, dispone que "*Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio*"; mientras que en el Código Penal, las circunstancias agravantes, no modifican el dial de la pena – es decir – se mantiene el juzgador con el arbitrio de imponer dentro del rango mínimo al máximo la pena en punición.

34.- En el régimen del Código Penal favorablemente aplicado a los sentenciados, se tiene que el artículo 30 de dicho cuerpo jurídico, establecía:

> "*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: (…)"

34.1.- Del texto apuntado, visto su fiel contenido, dice que las circunstancias agravantes son: "…*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*…", en primer lugar el legislador deja abierta la posibilidad al juzgador de detectar "…*todas*…" – las circunstancias – (no constitutivas o modificatorias de la infracción) que *ergo*, aumenten la malicia del acto; *ergo*, generen la alarma que la infracción produce en la sociedad; *ergo*, establezcan la peligrosidad de sus autores. La expresión "…*todas*…" es un universo que no encuentra límite en la redacción del legislador; por ello, luego de colocar la parte genérica, la norma pasa a ser opcional ejemplificativa al concluir el inciso diciendo: "…*como en los casos siguientes*: (…)", es decir que el legislador (en el régimen del Código Penal), dejó en libertad al juzgador para completar el universo de "…*todas*…" aquellas circunstancias que ora ya, aumenten la malicia del acto; ora ya, generen la alarma que la infracción produce en la sociedad; ora ya, establezcan la peligrosidad de sus autores. Es decir que el juzgador queda en libertad de visualizar la agravación dentro de las tres esferas indicadas. Con tal libertad que se sustenta en el principio de debida diligencia y aplicación pro ser humano, tal observancia resulta más benigna que la normativa del Código Orgánico Integral Penal, ya que en esa estructura normativa – al existir agravantes – se aumenta la pena, cosa que no existe en el Código Penal.

34.2.- En el sistema jurídico del Código Penal, la *opinio iuris* generalmente aceptada, sin encontrarse pensamiento minoritario que lo contradiga, vino sosteniendo que "*Las agravantes, o están determinadas especialmente en la ley o se las deja a la apreciación del juez; llamándose las primeras, legales; y las segundas, judiciales. Mucho se ha discutido sobre si debía o no dejarse a los jueces la apreciación de las circunstancias agravantes, por temor de que se excedan en sus facultades, debiendo, para la protección de los derechos individuales, estar fijadas en la ley. Pero como el fin de las circunstancias atenuantes y agravantes es individualizar la pena, no es posible que todo esté previsto en la ley… el legislador ecuatoriano ha aceptado las judiciales; y en la enumeración y en la parte especial, al tratarse de cada delito, las legales. Pero las judiciales en ningún caso pueden tener efecto de aumentar la pena; el juez las tendrá en cuenta para la aplicación entre el máximo y el mínimo, lo mismo que las legales… [**é**stas agravantes] no son las únicas, y que bien pudiera el juez aceptar otras, ya que se emplea para las agravantes la frase 'todas las que aumentan …'* (…)" [Francisco Pérez Borja, "*Apuntes Para el Estudio del Código Penal*", Tomo I, Facultad de Jurisprudencia Universidad Central del Ecuador, Págs. 318-321, Quito – Ecuador 1977] malicia, alarma o peligrosidad de los infractores. Por lo tanto la alarma es una agravante judicial para el sistema del catálogo penal ultra activo para esta causa.

35.- Como dice la sentencia del *Ad-quem*, que "…*el razonamiento del Tribunal A quo no ha sido necesariamente en aplicar seis años que es la pena máxima prevista en el Art. 370 del Código Penal por existencia de agravantes, sino que el razonamiento ha sido el derecho a la proporcionalidad en base al tipo de delito, a las circunstancias de la infracción y a la alarma social que este hecho ha causado en la sociedad*…", a lo largo de la sentencia objeto del recurso, se aprecia la alegación de que se le ha tomado como agravante la alarma social, cosa que también persistió al sustentar el Recurso de Casación.

36.- De lo anotado, se tiene que el *quantum* de la pena responde como dice la sentencia objeto de casación a que "…*el razonamiento ha sido el derecho a la proporcionalidad en base al tipo de delito, a las circunstancias de la infracción y a la alarma social que este hecho ha causado en la sociedad*…" ya que la misma sentencia objeto de estudio dice que "…*el razonamiento del Tribunal A quo no ha sido necesariamente en aplicar seis años que es la pena máxima prevista en el Art. 370 del Código Penal por existencia de agravantes*…". En todo caso, a la par se arguye la no aplicación de atenuantes a favor del recurrente. En este sentido hay que retornar al texto del artículo 30 del Código Penal que preceptúa que son circunstancias agravantes "…*todas las que aumentan… la alarma que la infracción produce en la sociedad*…", permitiendo a quien juzgue aprecie la magnitud de la honda de la alarma social. Más allá aún, cuando el *Ad-quem*, señala que "…*Deja en claro… que… no se comparte con la pena impuesta, puesto que correspondía una pena superior, tanto más que se configuraron agravantes. Sin embargo, este Tribunal se halla impedido de empeorar la situación jurídica de los procesados imponiendo una pena mayor, ya que el titular de la acción penal como es Fiscalía no apeló, sino que se conformó con pena impuesta*…" (sic); es decir que la propia sentencia en impugnación deja en claro que ante tales juzgadores, no existe mínimo criterio para la concesión de atenuantes.

37.- La agravante de alarma, es atinente a la intensidad jurídica de difusión del compendio y comprensión social del delito, pues acorde al artículo 3 numeral 8 de la Constitución de la República, es un deber primordial del Estado, el garantizar a los habitantes "…*el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción*", lo cual se conjuga de manera concomitante con los deberes y responsabilidades ciudadanas de colaborar en el mantenimiento de la paz y seguridad; administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción (Art. 83.4 y 8 *supra*); pues el Estado, por medio de su diferente infraestructura, garantiza la seguridad humana a través de acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica, promover una cultura de paz y prevenir la comisión de infracciones y delitos (Art. 393 *supra*); todo lo cual no puede pasar inadvertido ante el órgano impartidor de justicia, por lo tanto dadas las cuestiones reflejadas en la sentencia y de los hechos delimitados en la misma, la casación tampoco es posible desde este extremo, ya que conforme al artículo 72 del Código Penal, para modificar la pena no ha de existir ninguna circunstancia agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción; en consecuencia no existe contravención al texto de los artículos 29 y 72 del Código Penal, debido a que el juzgador hizo bien al no aplicar estas normas legales por cuanto los presupuestos fácticos no se adecúan a estos preceptos jurídicos. Es más, el artículo 5.2 del COIP, se encuentra observado y aplicado a virtud de la indiscutible favorabilidad concedida a los procesados en la imposición del quantum de la pena.

¿Cómo el cambio de denominación de la conducta no afecta a los elementos constitutivos del tipo penal destinado a punir el asocio para delinquir en el nuevo catálogo punitivo ecuatoriano?

38.- Esta interrogante surge por la alegación de nulidad constitucional por falta de motivación (artículo 76, numeral 7, letra l de la Constitución de la República). En esta causa se tiene que la conducta reprochable conforme expresa el recurrente y data en el contexto general de la sentencia objeto del Recurso, ha tenido una temporalidad correspondiente al periodo de marzo de 2012 a julio de 2015. Durante ese tiempo, aconteció que el 10 de febrero de 2014, se publica el Registro Oficial Suplemento número 180, la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, cuerpo jurídico que entra en pleno vigor ciento ochenta días después de esa publicación, como estableció su Disposición Final. Este cuerpo legal, derogó el Código Penal. Siguiendo el régimen de la Primera Disposición Transitoria del COIP, en relación a conductas reprochables perpetradas antes de la vigencia del nuevo Código regulador en el orden penal, estas siguen siendo punibles, "…*siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código*"; ya que el artículo 17 *ibíd.*, establece que se considerarán exclusivamente como infracciones penales las que el COIP tipifica.

39.- Al verificar la infracción cuyo *nomen iuris*, en el Código Penal dícese "*asociación ilícita*", cuyo artículo 369, establece el siguiente precepto: "*Toda asociación formada con el fin de atentar contra las personas o las propiedades, es un delito que existe por el solo hecho de la organización de la partida*", esta norma por sí sola no tiene efectos en el mundo de las realidades, ya que no señala ni estima consecuencia, por lo que requiere la complementación con la norma que describa las consecuencias y se tiene el artículo 370 *ibídem*, que establece "*Si la asociación ha tenido por fin la perpetración de delitos que merezcan pena de reclusión mayor, los provocadores de la asociación, sus jefes y los que hubieren ejercido en ella un mando cualquiera serán reprimidos con tres a seis años de reclusión menor. Serán reprimidos con prisión de dos a cinco años, si la asociación ha sido formada para cometer delitos reprimidos con reclusión menor; y con prisión correccional se seis meses a tres años, si la asociación ha sido formada para cometer delitos de otra índole*". Estas normas, describen la conducta punible y establecen su punición.

40.- Al entrar en rigor el Código Orgánico Integral Penal, se tiene que cambian los *nomen iuris,* pero la conducta se preserva y así se tiene que la denominación "*delincuencia organizada*", en el artículo 369 se preceptúa:

> "*La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de dos o más personas que, de forma permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.*
> *Los demás colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años*".

40.1.- Apreciando la conducta típica, en estricta observancia del artículo 13 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, sincrónico con el artículo 4 del Código Penal, es decir interpretando a la estricta letra de la ley conforme ya se explica en el párrafo 23 de ésta sentencia, la conducta que se persigue en esta tipicidad es en lo puntual *"formar"* —› mediante ‹— "*acuerdo o concertación*" = "*un grupo*" [que se estructura] por más de una persona, para "*de forma permanente o reiterada*" ya financie, ya ejerciendo: «mando» o «dirección» o «planificación» ¿dónde?: En la organización delictiva con el fin de cometer delitos que ameriten pena privativa de libertad superior a cinco años. A dicho efecto los artículos 369 y 370 del Código Penal, establecen la conducta de: "*Asociar*" (entre individualidades = "*asociarse*") para: "*formar*" una asociación u: "*organizar*" una partida, encaminada a "*atentar*" contra – personas o propiedades – *ergo* (en la forma modificatoria punitiva) es con el fin de "*perpetrar*" o "*cometer*" delitos que ameriten pena privativa de libertad de reclusión mayor, impone una sanción de tres a seis años de reclusión menor esto en referencia a la conducta de manera independiente al *nomen iuris* o nomenclatura que el juzgador ha dado a la o las conductas, la tipicidad se encuentra vigente y por ello persiste su prohibición y punición. Por lo tanto no por el cambio de denominación se descriminaliza un hecho reprochable ya que la norma penal sanciona a las conductas.

41.- Aquí se tiene que el sector del injusto, sigue siendo el mismo, "…*por lo tanto, solo se manifiesta en las relaciones habidas en los actos de su decisión, por los que se pueda identificar el respectivo bien jurídico. Es… con ese propósito que se establecen las funciones del tipo, referentes a sus fines sistémicos, políticos-criminales y dogmáticos, todos conectados en la complejidad del lenguaje mediante el cual se expresa la prohibición, la cual tiene como consecuencia, la efectiva lesión o el peligro de la lesión a un bien jurídico. De la delimitación de las zonas de lo ilícito y de lo lícito, por la cual discurre la prohibición o la imposición de conductas, se sigue la función de los respectivos bienes jurídicos, como instrumento de referencia de esa delimitación*…" [Juarez Tavares "*Bien Jurídico y Función en Derecho Penal*", Editorial Hamurabi, pág. 81, Buenos Aires- Argentina, 2004] y el hecho de asociarse de cualquier manera con la aptitud e intencionalidad de perpetrar delitos, sigue siendo ilícito, reprochable y punible, de manera independiente a la denominación que a dicho ejercicio conductual le haya dado el legislador.

42.- Cuando una nueva ley modifica la denominación jurídica o el *nomen iuris* de un comportamiento que se ha venido ejecutando bajo el paraguas de una denominación distinta dada por una ley anterior o como en otros casos, sobre el cual se ha dado una calificación jurídica previa por la vigencia de una legislación anterior, ambas cuestiones como en el tema objeto de estudio, no es necesario variar la calificación, pues ésta sólo puede serlo cuando se incurre en error al deducir los cargos o por prueba sobreviniente o por cambio de elementos normativos con ley ulterior, ya que cuando la calificación a la conducta perpetrada durante la vigencia de la ley anterior se le da la denominación que contiene la ley vigente a la época de la ejecución de la infracción, no produce afectación al principio de congruencia, a la estructura del proceso o al derecho de defensa, si la conducta se calificó, con la denominación jurídica del anterior en el presente caso "*Código Penal*" y la sentencia se dicta refiriendo a la denominación de la nueva normatividad "*Código Orgánico Integral Penal*" – desde luego – siempre respetando el principio de favorabilidad, no existe violación al derecho de motivación.

43.- El *Ad quem*, en lo puntual dentro del Considerando Quinto dice que se "…. *Deja en claro este Tribunal de alzada que la presente causa se tramitó bajo la figura de delincuencia organizada, conforme al análisis que precede, sin embargo no se comparte con la pena impuesta, puesto que correspondía una pena superior, tanto más que se configuraron agravantes. Sin embargo, este Tribunal se halla impedido de empeorar la situación jurídica de los procesados imponiendo una pena mayor, ya que el titular de la acción penal como es Fiscalía no apeló, sino que se conformó con pena impuesta*…", todo esto por cuanto líneas anteriores deja el mentado Tribunal indicado que "…. *El Tribunal A quo ha aplicado la pena prevista en el Código Penal para la asociación ilícita, que en general, al igual que la delincuencia organizada, tutela el bien jurídico de la seguridad pública, aunque otros bienes jurídicos también, por ser delitos de los conocidos como pluriofensivos, pues es fácil tomar en cuenta que este tipo de organizaciones, unidas para delitos comunes o de cuello blanco, como aquí, afectan no sólo a la seguridad jurídica, sino al patrimonio personal y/o del estado que pertenece a todos los habitantes de este país, por ende a la economía. De esta forma, con el análisis y fundamentación expuesta cabe confirmar la sentencia venida en grado en cuanto a la participación de los recurrentes y la pena aplicada*…", es decir practica una modulación del

nomen iuris, respetando el principio de favorabilidad, por ello bien hace la Sala de apelaciones en razonar lo siguiente:

> "…*en cuanto al tipo penal, se evidencia que desde un inicio se lo hizo por el previsto en el Art. 369 del COIP, no existe sorpresa dentro de la etapa de juicio respecto al tipo penal, salvo que en el momento de resolver sobre la pena, el Tribunal debió concretar por el tipo penal del Código Penal que, teniendo similares elementos y bien o bienes jurídicos tutelados corresponde aplicar por el principio de favorabilidad constitucional, en favor de los procesados… la dogmática y jurisprudencia están de acuerdo que la asociación delictuosa, o la pandilla, son las figuras penales más estrechamente relacionadas con la delincuencia organizada. Se dice que ésta es una forma evolucionada de las anteriores, especialmente de la asociación ilícita. Lo grave y que influiría si en la decisión judicial, hubiese sido si, iniciándose por asociación ilícita prevista en el Código Penal, se hubiese impuesto una pena por delincuencia organizada prevista en el COIP, pues ello sí atentaría al principio de favorabilidad y seguridad jurídica*…"

44.- Las cuestiones en proposición esgrimidas por la Sala de Apelaciones, no riñen con el principio de congruencia, ya que se media entre la acusación y el fallo, de manera que se instituye para garantizar, de forma interrelacionada el derecho de defensa conjugado con el principio de lealtad procesal, configurando una estructura lógica y jurídica del proceso, ya que por regla general, quien es acusado por determinada conducta tipificada como infracción penal, debe ser absuelto o condenado por la misma; por supuesto que lo indicado, no conduce hacia una inmutabilidad jurídica, ya que debido a los cambios normativos, desarrollos y progresividad misma del proceso, dan un grado de conocimiento haciendo que su nivel se incremente, por lo tanto es posible que la valoración jurídica de ese hecho, tenga para el momento del sentenciamiento un cúmulo de connotaciones que implican su precisión y detalle, como en el caso del principio de favorabilidad aplicado en la presente causa. En consecuencia no se ha vulnerado el derecho de conocer los cargos acusados, no se ha generado indefensión, tampoco esto ha limitado el derecho a la defensa en su requerimiento de tiempo y medios adecuados, tampoco se ha creado un escenario sorpresa que limite el desarrollo de la actividad adversarial defensiva de las personas procesadas, siempre supieron y conocieron sobre la ejecución conductual perseguida, que es el hecho reprochable por el cual fueron juzgados – todo esto – por cuando el cambio de la denominación jurídica de la conducta punible, no altera la esencia de la imputación fáctica. En consecuencia, tampoco es casable la sentencia desde este extremo.

¿Cuáles son los límites respecto al cuadro fáctico de la sentencia objeto de recurso de casación en el sistema penal ecuatoriano?

45.- La interrogante aparece por la alegación de nulidad procesal, a virtud del artículo 657.6 y 652.10 del Código Orgánico Integral Penal. El recurrente, alegó que uno es el cuadro fáctico a su decir de la Resolución Motivada de Llamamiento a Juicio; otra la postura fáctica de la sentencia del Tribunal de Garantías Penales; y, una distinta la señalada por el Tribunal de apelación en la Sentencia objeto de impugnación. Esta Corte de cierre, no puede volver a valorizar hechos, ello atentaría a los principios de concentración, contradicción y dispositivo; en definitiva al sistema oral proclamado en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República y no solo ello, sino que además vulneraría al inmanente derecho de los justiciables de gozar de una tutela efectiva de sus derechos e intereses, con sujeción al principio de inmediación (Art. 75 de la Constitución), ya que al amparo del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, si bien la administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados; la casación no constituye instancia ni grado de los procesos, sino un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia. Por tal motivo, mal puede este máximo órgano jurisdiccional valorar las alegaciones practicadas por el recurrente en la forma que lo ha hecho.

46.- Pese a ello, con el fin de dilucidar el problema planteado, en aras de contestar a la hipótesis expuesta, como componente de una debida motivación, hay que considerar que el Sistema Integral Penal, se organiza por etapas del procedimiento, encontrándose primero la instrucción, de allí la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, para por último desembocar en el juicio (Art. 589 del COIP); la última de las mencionadas etapas (desarrollada en audiencia oral) es el momento en el cual cualquier elemento de convicción al presentarse incorporarse y valorarse alcanza el valor de prueba (Art. 454.1 del COIP); por ello es que, a tono con el artículo 608 numeral 5 del cuerpo jurídico en uso, las declaraciones contenidas en el

auto de llamamiento a juicio no surten efectos irrevocables en el juicio – de allí – lo inapropiado del impugnante, en recurrir a contenidos del indicado Auto, ya que el Tribunal de Garantías Penales con el acerbo probatorio, se forma juicio y dicta sentencia, más no con las declaraciones de la Resolución Motivada de Llamamiento a Juicio.

47.- Acorde al *corpus referente*, hay una tipología argumental para integrar la proposición como elementos propios de la casación; ya que las funciones sistémicas del recurso de casación son diferentes a los de cualquier otro recurso de instancia. En el caso del Recurso de Apelación, su función sistémica, es la aplicación de la ley con función *dikelógica*, es decir que se encamina a la realización de la justicia sobre el caso en concreto; mientras que la función sistémica principal de la casación es la aplicación de la ley con un rol *nomofiláctico*, o sea, la de aplicar la ley y proteger la ley. De allí que los fines de la casación se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano se respete, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto y exclusivo, sino más bien, tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales.

48.- Desde una mirada esquemática, en la apelación de la sentencia del Tribunal de Juzgamiento, se plantea la determinación de los hechos, la valoración de la prueba y la contradicción que fundamentarán la sustentación motivada jurídica y decisión del Tribunal de apelación cuestión propia del sistema oral adversarial, es una instancia donde se revisará la actuación del inferior. En la apelación, se visualiza la apreciación de la prueba ventilada en juicio y se realiza una valoración de hechos; por lo que, la apelación puede llegar a construir sus propios hechos probados y configurar su propio cuadro fáctico, para acorde al artículo 654 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, la Sala de Apelaciones emitir su decisión en mérito de los fundamentos y alegaciones expuestas en la audiencia oral.

49.- En consecuencia el Recurso de Apelación, es un medio impugnatorio de pleno conocimiento "*plena cognitio*", significando que la Corte Provincial, como Tribunal de Apelaciones, puede modificar el hecho probado y por ello, revocar una sentencia *ergo* sustituir una condenatoria por otra absolutoria o viceversa, *ergo* modular disposiciones o contenidos de una sentencia de juzgamiento; para ello, analiza y estudia los argumentos de las partes pudiendo confrontarlos con el audio y acta de la audiencia de juicio y la sentencia, momento en el cual el *ad-quem*, tanto en lo que respecta a la subsunción de los hechos a la norma, como en lo que se refiere a la determinación de tales hechos por medio de la valoración de la prueba, se encuentra en idéntica situación que el juez de juzgamiento, por lo que puede valorar las pruebas de la instancia anterior, corregir y examinar la ponderación practicada por el *A-quo*. Ejercicio que lo logra acorde a la técnica jurídica pudiendo ser con el estudio y revisión del audio de la audiencia oral de juicio, el Acta de Juicio y la sentencia, con lo cual la Sala de Apelaciones resuelve sobre lo actuado. Por ello es que "…*la apelación es un juicio sobre el hecho, el juicio de casación es un juicio sobre el juicio, particularmente sobre la motivación. Como tales, ambos juicios no son fungibles en absoluto: ni el juicio sobre la logicidad de la argumentación probatoria puede sustituir el doble examen, ni viceversa*…" [Luigi Ferrajoli, "Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia.". En: Revista "Nueva Doctrina Penal". Buenos Aires: Del puerto, 1996].

50.- No está por demás señalar que el recurso extraordinario de casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley, según la naturaleza de cada causal de casación, más no el examen de los hechos del caso en concreto; pues, el recurso de casación, se sitúa en una dimensión de tratamiento distinta, por la cual no se puede examinar pruebas ni hechos, sin poder valorar los hechos o piezas procesales extra sentencia, lo que se encamina es a revisar el cumplimiento de las leyes con grado diferente de funciones. La casación no puede concluir con su propio cuadro fáctico. En consecuencia, el impugnante confunde los fines de la casación al exponer contenidos de la Resolución Motivada de Llamamiento a Juicio, de la Sentencia del Tribunal de Juicio y confrontarlas a la sentencia de Apelación como si estuviese en instancia. En consecuencia, por este extremo, tampoco es casable la sentencia.

¿Cómo verificar la satisfacción de estándares de debida motivación dentro de una sentencia sometida a recurso de casación en el sistema integral penal de Ecuador?

51.- Esta pregunta surge por la acusación de Contravención del artículo 76 numeral 7, letra l de la Constitución y artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial. Al respecto, el artículo 76, numeral 7, letra l, de la Constitución de

la República, enlista el siguiente derecho:

"*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*"

51.1.- Del citado contenido, se abstraen los requisitos de: **a)** Enunciación de las normas o principios en que se funda; y, **b)** la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

52.- La sentencia contiene de manera interactiva la enunciación de las normas o principios en que se funda, como la explicación de la pertinencia sobre la aplicación de las mismas a sus presupuestos fácticos. Ha sido manufacturada con hilvanación lógica y estructurada. En el Consideran Quinto, enunciando citas doctrinarias, señala que al estar los hechos anclados en el pasado, llega a ellos por medio de las pruebas para concluir en la existencia del ilícito anunciado y la participación de los sujetos activos de la infracción acusada. Luego de advertir, asume un tópico común alegado por los recurrentes: La nulidad procesal por presunta incongruencia fáctica y jurídica, donde los sentenciados exclaman que se los juzgó por hechos que no se los acusó, siendo procesados por delincuencia organizada tipificada en el artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal y sentenciados por el delito de asociación ilícita de los artículos 369 y 370 del Código Penal. A dicho aspecto, se aprecia que la sentencia por sí sola denota que tal afirmación no es cierta, ya que por el principio de favorabilidad, en alusión a la temporalidad al derogarse la anterior norma y regir la actual, sin descriminalizarse la infracción se les impuso la pena más benigna. De manera organizada, pasa a dar respuesta individual a los recurrentes. Empieza por el Sr. Calvopiña, refiriéndose a lo que alegó, dándole contestación específica con normas y fundamento jurídico doctrinario pertinente a la naturaleza de lo juzgado. Prosigue con el Sr. Tapia y responde asimilando los argumentos del anterior sentenciado por ser exigencias comunes. Continúa con el Sr. Pareja, contestando de forma específica con normas y doctrina según la naturaleza del problema jurídico. Después, da pronunciamientos generales a distintos puntos; primero sobre nulidades alegadas, dejando en claro que no se fundamentó las razones por las que se les habría causado indefensión, al tener siempre libertad probatoria, contradicción, sin demostrar que fueron a juicio por una conducta reprochable desconocida para ellos o sorpresiva y ratifica la validez procesal. Otro tópico, es el de "*errónea valoración de la prueba*" y hace un pormenorizado detalle del conjunto probatorio materializado en la etapa de juicio y alegado en apelación, sustentando los motivos de la sentencia. Trata sobre las atenuantes, con contenido normativo jurídico y doctrinario, aplicando el enfoque de favorabilidad con la misma interacción normativa, doctrinaria y pensamiento jurídico en general. Reluce, contenidos expuestos por Fiscalía y retoma las alegaciones de la Defensa del Sr. Pareja; combina con razonamientos jurídico-doctrinarios y normativos atinentes a esta infracción y a la reparación integral; continua con el Sr. Calvopiña, con datos específicos a este procesado y aterriza en la reparación integral; sigue con el Sr. Tapia, respecto a la reparación integral, combinando argumentos y fuentes normativas doctrinarias y jurídicas. Reitera el tema de reparaciones por las alegaciones del Sr. Pareja. Amplia el espectro de las reparaciones y llega a su conclusión definitiva.

53.- Por otro lado, el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, reza que entre las facultades esenciales de juezas y jueces, deben ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y leyes; por lo tanto deben:

"*Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos*".

53.1.- En acato a ésta disposición, respecto de la enunciación de normas o principios jurídicos en que se funda la sentencia y sobre la explicación de la pertinencia de la aplicación de dichas normas a los antecedentes del hecho, ya se ha realizado en los párrafos anteriores.

54.- Otro presupuesto que se revela en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, es que los jueces deben "*motivar debidamente sus resoluciones*"; la debida motivación es una obligación y al mismo tiempo un derecho fundamental, constituye como un punto esencial del Estado Constitucional de derechos y justicia en el marco

de lo social como pilar fundamental de la democracia; en todo sentido, coadyuva a garantizar la efectividad interconectada de otros derechos de los justiciables e incluso principios fundamentales que rigen la actividad jurisdiccional, para controlar que la misma, no sea arbitraria ni abusiva del poder; o mejor dicho, parafraseando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la debida motivación es un elemento esencial para descartar cualquier indicio de arbitrariedad en la autoridad, para suministrar las razones que tiene y otorgar credibilidad a las decisiones en el marco de una sociedad democrática [Sentencia de 1 de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párr. 118]; una sentencia "*debidamente motivada*", debe reunir:

> "…*requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (…) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal*…" [Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E].

54.1.- Concreción, lo sustancial es lo concreto de la causa, así se ha diseñado en la sentencia objeto de impugnación, cuando en el considerando Quinto, de manera expresa se dan respuestas puntuales a cada exigencia o alegación

54.2.- Suficiencia, implica que la sentencia, debe abarcar los hechos y el derecho; parafraseando a Fernando De La Rúa respecto de los hechos, debe contener las razones que llevan a la conclusión afirmativa o negativa sobre la existencia de los sucesos de la vida real con influencia en la solución de la causa, empleando las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiéndolas a una valoración crítica, que conlleve a consignar las conclusiones a que llega, esta exigencia ya atañe a la fundamentación en derecho de la sentencia porque constituirá la base de aplicación de la norma jurídica; la motivación en los hechos se constituye por la valoración probatoria; la fundamentación en derecho tiene como punto de partida la fijación de esos hechos; la descripción fáctica es el presupuesto de la aplicación de la ley y por tanto, un requisito de la motivación en derecho de la sentencia ["Teoría General del Proceso", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 151 y siguientes]. Todo lo cual se encuentra cumplido en la sentencia en cuestión.

54.3.- Claridad, se refleja en la integralidad del texto de la sentencia, que no es labor de este Tribunal de Casación reiterarlo, verificándose que el pensamiento del juzgador es aprehensible, comprensible y examinable, sin dejar dudas sobre las ideas que expresa. En lo puntual decide cada bagaje alegatorio colocado conforme al principio dispositivo por los sujetos procesales, llegando a erigir el debido proceso, seguridad jurídica y suficiente motivación.

54.4.- Coherencia y congruencia, aquí se aglutinan los principios lógicos que guían el razonamiento correcto, siendo como lo es un requisito transversal que afecta a los otros requisitos, la sustentación coherente del *Ad-quem*, guía a lo debidamente derivado o deducido, con la utilización de las máximas de la correcta utilización de la ley, la experiencia, la psicología y la fuerza del convencimiento más allá de toda duda razonable, lo cual denota lo adecuado de la sentencia en estudio; que a su vez, para que sea coherente debe ser congruente, es decir, que sus afirmaciones guarden una correlación armónica adecuada, inequívoca, que no dé lugar a dudas sobre las conclusiones a las que llega y no contradictoria, requiriendo que sus conclusiones sean concordantes, correspondientes a los elementos que le dotan del convencimiento más allá de toda duda razonable, derivadas de aspectos verdaderos y suficientes para producir con efectividad la subsunción del derecho al hecho, como sucede en la especie. El juzgador recibió para bien resolver en la órbita de apelación la propuesta fáctica como aparece en el Considerando Tercero "*Antecedentes del hecho*" y la propuesta contra fáctica como se revela en el Considerando Cuarto "*Resumen de los Fundamentos de los Recurrentes para el Recurso de Apelación*", se respaldó en los hechos probados congruentes con lo fáctico y al momento de enfrentarlos en el Considerando Quinto, refleja su análisis crítico ajustando la normativa, llegando a un convencimiento más allá de toda duda razonable sobre el caso juzgado. Conforme a lo constante en los párrafos anteriores, la sentencia objeto de impugnación cumple con los parámetros motivadores, conforme ya ha quedado denotado, por lo tanto tampoco es casable por este extremo.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

55.- Tipicidades como: Asociación ilícita y/o delincuencia organizada: Son pluriofensivas de peligro abstracto; el juez no atiende la ejecución de los delitos fines; basta la aptitud de producir resultados. Son autónomos, existen desde el inicio organizativo y asociativo, terminan al cesar tal asocio; siendo además permanentes. En lo empresarial

o institucional público o privado, por las funciones de sus miembros en la entidad, pueden ser delitos de dominio. Se ejecutan en una línea de tiempo y si en esa línea, varía la norma, actuará el principio de favorabilidad para la pena más benigna; siempre y cuando, los elementos estructurales se preserven en todo o en parte y que el fin protector jurídico y razón de ser del delito, por principio de legalidad, perdure en la nueva ley. Si esto sucede, no hay trasgresión jurídica ni subsunción del precepto derogado.

56.- El *quantum* de la pena depende del tipo penal y además entre otras cuestiones como circunstancias de la infracción y/o principios como el de favorabilidad: El rango autorizado por ley para imponer penas, es determinado a cada tipo penal y tiene una base y un tope en cada tipicidad; en ese rango se impone la pena. La dosis punitiva, depende además de factores extra delito que son las circunstancias: agravantes y atenuantes. Estas modifican la pena por asuntos relativos al o los autores del injusto o al bien jurídico protegido o a ciertas motivaciones u otras, independientes de la figura delictual. Cada legislación tiene formas de aplicarlas. En el COIP, son legales (expresas en la ley); cuando hay dos o más atenuantes, se modifica con la pena mínima del tipo penal, reducida en un tercio, al no haber agravantes; y, si hay una agravante no constitutiva o modificatoria, se impone la pena máxima prevista, más un tercio. El Código Penal, estableció las legales y judiciales; las primeras, expresas en la ley; y, las segundas, de criterio judicial; eran atenuantes: "…*todas las que*…", entre otras, se refieren al estado y capacidad física e intelectual del hechor, a consecuencias, que disminuyen la gravedad o alarma ocasionada etc., "…*como en los casos siguientes:*" (Art. 29 del Código Penal); agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción: "…*todas las que*…" aumentan la malicia o la alarma que la infracción produce o establecen la peligrosidad, "…*como en los casos siguientes:*" (Art. 30 del Código Penal); en la antigua ley, con dos atenuantes y ninguna agravante, reducía la dosis de la pena, según la categoría de sanción; y, ante agravantes no aumentaba la pena. Si una infracción se perpetró en tiempos del Código Penal sin haberse juzgado o permanecía la infracción sin acabarse, al regir el COIP, obliga por favorabilidad ante agravantes a no aplicarlo por aumentar la dosis penal; y, ante atenuantes, ponderar su imposición más favorable al reo. No hay trasgresión jurídica si por temporalidad de la infracción, se aplica la ley anterior graduando la pena.

57.- El cambio de denominación del tipo penal por una nueva ley no afecta a la debida congruencia: Hay conductas penalmente relevantes, que con el pasar del tiempo sin que les acontezca la prescripción; o, comportamientos igual de relevantes que: se perpetran bajo cualquier manifestación en un lapso temporal; o, se cometen e inician bajo el imperio de una ley. Cuando tales conductas, luego de una temporalidad, se descubren o se detecta que su ejecución no concluye o que terminan de perpetrarse; si sucede aquello; y, estar en rigor una ley distinta a la del tiempo cuando se ejecutó la infracción no descubierta o que empezó a ejecutarse la infracción que recién se la descubre o termina de realizarse o que está en ejecución; y el nuevo catálogo penal, da otro nombre a esa misma expresión delictual, se vela que la ley aún persiga al mismo comportamiento o conducta. No se juzga a las personas ni a la denominación de tipicidades (*Nomen iuris*); sino que el epicentro del juzgamiento, es el comportamiento o conducta manifestada en verbos rectores o núcleos de la figura típica, que describen la conducta punible, que determina su punición por estar de manera previa en la ley; es relevante que el sector del injusto, siga en todo o en parte siendo el mismo, esto no riñe con el principio de congruencia; ya que, quien es acusado por cierta tipicidad, debe ser absuelto o sentenciado por la misma; cosa que no conduce a una inmutabilidad jurídica de la denominación del tipo penal, ya que los cambios normativo o desarrollo procesal y progresividad de los derechos, dan un grado de conocimiento haciendo que su nivel se incremente, siendo posible que la valoración jurídica de ese hecho, tenga al momento de resolverse un cúmulo de connotaciones que implican su precisión y detalle; por eso, los cambios de denominación de un tipo penal no vulneran derechos fundamentales menos aún procedimentales; basta el conocimiento de la ejecución conductual perseguida, que es el hecho reprochable por el cual se juzga, ya que el cambio de nomenclatura jurídica, al preservarse uno o varios de los verbos rectores y los fines políticos criminales de protección al bien jurídico, como la razón de ser del tipo penal como conducta punible, de la cual se protege a la sociedad, no altere la esencia de la imputación fáctica, para ello, ni cuando la Real Academia de la Lengua, cambie conceptos a los verbos rectores, ya que primero debiese cambiar toda una sociedad o cultura. Al suceder por efecto de la ley, cambio de denominación

a una figura típica que se juzga, si no varía desde lo fáctico hasta lo concluitivo la reprochabilidad legal, no hay transgresión normativa.

58.- La casación no trastoca lo fáctico: El cuadro fáctico penal es el producto acabado de una estructura histórico procesal que de forma organizativa traslada un suceso de las realidades por medio de una captación denominada noticia del delito (*notitia criminis*) a la sistematicidad del proceso judicial; que transita por etapas sin que acontezca un paso antes que otro. allí, se acopian los elementos ensamblables a los estructurales repartos del tipo penal, los cuales, expresados con medios de prueba, llevan a formar juicio y dictar sentencia estableciendo o no la existencia de la infracción, sus circunstancias y la responsabilidad; cual respuesta del Estado, ante un comportamiento que puede tener relevancia penal, por medio de juzgadores con jurisdicción y competencia para sentenciar, según la naturaleza del tipo. En el sistema integral penal, esa decisión que establece lo fáctico y conlleva o no a la punición, puede trasladarse vía apelación a un tribunal de alzada, con poder de trastocar, redimensionar, enfocar, en fin, el cuadro fáctico vislumbrando pruebas, pero jamás alterar el núcleo del delito procesado, satisfaciendo así al derecho a recurrir. La decisión de apelación a la sentencia de juzgamiento es susceptible del recurso extraordinario de casación, no conduce a otra instancia, ya que se destina al control de legalidad y del error judicial en el fallo. La casación no es un medio para alterar el cuadro fáctico; la función sistémica de este extraordinario recurso, es la aplicación de la ley con un rol de protegerla y velar que haya sido aplicada de manera adecuada en la sentencia; no se destina a hechos del caso en concreto, sino a ley del soberano dentro de la sentencia. Es distinto a la apelación que es un juicio sobre el hecho, mientras que la casación es un juicio sobre la ley aplicada en la sentencia, alineada a un control de precedentes, a vigilar la correcta aplicación de la ley y una unificación de criterios. No se trastoca el cuadro fáctico que es el anterior producto logrado, el Juez extraordinario casacional, adopta dicho cuadro para estudiar la ley asumida en la sentencia. No existe trasgresión normativa por el hecho de captación de un suceso en su traslado y trayectoria por las diferentes etapas procesales y apelación, ya que: Cuadro fáctico, solo hay uno y es el producto acabado de quien juzgue por medio de su sentencia; y, en casación de forma exclusiva se estudia la ley atribuida al producto acabado en la sentencia.

59.- La motivación es la razón de ser de la existencia y fuerza de una sentencia: La función del juicio de legalidad a la motivación de la sentencia, se matizan en las exigencias de la ley, para así comportar satisfacción al auditorio social, otorgar confianza y seguridad jurídica, relucir el debido proceso y la justa realización de los derechos por medio del sistema judicial. Cada caso en particular no necesariamente responde a un rígido estándar. Una sentencia para estar motivada, desde el circuito constitucional, exige que haya correspondencia desde cualquier parámetro en que se la aprecie entre la enunciación de las normas o principios en que se funda con la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, constituyendo una vibración armónica de tal manufacturación, asimilable y entendible desde cualquier postura jurídico-política. Claro está, que puede una sentencia contener estándares de motivación, pero los mismos han de ser adecuados para configurar una "*debida motivación*", debiendo ser la sentencia: Concreta que visualiza de manera puntual el o los problemas jurídicos planteados; suficiente, que satisface abarcando los hechos y el derecho vista como un todo, de tal precisión que así como giran sus antecedentes, marque el ritmo de la ley hacía su conclusión; clara, que el pensamiento plasmado en el fallo, sea aprehensible, comprensible y examinable, sin dejar dudas sobre las decisión expresada sustentada en lo fáctico y contra fáctico expuesto por los sujetos procesales; congruente y coherente, aglutinando toda lógica como directriz de un adecuado razonamiento. Cuando una sentencia da satisfacción motivacional, no existe trasgresión a la norma si acaso utiliza indistintos parámetros de motivación adecuada.

VI
RESOLUCIÓN

60.- Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta 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**, decide:

60.1.- Rechazar los recursos de Casación, interpuestos por los recurrentes.

61.- No se encuentra motivo para activar la facultad de debida diligencia y realizar una casación de oficio.

62.- De la ejecución de esta sentencia, se encargará

el Tribunal de origen, para el efecto se manda a devolver el expediente con la razón de ejecutoría de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.- **Notifíquese y cúmplase.-**

f) Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (PONENTE) (E); Dr. Iván León Rodríguez, JUEZ NACIONAL (E); Dr. José Layedra Bustamante, CONJUEZ NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2020

SALA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *09333-2018-00661*
Resolución Nro. *021-2020*
Fecha: *21 de enero del 2020, las 15h25*

TEMA: Estabilidad laboral durante la constitución de una organización sindical.

ASUNTO

La actora en su demanda impugna la liquidación del acta de finiquito, reclamando que no se le ha pagado la indemnización de los artículos 452 y 455 del Código del Trabajo, así como el reconocimiento de la jubilación patronal proporcional. La parte demandada alega que se negó la conformación del sindicato y por ende no procede el pago de la estabilidad especial para dirigentes sindicales.

El asunto de derecho materia de discusión es determinar si la estabilidad especial prevista en los artículos 452 y 455 del Código del Trabajo, que protege a los dirigentes sindicales durante el proceso de conformación de la organización sindical, se termina cuando el Ministerio del Trabajo ha negado la solicitud de constitución del sindicato o si esta continúa hasta que se integre la primera directiva.

RESUMEN PRIMERA INSTANCIA

La actora manifiesta que fue despedida intempestivamente luego de haber laborando más de 20 años, liquidándola de conformidad con el acta de finiquito el mismo día 27 de junio de 2.018, impugnándola por no ser pormenorizada de acuerdo a la ley, porque se omitió considerar las indemnizaciones establecidas en los Arts. 455 y 216 del Código de Trábajo (Jubilación Patronal). La accionada manifiesta que reconoce la relación laboral, acepta el despido intempestivo, pero niega las indemnizaciones reclamadas. En sentencia se acepta parcialmente la demanda y se concede el pago de la indemnización por la estabilidad como dirigente laboral.

RESUMEN SEGUNDA INSTANCIA

En sentencia de segunda instancia se establece que el Vice Ministro de Trabajo y Empleo, en Oficio No. MDT-DOL-2018-0665 negó el trámite de aprobación e inscripción de esa organización sindical, lo que anula la prohibición estatuida en el art. 452 del código laboral y consecuentemente la señalada en el art. 455 del mismo cuerpo de ley, por lo que se reforma la sentencia recurrida disponiendo que la parte demandada únicamente pague a la accionante la pensión jubilar patronal .

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09333-2018-00661

Juez Ponente: Dr. Julio Arrieta Escobar

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, martes 21 de enero del 2020, las 15h25.
VISTOS:

PRIMERO: ANTECEDENTES.- En el juicio laboral que sigue ***Juana Ainme Enríquez Flores*** en contra del CENTRO EDUCATIVO CREAR CÍA LTDA (CENED), en la persona de su Re-

presentante Legal, señora Narcisa de Jesús Álvarez Naranjo, por sus propios derechos y por los que representa en calidad de Administradora. La parte actora interpone recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas de 14 de febrero de 2019, las 12h28 que resuelve reformar la sentencia recurrida disponiendo que la parte demandada pague a la accionante la pensión jubilar patronal proporcional.

El Conjuez de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, doctor Roberto Guzmán Castañeda, mediante auto de 15 de julio de 2019, las 09h53, admite a trámite el recurso de casación propuesto por la parte actora **únicamente por el caso cinco** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, al considerar que cumple con los requisitos prescritos en los artículos 266, 267 y 277 del Código Orgánico General de Procesos, disponiendo la remisión del proceso, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 270 del mismo cuerpo legal. Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

SEGUNDO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, integrado mediante sorteo de ley por los doctores: Julio Arrieta Escobar (Ponente), de acuerdo al Oficio No. 2371-SG-CNJ-ROG, de 03 de diciembre de 2019; Roberto Guzmán Castañeda, en virtud del Oficio No. 2282 SG-CNJ-ROG, de 20 de noviembre de 2019 y María Consuelo Heredia Yerovi, 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, y 269 inciso primero del Código Orgánico General de Procesos.

TERCERO: VALIDEZ PROCESAL.- Toda vez que no se ha reclamado la nulidad procesal en el escrito de interposición del recurso de casación ni se observa omisión de solemnidad sustancial alguna ni violación de trámite, se declara la validez procesal.

CUARTO: CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS DEL RECURSO DE CASACIÓN.- El derecho a recurrir como garantía básica del debido proceso, se encuentra regulado en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República, el cual se configura como una garantía del derecho de las personas a la defensa el recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos. El doctrinario Calamandrei se refiere al derecho a la impugnación mencionando que este se concreta por la existencia de un hecho jurídicamente relevante, por un motivo de anulabilidad, la sentencia se apoya sobre la violación de la ley; que cada error de interpretación existente en la sentencia es un hecho constitutivo que le otorga el derecho de impugnación. El recurso de casación, puntualmente hablando, constituye un medio de impugnación; así, tal como lo ha establecido Fernando de la Rúa: *"es un medio de impugnación y se lo considera como un remedio jurídico para remover una desventaja emergente de una decisión del Juez".* (Fernando de la Rúa. El Recurso de Casación. Editor Zavalía. Buenos Aires. 1968). Bajo esta misma línea, Luis Cueva Carrión señala que la casación surge como un paladín entre la arbitrariedad y la legalidad, como la defensora por excelencia de la legalidad dentro del Estado de Derecho (Luis Cueva Carrión. La Casación en Materia Civil. Ediciones Cueva Carrión. Quito-Ecuador.2011. En este sentido, de la Rúa indica también que el juez de casación, como cualquier otro juez, ejercita su poder jurisdiccional en cada caso concreto y decide respecto a una situación en particular, lo que se pretende es la **correcta interpretación de la ley y se juzga la legalidad de la sentencia.** Respecto a la finalidad de la casación, Véscovi indica que el fin de la casación es la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia, que la defensa del derecho se persigue a través de la aplicación correcta de la ley en los fallos judiciales siendo este la finalidad primera y con ello se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. (Enrique Véscovi. La Casación Civil. Ediciones IDEA. 1era Edición. 1979). Por su parte, Santiago Andrade Ubidia al referirse a la finalidad de la casación ha señalado que se trata de la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia. (Santiago Andrade Ubidia. La Casación Civil en el Ecuador. Andrade & Asociados Fondo Editorial. 1era Edición. Quito-Ecuador 2005). De esta manera, el fin de la casación es el control de la legalidad de las sentencias dictadas por los jueces de instancia.

QUINTO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN PROPUESTO POR LA PARTE ACTORA.- Juana Ainme Enríquez Flores, presenta recurso de casación al amparo de los casos 4 y 5 del artículo 268 del COGEP, mismo que fue admitido a trámite con relación **al caso cinco**, que establece: *"Art. 268.-Casos. El recurso de casación*

procederá en los siguientes casos: (…) 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto"; y menciona como normas infringidas las siguientes: 11 numerales 1, 5 y 8 segundo inciso, 76 numeral 1, 82, 326 numerales 7 y 8, 424 y 426 de la Constitución de la República; 445, 452 primer y segundo inciso y 455 del Código del Trabajo; 199 y 164 del Código Orgánico General de Procesos; 9 y 25 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1723 del Código Civil; 2, 3, 4, 7 y 8 del Convenio Internacional No. 087 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); 4 letra b) del *"Reglamento de Organizaciones Laborales dictado por el Ministerio del Trabajo mediante acuerdo Ministerial No. 0130 publicado en el Registro Oficial No. 63 del 21 de agosto del 2013"*; 11 numeral 1.1 letras d), h), m) y bb) y numeral 2.3 letra f) *del "Estatuto por procesos del Ministerio de Relaciones Laborales hoy Ministerio de Trabajo"*.

Refiere la parte actora que, el tribunal de alzada incurre en errónea interpretación del artículo 452 del Código del Trabajo y en falta de aplicación del artículo 455 ibídem, al considerar que la sola comunicación de observaciones al Proyecto de Estatutos de la nueva Organización conllevan la de perder la garantía de estabilidad consagrada en la primera norma y sancionada en la segunda; es decir, incurrió en error de juzgamiento al no interpretar correctamente la norma sustantiva en el sentido que, el legislador estableció en el artículo 452 del Código del Trabajo que, el empleador no podrá despedir a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que éstos notifiquen al 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 y cuyo yerro, afectó gravemente el derecho laboral a la indemnización por efectos de la estabilidad que gozaba la actora al manifestar por escrito su voluntad de conformar el sindicato y de participar en su asamblea constitutiva.

Finalmente, se refiere a los fallos de casación de triple reiteración que han sido vulnerados: No. 2009-2012, No. 1105-2012; No. 586-12 (todos interpuestos por los trabajadores coaligados en el Sindicato de los Trabajadores de la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltda. SINTRAAPET en contra de dicha compañía); indica también otros fallos de triple reiteración: No. 908-2013, No. 1097-2010 y No. 17731-2013-0910; los cuales resuelven el punto de derecho relativo a la libertad de asociación y a lo que la doctrina denomina el fuero sindical establecido en el artículo 452 del Código del Trabajo, describiendo y conceptualizando lo que debe entenderse como protección desde que se notifica al inspector del trabajo hasta la que se integre la primera directiva.

SEXTO: RESPECTO DEL CASO CINCO DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.- El caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, imputa el 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; el vicio de juzgamiento contemplado en este cargo se configura en tres casos 1. Cuando el juzgador deja de aplicar las normas sustantivas al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; 2. Cuando el juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, 3. Cuando el juzgador incurre en yerro de hermenéutica jurídica, al interpretar la norma atribuyéndole un sentido y alcance que en realidad no lo tiene. Santiago Andrade Ubidia, respecto a la causal primera (hoy caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos), ha establecido que al invocarlo *"el 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.

SÉPTIMO: ANÁLISIS DEL RECURSO DE CASACIÓN PROPUESTO.-

7.1.1.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:

La actora, a través de su defensor técnico, fundamentó en la audiencia únicamente respecto a la alegación de errónea interpretación del artículo 452 del Código del Trabajo y de falta de aplicación del artículo 455 ibídem, por lo que le corresponde a este Tribunal: *Verificar si la actora tiene derecho a la indemnización por despido ilegal determinada en el artículo 455 del Código del Trabajo, como consecuencia de la aplicación de lo previsto en el artículo 452 ibídem.*

7.1.2.- EXAMEN DE LOS CARGOS.-

Confrontada la sentencia con el escrito de interposición del recurso de casación, lo manifestado por la parte actora en la audiencia y las disposiciones legales pertinentes, se advierte:

7.1.2.1.- Este Tribunal de Casación, previo a analizar el problema jurídico planteado, realiza las siguientes consideraciones relevantes:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 23 numeral 4 establece: "Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses"; a su vez, el artículo 22 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica: *"Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses…".* En este sentido, el artículo 8 numeral 1 literal a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también determina:

> *"a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos…"*

El artículo 2 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala: *"Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas"*; normativa internacional que guarda relación con la nacional; de esta manera, la Constitución de la República reconoce el derecho de los trabajadores a organizarse y garantiza el libre desenvolvimiento de sus organizaciones; es así que, en su artículo 326, al referirse a el derecho al trabajo, dispone en el numeral 7 lo siguiente: *"7. Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores"*; además, el siguiente numeral indica: *"8. El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección"*.

La Corte Constitucional en Sentencia No. 009-13-SCN-CC dentro del Caso No. 0059-11-CN ha establecido: *"es evidente que tanto la Constitución de la República como los instrumentos internacionales reconocen de manera autónoma e independiente, el derecho y la libertad de organización de los trabajadores, así como el derecho de organización de los empleadores; en otras palabras, trabajadores y empleadores están protegidos contra todo acto de injerencia mutua, es decir, de los trabajadores en el derecho de organización de los empleadores, y de estos en el derecho de organización de los trabajadores…".*

El Dr. Julio Cesar Trujillo, al abordar sobre la constitución de las organizaciones profesionales y de manera concreta, sobre los requisitos para la constitución de las asociaciones, indica que deben cumplirse, de una parte, los requisitos de fondo y de otra los de forma. Entre los requisitos de forma hace referencia al requisito de la "Asamblea General Constituyente" y sobre ésta indica: *"Este acto jurídico por el que deciden constituir el sindicato debe expresarse en una reunión de todos los trabajadores u empleadores que deseen constituirlo y esta reunión recibe el nombre de "asamblea general para constituir un sindicato".* La ley no precisa cómo y qué ha de hacer esta asamblea general pero tácitamente dispone que ha de nominar una directiva provisional que dirija las deliberaciones y realice las diligencias y gestiones necesarias para la legal constitución del sindicato; la misma asamblea ha de decidir si se constituye o no el sindicato y, de pronunciarse por la constitución se levantará "una acta constitutiva", como segundo requisito de forma el tratadista señala que debe cumplirse la notificación al Inspector de Trabajo y sobre ésta sostiene: *"El primer acto oficial de la directiva provisional será no-*

tificar al Inspector de Trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir el sindicato, ya que desde el momento que el Inspector de Trabajo recibe la notificación todos los trabajadores gozan de la inamovilidad en sus empleos y de acuerdo al Art. 448 del Código de Trabajo, el empleador no podrá desahuciar ni despedir del trabajo salvo por las causas previstas en el Art. 171. Si es que los trabajadores dejaren de notificar de estos particulares al Inspector de Trabajo, ello no sería óbice para continuar, con los trámites para constituir el sindicato; pero los trabajadores no gozarían de la inamovilidad antedicha. La notificación debe hacerse por escrito, a fin de que el Inspector de Trabajo a su vez, pueda poner en conocimiento del hecho al empleador, lo que hará en las veinticuatro horas subsiguientes; pero la garantía de inamovilidad comienza a regir no desde que el empleador se ha informado; sino desde el momento en que se lo notifica al Inspector de Trabajo; en consecuencia el empleador no puede excusarse alegando no haber conocido la notificación del Inspector de Trabajo o no haberla recibido dentro de las veinticuatro horas. Cuando hay peligro de represalias del empleador se acostumbra a invitar al Inspector del Trabajo a la asamblea general constituyente y notificarle, por tanto en el mismo acto (…) realizando una interpretación integral del Art. 452 del Código del Trabajo se advierte que la fecha de inicio para ser beneficiario (a) de la garantía de inamovilidad prevista en la norma indicada es aquella que corresponde a la fecha en la cual la directiva provisional, a través de quien la represente notifique al Inspector del Trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato, comité de empresa u otra clase de organización de trabajadores; y, concluye el período de protección de inamovilidad, como se regula en la propia norma en análisis al decir "…hasta que se integre la primera directiva…".

La Corte Constitucional en sentencia No. 274-18-SEP-CC, dentro del Caso No. 0382-14-EP señala: *"la primera directiva no puede ser otra que aquella que se elige luego de haberse aprobado y registrado los estatutos de la asociación en la Dirección Regional del Trabajo (…)"*; así también, en sentencia No. 115-18-SEP-CC, en el caso No. 0879-11-EP indicó: *"…esta Sala estima que habiéndose justificado que se hallaba en proceso de formación el sindicato de trabajadores de SOLCA, la empleadora, que fue debidamente notificada con ello, no podía despedir a ningún trabajador porque lo prohíbe el Art. 452 del Código del Trabajo y que, al haber procedido a despedir a la actora en este proceso, estaba obligada a pagar la indemnización contemplada en el Art. 455 ibídem, esto es la suma equivalente al salario de un año, o sea $12,885,84…".*

7.1.2.2.- Respecto al pago de la indemnización prevista en el artículo 455 del Código del Trabajo como consecuencia de lo establecido en el artículo 452 ibídem, tenemos: El artículo 452 del Código del Trabajo ordena:

> *"Prohibición de despido.- 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 (…)";* a su vez, el artículo 455 ibídem indica:
>
> *"Indemnización por despido ilegal.- El empleador que contraviniere la prohibición del artículo 452 de este Código, indemnizará al trabajador despedido con una suma equivalente al sueldo o salario de un año".*

Normas claras, por lo que hay que atenerse a su tenor literal, tal como lo dispone el artículo 18 numeral 1 del Código Civil: *"Art. 18 1.- Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu…"*; cabe resaltar que en el supuesto de que existiera duda en cuanto al sentido de las normas, se aplicará, aquél que sea más favorable al trabajador, en virtud del principio in dubio pro operario previsto en el artículo 7 del Código del Trabajo.

De lo transcrito en las normas aludidas, se concluye que 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 cualquier otra asociación de trabajadores, **hasta que se integre la primera directiva**; so pena de pagar una indemnización equivalente al sueldo de un año.

En el caso sub lite, tal como lo establece la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas en el fallo recurrido, el 18 de junio de 2018, los trabajadores del Centro Educativo Crear notifican al Inspector del Trabajo la constitución de la organización sindical, mediante Asamblea General de 17 de junio de 2018, dando cumplimiento con lo previsto en el artículo 452

del Código de Trabajo; más el 27 de junio de 2018, la actora fue despedida sin que se haya integrado la primera directiva; contrariando de esta manera el mandato previsto en el artículo 452 que garantiza la inamovilidad de los trabajadores de sus puestos de trabajo.

De lo señalado en líneas precedentes, se observa que el tribunal ad quem, le ha dado a los artículos 452 y 455 del Código del Trabajo un sentido y alcance que no tienen, pues los jueces han interpretado erróneamente dichas disposiciones al considerar que el derecho a la estabilidad termina con la negativa a trámite de la constitución del Sindicato de trabajadores y no con la conformación de la primera directiva; transgrediendo también los artículos: 326 numerales 7 y 8 de la norma constitucional; 2, 3, 4, 7 y 8 del Convenio Internacional No. 087 de la Organización Internacional del Trabajo; cuya infracción ha sido determinante en la parte dispositiva del fallo recurrido; consecuentemente, **proceden los cargos alegados al amparo del caso 5 del artículo 268 del COGEP** y en aplicación de lo que dispone el artículo 273.3 del COGEP, esta Corte de Casación dicta sentencia de mérito, en los siguientes términos:

OCTAVO: SENTENCIA DE MÉRITO:

8.1.- La accionante en su demanda pretende el pago de: *"1.-) La indemnización prevista en el artículo 455 del Código del Trabajo por haberme despedido intempestivamente, dentro del período de protección previsto en el artículo 452, esto es el pago del sueldo o salario de un año."*

Hechos probados:

- **a)** La existencia de la relación laboral;
- **b)** El tiempo de servicios, esto desde el 1 de abril de 1998 hasta el 27 de junio de 2018.
- **c)** La última remuneración percibida por la trabajadora USD $891,00 (f. 18).
- **d)** La forma como concluyó la relación laboral, esto es, por despido intempestivo, que se desprende del acta de finiquito suscrita por las partes; (fs. 2 y 3vta.)
- **e)** El 17 de junio de 2018 los trabajadores del Centro Educativo CREAR Cía. Ltda. (CENED), se reunieron para constituir una organización gremial de acuerdo con lo establecido en el artículo 440 del Código del Trabajo, lo que se determina con la copia certificada del ACTA DE CONSTITUCIÓN DEL SINDICATO DE TRABAJADORES DEL CENTRO EDUCATIVO CREAR CIA. LTDA. (CENED) que obra de fs. 24 y 25vta.
- **f)** El 18 de junio de 2018 se cumplió con la notificación al Inspector de Trabajo de la constitución de la organización sindical (f.19).
- **g)** El 27 de junio de 2018 consta la notificación con la decisión del Viceministro de Relaciones Laborales, que mediante oficio No. MDT-DOL-2018-0665 concluye indicando ***"SE NIEGA el trámite de constitución del SINDICATO DE TRABAJADORES DEL CENTRO EDUCATIVO CREAR CIA. LTDA. (CENED)"***

El Código del Trabajo, en su artículo 455, ha previsto una sanción correspondiente a la suma equivalente a un año de sueldo o salario, en los casos en que el empleador quebrante la prohibición determinada en el artículo 452 ibídem; en el caso concreto, el 18 de junio de 2018 los trabajadores del Sindicato del Centro Educativo CREAR Cía. Ltda., notifican al Inspector de Trabajo la constitución de la organización sindical, mediante Asamblea General de 17 de junio de 2018; más el 27 de junio de 2018, la actora fue despedida sin que se haya integrado la primera directiva; es decir, la actora se encontraba dentro del periodo de estabilidad previsto en el artículo 452 del Código del Trabajo y por ende, tiene derecho a la indemnización establecida en el artículo 455 del Código del Trabajo por lo que se dispone su pago.

Este tribunal procede a realizar **el cálculo** correspondiente conforme a lo determinado en el artículo 455 del Código del Trabajo que indica: "Art. 455.- Indemnización por despido ilegal.- *El empleador que contraviniere la prohibición del artículo 452 de este Código, indemnizará al trabajador despedido con una suma equivalente* ***al sueldo o salario de un año"*** (las negritas nos pertenecen); para lo cual se tomará como tiempo de servicios desde el 1 de abril de 1998 hasta el 27 de junio de 2018, y como última remuneración la cantidad de $891,00; la cual al multiplicarla por 12 (meses) da la cantidad de: $10.692,00

NOVENO: DECISIÓN.- Por las consideraciones que anteceden y en virtud de lo señalado en los artículos 76 numeral 1 de la Constitución y 80 del Código Orgánico General de Procesos, que dispone que los juzgadores somos garantes de los derechos y de las normas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORI-**

DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, CASA la sentencia dictada el 14 de febrero de 2019, las 12h28 por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas y en su lugar ordena que el Centro Educativo CREAR CÍA. LTDA en la persona de su Representante Legal, señora Narcisa de Jesús Álvarez Naranjo, por sus propios derechos y por los que representa en calidad de Administradora, pague a la actora Juana Ainme Enríquez Flores la cantidad de DIEZ MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CERO CENTAVOS **(USD. 10.692,00). Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Julio Arrieta Escobar, JUEZ NACIONAL (PONENTE) (E); Dr. Himmler Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL; Dra. Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL.

II

Juicio Nro. *17731-2016-1863*
Resolución Nro. *62-2020*
Fecha: *17 de febrero del 2020, las 08h15*

TEMA: Empeoramiento de la situación del único recurrente al resolver el recurso de apelación.

ASUNTO

El trabajador demanda el pago de remuneraciones y otros beneficios atrasados, además que se declare el despido intempestivo y se le cancelen las respectivas indemnizaciones.

El punto a destacar en este proceso es si siendo el empleador el único apelante, el tribunal de segunda instancia podía resolver un punto que perjudica a aquel, aun cuando la otra parte no recurrió, acorde al principio de conformidad, y, por ende, el principio dispositivo, previsto en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

RESUMEN PRIMERA INSTANCIA

El trabajador demanda a la Compañía TESCA DEL ECUADOR S. A., por haber sido despedido de su trabajo sin ninguna notificación. El juez de primera instancia, evidenciado el vínculo laboral entre las partes, analizada la prueba documental y testimonial, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del Art. 42 del Código del Trabajo, señala que la parte demandada debía demostrar, al interior del expediente, que ha cancelado a la parte trabajadora, en forma oportuna, los derechos y más beneficios que le corresponden en cuanto a las remuneraciones impagas.

RESUMEN SEGUNDA INSTANCIA

En segunda instancia la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos resolvió confirmar la sentencia de segunda instancia, pero reformándolo en el sentido de disponer además el pago de diez días de trabajo más el triple de recargo, de acuerdo con el artículo 94 del Código del Trabajo.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 17731-2016-1863
Jueza Ponente: Dra. Katherine Muñoz Subía

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, lunes 17 de febrero del 2020, las 08h15.
VISTOS: ANTECEDENTES:
a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada: En el juicio oral de trabajo que sigue Edwin Xavier Zúñiga Burga en contra de Ángel Astudillo Calero, en su calidad de Gerente General de la compañía TESCA INGENIERÍA DEL ECUADOR S.A.; la parte demandada interpone recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2015, las 14h44, por el Tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, que reformó la sentencia subida en grado, ordenando la satisfacción de la remuneración impaga más el triple de recargo y el proporcional de la décima cuarta remuneración (fojas 4 a 6 del expediente de segundo nivel).
b) Actos de sustanciación del recurso: Mediante auto de 16 de mayo de 2017, las 10h33, la doctora Janeth Cecilia Santamaría Acurio, Conjueza de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, admitió a trámite el recurso interpuesto por el demandado.
c) Cargos admitidos: El recurso extraordinario de casación presentado por el demandado fue admitido a trámite por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:
PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los Jueces: doctor H. Roberto Guzmán Castañeda, doctora María Consuelo Heredia Yerovi y doctora Katherine Muñoz Subía (ponente); es competente para conocer y resolver el recurso de casación de conformidad con la Resolución N° 07-2019, de 11 de diciembre de 2019 y Resolución N° 01-2018 de fecha 26 de enero de 2018; artículo 183 sustituido por el artículo 8 de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial Suplemento 38 de 17 de julio de 2013; Resolución N° 04-2017 publicada en el Suplemento N° 1 del Registro Oficial N° 962 de 14 de marzo de 2017, Resolución Nº 004-2012 de 26 de enero de 2012; y, al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: *"Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley."*, artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: "*Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley."*; artículo 191 numeral 1 ibídem, que establece*: "La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo"*; en concordancia con el artículo 1 de la Ley de Casación, el artículo 613 del Código del Trabajo; y, del acta de sorteo cuya razón obra a fs. 7 del cuaderno de casación.
SEGUNDO.- Fundamentos del recurso de casación: El demandado, fundamentándose en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, denuncia la falta de aplicación de los artículos 77 numeral 14, 76 numeral 1 y 82 de la Constitución de la República; e indebida aplicación del artículo 94 del Código de Trabajo.
TERCERO.- Del recurso de casación: El recurso extraordinario de casación es un mecanismo de impugnación que mira fundamentalmente al interés público, dado que sus dos propósitos fundamentales son: **i)** precautelar el cumplimiento del derecho objetivo; y, **ii)** la unificación de la jurisprudencia. Lo dicho sin descartar el indudable interés privado que se exterioriza cuando una de las partes involucradas recurre para ser beneficiada por el resultado del fallo en casación.
El primer propósito de este recurso extraordinario se torna fundamental, pues se traduce en la defensa de la legalidad, constituyendo en esencia una demanda en contra de la sentencia cuestionada, siendo que el examen o verificación de la corte de casación se dirige al cumplimiento de los postulados legales y constitucionales del ordenamiento jurídico.
Mientras que, el segundo propósito procura dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, valiéndose incluso de la creación judicial del derecho, si

aceptamos que aquel debe dinamizarse frente a las necesidades cambiantes de la sociedad.[1] De ahí es que dentro de nuestro marco constitucional la jurisprudencia constituye también- una innovadora fuente de derecho, como lo podemos entender si miramos al contenido de los artículos 11 numeral 8 y 185 de la Constitución de la República.

Se trata de un medio de impugnación extraordinario, pues no cabe contra toda clase de sentencia o auto conforme el artículo 2 de la Ley de Casación-, y procede por lo general una vez agotados los recursos ordinarios[2]; es limitado, dado que el análisis del tribunal de casación se remite exclusivamente a los argumentos denunciados por los recurrentes, en cumplimiento del principio dispositivo previsto en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución; es taxativo y técnico, considerando que su procedencia se condiciona exclusivamente a los casos determinados en la ley artículo 3 de la Ley de Casación- y a la técnica casacional ahí regulada que se torna en una obligación indispensable para quien recurre.

Finalmente, no se debe obviar que la casación tiene un indudable fundamento constitucional artículo 184 numeral 1 de la Constitución-, si afirmamos que la aplicación del derecho en todas sus manifestaciones parte del efecto de irradiación de la Norma Primera, dotando de coherencia y unidad al ordenamiento jurídico a partir de sus postulados; de ahí que este recurso extraordinario, al considerar tanto el interés público como el privado, tiene más allá de la defensa de la legalidad- indudables connotaciones políticas en procura de un ejercicio jurisdiccional que se exprese en la realización de la justicia, que es el propósito final de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República[3].

CUARTO.- ANÁLISIS DEL RECURSO INTERPUESTO:

4.1.-Acusaciones presentadas por el demandado con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- El accionado alega que el recurso de apelación respecto de la sentencia de primera instancia, fue interpuesto únicamente por la parte demandada, no por el actor como equivocadamente lo refiere el Juez Plural- quien tan siquiera se adhirió al recurso propuesto; consecuentemente la empresa demanda fue la única recurrente del fallo de primer nivel.

Por lo dicho sostiene- debe entenderse que el actor al no apelar- se conformó con la sentencia dictada por el juez a quo, es decir, tanto con las pretensiones aceptadas como con las negadas.

En este sentido dice- la decisión de primer nivel no ordenó la satisfacción a favor del actor de la pretensión constante en el numeral ocho del libelo inicial de demanda, esto es *"8. Que se proceda de acuerdo a lo que dispone el Art. 94 y 594 del Código de Trabajo";* sin embargo de ello, el tribunal *ad quem* dispuso el pago de la remuneración impaga más el triple de recargo, sin advertir que el único recurrente fue el demandado, cuya fundamentación al recurso de apelación además tan siquiera se refirió a dicho punto.

Consecuentemente argumenta- en el fallo impugnado, el tribunal de segunda instancia transgredió el artículo 77 numeral 14 de la Constitución, norma que consagra el principio *non reformatio in pejus* como garantía básica del debido proceso, impidiendo empeorar la situación de la persona que recurre.

También y en complemento manifiesta- se infringieron los artículos 76 numeral 1 y 82 ibídem, pues el Juez Plural inobservó que el accionado fue

[1] El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional […] en consecuencia, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. Pamela Juliana Aguirre Castro, "El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico", CEP¬ UASB, Quito, 2019. Pág. 132.

[2] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008. Pág. 114.

[3] Por la importancia del recurso frente al cumplimiento del derecho objetivo, a la unificación y desarrollo jurisprudencial, así como por la reparación del agravio sufrido por las partes, tiene claros efectos políticos, razón por la cual ha sido consagrado expresamente en ordenamientos constitucionales […] basta con que haya infracción de un precepto, garantía o derecho constitucional para que pueda formularse un cargo en Casación en forma autónoma por el recurrente […] Ibídem. Pág. 112.

el único apelante del fallo de primera instancia, por lo que se encontraba impedido de empeorar su situación, considerando que la remuneración impaga más el triple de recargo no fue ordenada por el Juez a quo, resultando equivocado disponer la satisfacción de dicho beneficio en la sentencia de segunda instancia, más aun cuando el actor no recurrió de la decisión inicial.

Por otra parte, con relación a la indebida aplicación del artículo 94 del Código de Trabajo, sostiene que dicha norma se compone de dos supuestos: i) que el empleador no hubiere pagado las remuneraciones al trabajador; y, ii) que para su cobro sea necesaria la acción judicial respectiva. Al cumplirse estas condiciones señala- la consecuencia es que se condene al pago de las remuneraciones impagas más el triple de recargo del último trimestre adeudado.

Agrega que si el trabajador no requiere en la demanda las remuneraciones impagas, no procede la sanción por morosidad antes referida; siendo que en este caso según las pretensiones transcritas en la sentencia impugnada- el actor no reclama el pago de remuneraciones, por lo que resulta improcedente la condena del triple de recargo, pues no se configuró el supuesto fáctico del artículo 94 *ibídem*, justificándose por tanto la aplicación indebida de esta norma.

4.2. Problema jurídico a resolver: ¿Es equivocada la decisión del tribunal ad quem al ordenar la satisfacción de la remuneración impaga más el triple de recargo, considerando, por un lado, que el accionante no reclamó las remuneraciones impagas; y por otro, que el demandado fue el único recurrente del fallo de primer nivel donde no se reconoció dicho beneficio ni su sanción, consecuentemente el Juez Plural se encontraba impedido de empeorar su situación, tanto más si el actor no apeló del fallo dictado por el juez *a quo*?

4.3. Consideraciones sobre la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- "*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 […]*"

Esta causal se configura por infracción directa de derecho sustantivo, es decir, sin consideración a cuestiones fácticas o probatorias. Supone el contraste entre la sentencia frente la ley, tratándose de *"un error de adjudicación, selección o de entendimiento de normas sustanciales, es decir, el debate es estrictamente jurídico"*[4]

Así, bajo dichos parámetros, no cabe controvertir los hechos, pues se entiende que el recurrente muestra conformidad con los determinados en el fallo atacado; consecuentemente, también impide cualquier impugnación dirigida a aspectos relacionados con la prueba actuada en juicio.

No se puede olvidar que la causal en referencia no se limita al yerro con respecto a la norma, sino también es posible denunciar la transgresión de jurisprudencia obligatoria.

Adviértase que tres son los motivos contemplados para la procedencia de esta clase de impugnación de naturaleza extraordinaria; estos son: indebida aplicación, falta de aplicación y errónea interpretación.

La indebida aplicación es un típico error de selección y subsunción en la norma, es decir, sucede cuando el/la juez/a, para resolver el/los problema/s del caso, aplica una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos.

La falta de aplicación, tiene relación con la existencia de la norma, se configura en el evento que el/la juez/a ignora u omite aplicar la que corresponde según los hechos fijados- para solucionar el problema jurídico puesto a su conocimiento.

La errónea interpretación, exige primero que la norma escogida sea la aplicable para la premisa fáctica fijada, siendo que en este caso el yerro ocurre, pues a aquella se le otorga un sentido ajeno y diferente al de su verdadero significado u alcance, se trata entonces de una deficiencia de hermenéutica jurídica.

Vale relievar que los motivos antes explicados son independientes, dado que sus posibles configuraciones se descartan entre sí; para entender mejor, si lo fundamentado es la indebida aplicación (error de selección), resulta contradictorio señalar sobre la misma norma la denuncia de falta de aplicación (error de existencia) o errónea interpretación

[4] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008, Pág. 413.

(error de hermenéutica), pues aquella se refiere a la aplicación de una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos; si se denuncia falta de aplicación, entendemos que no ha sido considerada la norma que resuelve el problema jurídico, de ahí que se descarta la indebida aplicación, y la errónea interpretación, dado que en este último caso, no puede existir una deficiencia de hermenéutica, respecto de una disposición no aplicada; finalmente si lo que se alega es errónea interpretación, partimos de la correcta apreciación sobre la selección y existencia de la norma, descartando automáticamente los dos motivos restantes.
Adicionalmente, es de observar que el caso en referencia a más de la infracción directa de la norma sustantiva enmarcada en unos de los motivos antes analizados-, exige que el vicio en la sentencia sea determinante; entendiéndose por ello, de tal gravedad o trascendencia, que si aquel no se presentase, el resultado de la decisión hubiere sido diferente al pronunciado.

4.4. Examen de los cargos propuestos:

4.4.1 Antes de proceder con el examen en específico del problema jurídico, remitámonos a la parte pertinente del fallo impugnado con el objeto de conocer las razones expuestas por el tribunal ad quem para arribar a su decisión; así se lee: "ANTECEDENTES.- *El señor Juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Lago Agrio provincia de Sucumbíos, ha concedido para ante la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, el recurso de apelación interpuesto por el actor ZUÑIGA BURGA EDWIN XAVIER, con respecto a la sentencia expedida al interior de la causa Nº 21371-2014-0500 [1/4] SEXTO: RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA PARTE DEMANDADA.- A fojas sesenta y ocho del cuaderno de primer nivel consta el recurso de apelación interpuesto por el Ab. Wilmer Danilo Ramírez Loayza, en su calidad de Delegado del Econ. Jaime Patricio Morillo Wellenius, apoderado especial del Representante Legal de la Compañía TESCA INGENIERIA DEL ECUADOR S.A. […] NOVENO.- Para efectos de este fallo, el tiempo de prestación laboral se tendrá el comprendido desde el 14 de marzo del año 2013, hasta el 20 de agosto del 2014, conforme consta del acta de finiquito constante a fojas 31 del proceso y como última remuneración la cantidad de 900,00 dólares. […] 8.- Que se proceda de acuerdo a lo que dispone el Art. 94 y 594 del Código de Trabajo. Ya que según se desprende de la documentación constante en el proceso, no consta que al actor de esta causa le hayan cancelado los últimos días de trabajo, esto es del 01 de agosto hasta el 20 de agosto del 2014, por lo tanto, se dispone el pago en la cantidad: De USD. 900,00:30 días = 30,00 x 20 días laborados. Dando un total de: USD. 600,00 x 3= dando un total a pagar de 1800.00 dólares […]"*

4.4.2. Mediante una de sus alegaciones la parte demandada intenta demostrar que el trabajador no desarrolló como pretensión expresamente la remuneración impaga de los 20 días del mes de agosto de 2014, de ahí que no procedía la aplicación del artículo 94 del Código de Trabajo.
Al respecto, nótese que el actor en su demanda reclama *"8. Que se proceda de acuerdo a lo que dispone el Art. 94 y 594 del Código de Trabajo"* (fojas 3); pretensión que, además, es también referida por el Juez Plural en la decisión atacada.
Si bien es cierto, el actor no desarrolló como pretensión expresamente el sueldo no pagado, en este acto de proposición sí se remite al artículo 94 del Código de Trabajo; siendo que el contenido de tal norma es clara, pues su invocación conduce de forma inequívoca a las condiciones necesarias para que proceda el pago de las remuneraciones impagas más el triple equivalente al monto total de las no pagadas del último trimestre adeudado.
Es decir, si el accionante sustenta una de sus pretensiones en la disposición citada, no se puede entender de otra manera que lo reclamado es la remuneración impaga y la sanción correspondiente; en otras palabras, para este caso, la invocación del artículo *94 ibídem* conduce irrefutablemente a la exigencia de pago de aquel rubro y su correspondiente condena por morosidad.
Además, el hecho que el demandante invoque el artículo 94 del Código de Trabajo, sin manifestar expresamente en el libelo que reclama *"la remuneración impaga más el triple recargo"*, no puede constituir obstáculo para que el juez/a se pronuncie sobre tal pretensión, si como se ha dicho- el contenido de tal disposición inequívocamente conduce a la falta de pago del salario y la pertinente condena al empleador moroso; lo contrario, devendría en un exceso de formalismo que comprometería la efectiva administración de justicia en contradicción con el artículo 169 de la Constitución de la República, que establece que*: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la jus-*

ticia por la sola omisión de formalidades".

4.4.3. También el casacionista trata de justificar la improcedencia del pago de la remuneración impaga más el triple de recargo, argumentando que el tribunal de alzada empeoró su situación al disponer la cancelación de tales rubros, considerando que el fallo de primer nivel no dispuso su satisfacción, sin que el actor hubiere recurrido de tal decisión, siendo el accionado además el único apelante.

Al respecto, es preciso remitirse a las actuaciones pertinentes, con el objeto de conocer quien o quienes recurrieron de la decisión de primer nivel:

1. El 26 de mayo de 2015, las 15h12, el doctor Ufredo Rafael Sandoval Mindiola, Juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Lago Agrio, dicta sentencia aceptando parcialmente la demanda, ordenando que la empresa demandada satisfaga al actor la bonificación por desahucio, vacaciones, décima tercera y cuarta remuneraciones. Lo que asciende a USD. $ 3.044,12, rubro del cual debe descontarse el valor consignado de USD. $ 1.017,55; resultando en un total a pagar en favor del actor de USD. $ 2.026,57 (foja 57 a 61).
2. Con escrito de 28 de mayo de 2015, las 15h17, la parte demandada solicita la ampliación y aclaración del fallo dictado en primer nivel (fojas 62).
3. Mediante providencia de 11 de junio de 2015, las 10h39, el juez a quo corre traslado con dicho pedido al actor para que se pronuncie al respecto en el término de cuarenta y ocho horas (fojas 64).
4. Con providencia de 19 de agosto de 2015, las 08h47 sin contestación de la parte actora-, se niega la solicitud de aclaración y ampliación de la parte demandada (fojas 67).
5. Con escrito ingresado el 21 de agosto, las 15h55, la parte accionada presenta recurso de apelación en contra de la sentencia de primer nivel (fojas 68 - 69).
6. Mediante providencia de 26 de agosto de 2015, las 09h23, el juez de primer nivel manifiesta: *"En lo principal, se dispone: 1.- Agréguese a los Autos el escrito presentado por la parte demandada; Atendiendo lo solicitado, por ser legal e interpuesto dentro del término de Ley, Concédase el Recurso de APELACIÓN propuesto por el demandado, previas las formalidades de Ley, de forma inmediata se envié el proceso a la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, donde el solicitante hará valer sus derechos"* (fojas 70).
7. El Tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, dictó sentencia el 30 de noviembre de 2015, las 14h44, la que reformó la sentencia subida en grado, disponiendo la satisfacción de la remuneración impaga más el triple de recargo y el proporcional de la décima cuarta remuneración; y descartando el pago ordenado en primera instancia respecto del desahucio, vacaciones y décima tercera remuneración (fojas 4 a 6 del cuaderno de segundo nivel).

4.4.4 De la revisión del proceso, nótese que, efectivamente, quien presenta el recurso de apelación es la parte demandada, no así el actor, constituyéndose aquella en la única recurrente.

4.4.5 De ahí que lo afirmado por el Juez Plural en la sentencia impugnada al señalar en los antecedentes- que el recurso de apelación fue interpuesto por el accionante, Edwin Xavier Zúñiga Burga, no responde a la realidad de las actuaciones procesales; y tanto es así, que en el mismo fallo atacado únicamente se reproduce el contenido del recurso de apelación presentado por la parte demandada, y no del accionante, pues, lógicamente, este último no recurrió de la decisión de primer nivel.

4.4.6 Una vez determinado que el único apelante fue el demandado, corresponde analizar si la actuación del tribunal de segunda instancia fue la correcta, al ordenar el pago de la remuneración por los 20 días del mes de agosto de 2014 más el triple de recargo.

4.4.7 Para este propósito, obsérvese que dicha pretensión no fue concedida por el Juez a quo en la sentencia de primer nivel, y como se ha visto de las actuaciones procesales- la parte demandada fue la única recurrente, siendo que el actor no apeló de tal decisión.

El casacionista alegó la infracción del artículo 77 numeral 14 de la Constitución de la República que garantiza "*Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre"*; adviértase que si bien tal principio se encuentra consagrado en nuestra Norma Primera como una garantía básica del proceso penal, debe entenderse que los gravámenes en contra de los ciudadanos no solo derivan de la aplicación de aquel, sino también de conductas sancionadas en otros ámbitos del derecho; consecuentemente, no cabe duda que también es compatible y aplicable respecto de la resolución de sanciones o condenas impuestas en otras materias, siendo por tanto parte del debido proceso.

De ahí que la *non reformatio in pejus* reproducida en la disposición constitucional antes transcrita- debe ser entendida y aplicada en un contexto general, sin restricción o límite a determinada materia; más aún si en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición o ley alguna que impida la aplicación de tal garantía en ámbitos distintos al penal.
Sobre garantía en referencia, la doctrina ha manifestado *"La reforma en perjuicio (reformatio in pejus) consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario. […] es, en cierto modo, un principio negativo: consiste fundamentalmente en una prohibición. No es posible reformar la sentencia apelada en perjuicio del único apelante […]"*[5].
Entonces, de ahí que precisamente esta garantía limita de cierta forma la actuación de los jueces de alzada, pues impide alterar los puntos resueltos en la sentencia impugnada en perjuicio del único recurrente; es decir, la judicatura únicamente podría mejorar su situación, siempre que su contrincante no hubiese apelado de aquella.
Así, la Segunda Sala Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, al respectó señaló: *"Quien interpone un recurso en contra de una providencia judicial, aspira una nueva resolución favorable o menos grave, pero si la nueva discusión de las pretensiones y los fundamentos conlleva un empeoramiento con respecto a la situación precedente, entonces se produciría una* ***reformatio in pejus*** *para la parte recurrente, lo cual resulta inadmisible, pues se estaría vulnerando el principio de la conformidad de la parte no recurrente del fallo; por lo tanto, para la parte que no recurre el fallo se encuentra ejecutoriado*[6].
Además, sobre el principio de conformidad aludido en el fallo transcrito -y siguiendo el contenido del artículo 328 del Código de Procedimiento Civil que prevé la posibilidad de apelar de una parte de la sentencia y conformarse con lo demás- es correcto asumir que si uno de los sujetos procesales no recurrió del fallo, se entiende que aceptó y se conformó con la totalidad de lo ahí determinado.
Entonces, si el tribunal de segunda instancia resuelve un punto que perjudica al único apelante aun cuando la otra parte no recurrió- transgrede el principio de conformidad y, por ende, el dispositivo previsto en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución, pues esa alteración se produce por iniciativa propia de la judicatura, sin que ninguna de las partes hubieran manifestado su inconformidad al respecto.
En el caso como se ha dicho- la remuneración impaga por los 20 días del mes de agosto de 2014 más su triple de recargo no fue reconocida por el juez a quo en la sentencia de primer nivel; y al haber sido el accionado único apelante, el tribunal *ad quem* se encontraba impedido de empeorar su situación sobre este específico punto.
Lo único revisable insístase que el actor, al no recurrir, se conformó con la totalidad del fallo de primera instancia- eran exclusivamente los puntos desfavorables para el demandado, y no lo beneficioso, como el desconocimiento a la pretensión del accionante respecto de la remuneración impaga más la condena correspondiente.
En conclusión, se verifica que el tribunal de segunda instancia al ordenar el pago del beneficio antes citado y su sanción correspondiente no reconocidos en el fallo de primer nivel- agravó la situación del único recurrente inobservando el principio "*non reformatio in pejus*" consagrado en el artículo 77 numeral 14 de la Constitución de la República, que determina "14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre".
También trasgredió el artículo 82 *ibídem*, pues de ninguna manera resulta previsible la actuación del Juez Plural al desmejorar la situación del accionado único apelante- no obstante que la contraparte no recurrió, mostrando mediante esta actitud pasiva su conformidad con la totalidad de la sentencia de primera instancia, siendo por tanto la remuneración impaga una pretensión que el tribunal de instancia estaba impedido de conceder a favor del actor y en desmedro del demandado.
Con fundamento en las razones antes referidas, procede el cargo denunciado por el casacionista

[5] Eduardo J. Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Editorial B de f, Montevideo – Buenos Aires, cuarta edición, 2016, Pág. 300.
[6] Criterio reproducido en la sentencia dictada en el proceso 344¬2005, publicado en Registro Oficial Edición Especial No. 83 de 5 de Noviembre de 2010, por la Sala Segunda Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

conforme la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación con respecto a la infracción por falta de aplicación de los artículos 77 numeral 14 y 82 de la Constitución de la República. Siendo esto así, corresponde corregir el equívoco provocado por el Tribunal ad quem, descontando del total ordenado a pagar el valor de USD $1.800,00 que corresponde a la remuneración de los 20 días de agosto de 2014 más su triple de recargo; permaneciendo subsistente únicamente el beneficio por el proporcional de la décimo cuarta remuneración, que asciende a USD $195,35.

5. DECISIÓN:

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** casa la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, el 30 de noviembre de 2015, las 14h44. Consecuentemente se ordena que la compañía TESCA INGENIERÍA DEL ECUADOR S.A., en la calidad en la que fue requerida, pague en favor de Edwin Xavier Zúñiga Burga la cantidad de CIENTO NOVENTA Y CINCO CON 35/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD $195,35) más los intereses que correspondan de conformidad con el artículo 614 del Código de Trabajo. **NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-**

f) Dra. Katherine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL, (PONENTE); Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZA NACIONAL (E); Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL.

III

Juicio Nro. *17731-2013-1225*
Resolución Nro. *0123-2020*
Fecha: *10 de junio del 2020, las 11h53*

TEMA: Valor probatorio de la resolución de visto bueno.

ASUNTO

El trabajador ha impugnado por la vía judicial la resolución de visto bueno, mediante la cual el Inspector del Trabajo de la provincia de Morona Santiago declaro la terminación de la relación laboral; y, por ende, demanda se le reconozca el despido intempestivo y el reconocimiento de la estabilidad laboral establecida en el Décimo Primer Contrato Colectivo de Trabajo.

En esta causa el tema a resolver es el determinar el valor probatorio de la resolución administrativa de visto bueno del inspector del trabajo ante el Juez del Trabajo, conforme a las pruebas rendidas en el juicio.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA:

El trabajador comparece con su demanda impugnando la resolución de visto bueno otorgada por el Inspector del Trabajo de Morona Santiago, por la causal prevista en el artículo 172 numeral 4 del Código del Trabajo y demanda el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo, con la estabilidad del Décimo Tercer Contrato Colectivo de Trabajo. El juez de primera instancia, en su sentencia, acepta parcialmente la demanda y declara con lugar las indemnizaciones por despido intempestivo.

***RESUMEN SEGUNDA INSTANCIA*:**
En segunda instancia se ratifica el fallo de primer nivel, pues se considera que la resolución de visto bueno del inspector del trabajo tiene el carácter de informe para el juez laboral, quien está facultado a valorar otras pruebas en el proceso, estableciendo en este caso que no ha existido la causal de visto bueno alegada por el demandado, disponiendo el pago de las indemnizaciones conforme a la estabilidad pactada en el contrato colectivo de trabajo.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 17731-2013-1225
Jueza Ponente: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, miércoles 10 de junio del 2020, las 11h53.
VISTOS:
PRIMERO: ANTECEDENTES
En el juicio laboral seguido por **Teilón Leodan Gómez Bicuña** en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Palora, en la persona del Ingeniero Luis Heras Calle y Ab. Kléver Matute Ortiz, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico, respectivamente, de dicha entidad edilicia, el tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, dictó sentencia el 11 de agosto de 2014, las 10h14, en la cual: *"[…] casa parcialmente la sentencia dictada el 24 de julio de 2013, a las 16h26 por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, consecuentemente, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Palora debe pagar al trabajador la cantidad de USD 5.107,16; valor al que ascienden los rubros reconocidos en la sentencia de segunda instancia. […].".*
No conforme con la misma, el accionante, Teilón Leodan Gómez Bicuña con fecha 11 de septiembre de 2014, presenta Acción Extraordinaria de Protección, la cual fue admitida, el 23 de febrero de 2015, por la Sala de admisión de la Corte Constitucional y resuelta, el 13 de febrero de 2020.
Mediante Sentencia Nro. 1634,14-EP/20, la Corte Constitucional del Ecuador, sostiene: *"La Constitución de la República, en su artículo 76, reconoce que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones se asegurará el cumplimiento del debido proceso, el mismo que incluye varias garantías básicas, tales como el derecho a recibir resoluciones motivadas de los poderes públicos, la cual, a su vez, constituye una garantía del derecho a la defensa […]."*
El órgano máximo de administración de justicia constitucional hace referencia a la sentencia No. 609-11-EP/19, en que se dice que una decisión se encuentra debidamente motivada cuando:
[…] se estructura lógicamente, de tal forma que **guarda la debida coherencia y relación entre los alegatos y las normas jurídicas, siendo que los criterios jurídicos vertidos a lo largo de la misma tienen un hilo conductor con los argumentos puestos en conocimiento del operador de justicia.** De este modo, el fallo es coherente entre las premisas fácticas (causas), las disposiciones aplicadas al caso concreto (normas), la conclusión y la decisión final del proceso." (Énfasis añadido).
Expresa también:
[…] los juzgadores, en ejercicio de su potestad jurisdiccional al momento de emitir una decisión tienen la obligación de motivarla, enunciando las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron y realizando una explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho y a las circunstancias concretas puestas en su conocimiento a través del ejercicio del derecho de acción, contradicción o de recurrir.
Centrándose en el fallo sostienen en el numeral 26:
[…] En este orden de ideas, se observa que el órgano judicial se refirió en términos generales sobre la causal invocada por la parte recurrente y desarrolló sus particularidades y requisitos para que prospere un recurso de casación fundamentado en ella. En otras palabras, la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia estableció ciertas consideraciones preliminares de la causal tercera, previo a pronunciarse si la sentencia recurrida, esto es, la expedida en segundo nivel, incurrió en los cargos detallados por los recurrentes […].
Indican además que, en la resolución de la Corte Nacional de Justicia, para conceder el recurso de casación y casar parcialmente la sentencia de la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de

Morona Santiago:
[…] se pronunciaron exclusivamente acerca del proceso de visto bueno que dio origen al juicio laboral; sin embargo, omitieron analizar los cargos de casación que fueron individualizados en el considerando tercero de su propia decisión y contrastarlos con los requisitos de la causal tercera del artículo 3 de la entonces vigente Ley de Casación, que fueron desarrollados en el considerando sexto del fallo por los mismos juzgadores […].
Y en los numerales 29, 30, 31 y 32 de la resolución, la Corte Constitucional exterioriza:
En efecto, a pesar de que el Tribunal de Casación se refirió inicialmente a aspectos generales de la causal tercera y estableció los requisitos para que un recurso fundamentado en ella prospere, en ninguna parte de la sentencia impugnada se desarrolló el análisis correspondiente a determinar si la decisión de segundo nivel incurrió en los vicios alegados con base a dicha causal […] 30. Inclusive. No se observa que en el fallo de casación exista referencia alguna a la sentencia recurrida, esto es, a la decisión emitida en segunda instancia en el proceso laboral, ni a las disposiciones jurídicas que fueron alegadas en el recurso de casación. […] 31. En este sentido, los juzgadores se limitaron a enunciar las normas en las cuales se fundamentó el recurso y la causal invocada por los peticionarios, pero en el desarrollo de su análisis no constan los razonamientos jurídicos que justifiquen que la sentencia de segunda instancia incurrió en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, aspecto que era el objeto del recurso de casación propuesto".
Concluyendo en el numeral 34:
[…] 34. En consecuencia, la sentencia expedida el 11 de agosto de 2014 por la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de motivación, reconocido en el artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución […] En mérito de lo Expuesto […] el Pleno de la Corte Constitucional resuelve: 1. Declarar la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación. 2. Aceptar la acción extraordinaria de protección. 3. Dejar sin efecto la sentencia dictada el 11 de agosto de 2014 por la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia dentro del recurso de casación No. 2013-1225. 4. Retrotraer el proceso hasta el momento anterior a la vulneración del derecho constitucional referido, es decir, antes de la emisión de la sentencia impugnada. 5. Disponer que una nueva conformación de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, a la brevedad posible, conozca y resuelva el recurso de casación planteado por el Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Palora, en observancia de lo establecido en el presente fallo […].
Y, en cumplimiento de lo dispuesto en el número 34; y, en el considerando IV numerales: 1., 2., 3., 4 y 5., de la sentencia constitucional, emitida el 13 febrero de 2020; y, acorde con lo dispuesto por la Corte Constitucional, para que se conforme un nuevo tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia para conocer el recurso de casación propuesto, por los demandados, se ha efectuado el sorteo correspondiente.

SEGUNDO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución Nro. 01-2018, de 26 de enero de 2018, integró las 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 No. 38 de 17 de julio de 2013, en relación con la resolución No. 04-2017, publicada Suplemento No. 1 del R.O. 962 de 14 de marzo de 2017; la resolución 07-2019 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que refiere a la integración de sus Salas, alusivo al llamamiento de los señores Conjueces en reemplazo de los titulares. Mediante Resolución No. 04-2020, de 16 de marzo de 2020, la Corte Nacional de Justicia, resolvió: "[…] suspender los plazos y términos previstos en la Ley para los procesos judiciales"; y, con resolución No. 05-2020, de 8 de mayo de 2019, se deja sin efecto la suspensión de plazos y términos, dispuesta en la Resolución No. 04-2020, para los procesos que se tramitan en la Corte Nacional de Justicia y Cortes Provinciales de Justicia, cuyos términos o plazos se habilitan desde el 11 de mayo de 2020 de Justicia por emergencia sanitaria de COVID-19.

La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación en los procesos laborales según lo dispuesto en el numeral primero del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador; numeral primero del artículo 191 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Ley de Casación. Por lo que, en virtud del sorteo realizado, corresponde dictar la resolución del recurso de casación.

El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral para conocer y resolver la presente causa, se encuentra integrado por: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional (Ponente); Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado y la Dra. Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional.

TERCERO: VALIDEZ PROCESAL

De la revisión del expediente, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal que lo invalide, por lo que, se declara su validez procesal.

CUARTO: CONSIDERACIONES SOBRE LA CASACIÓN

La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho; *«según señala DE LA PLAZA, el objeto de la casación, en palabras de CARAVANTES, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales; idea que, en épocas más próximas a nosotros, reitera Manresa, cuando atribuye al recurso la misión de «enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por las sentencias firmes de los Tribunales de apelación cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con infracción de las formas más esenciales y trámites más esenciales del juicio»*. (Andrade Ubidia, 2005, p. 221).

A través de este recurso, se cumple, en los casos que la ley específicamente lo determina, con un fin público, al vigilar que las sentencias emitidas en niveles de instancia se ajusten a la normativa existente, al derecho vigente; permitiendo de esta manera una verdadera seguridad jurídica al unificar la interpretación de las leyes; y, un fin privado, buscado por la parte que lo interpuso para alcanzar la defensa del derecho que considera vulnerado. El cumplimiento del primer fin, no acarreará implícitamente el del segundo, sin embargo el fin privado, de haber lugar, permite consecuentemente, el cumplimiento del fin público.

QUINTO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

En el recurso en análisis, la parte recurrente, Ingeniero Luis Alejandro Heras Calle y Abogado Kléver Eliceo Matute Ortiz, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico, del Gobierno Descentralizado del Cantón Palora, sustentan su recurso de casación en los siguientes términos: […] Este recurso lo fundamentamos en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación en vigencia […].

Y como normas infringidas, señala los artículos: 75, 76, numerales 1 y 7, literales h y l y 82 de la Constitución de la República; artículos: 1453, 1454 y 1561 del Código Civil, como normas supletorias del Código del Trabajo (Art. 6); los artículos: 113, 115, 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil, normas que según los casacionistas […] no han sido consideradas por la Sala al dictar su fallo.

SEXTO: CARGOS ALEGADOS

Sobre la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, cabe hacer las siguientes precisiones: La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación *«tipifica: (a) la aplicación indebida, (b) la falta de aplicación y, (c) la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a (i) una equivocada aplicación o (ii) a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto: vicio in iudicando por violación indirecta, ya que la directa es de naturaleza procesal o sea de las normas aplicables a la valoración de la prueba, lo cual determina el vicio en la aplicación de las normas sustantivas»,* (Andrade Ubidia, 2005, p. 114), es decir, en esta causal la violación de la norma sustantiva se dará de forma indirecta, a consecuencia de la violación de las normas aplicables a la valoración de la prueba.

Mas, para que prospere dicha causal, se precisa cierta rigurosidad al proponerla, así: "1. Identificar el medio de prueba, en el que, a su juicio, se ha infringido la norma o normas de derecho que regulan la valoración de esa prueba; 2. Identificar la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, que estima ha sido transgredida; Demostrar con razonamientos de lógica jurídica completos, concretos y exactos, en qué consiste la transgresión de la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, y 4. Identificar las normas sustantivas o materiales que en la parte resolutiva de la sentencia han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas, por carambola o en forma indirecta, por la transgresión de los preceptos jurídicos que rigen la valoración de la prueba". (Andrade Ubidia, p. 155)

SÉPTIMO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

A fin de dilucidar si los cargos formulados poseen sustento jurídico, y teniendo en cuenta que el recurso de casación *es «un ataque a la sentencia; una imputación de que ha infringido la ley o quebrantado las formas esenciales del juicio, o de ambas cosas a la vez»* , y en razón del principio dispositivo al cual se refiere la Constitución de la República del Ecuador en el numeral sexto del artículo 168 *«La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y*

diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo».

Entendiendo este principio como la limitación de las actuaciones de los juzgadores al impulso procesal de las partes, que en materia de casación, se traduce en la limitación de las acusaciones formuladas en los términos expuestos en el respectivo recurso, las cuales, además de contener los requisitos indispensables exigidos por ley, deberán cumplir con el tecnicismo específico requerido para cada una de las causales invocadas, sin que ello pueda ser considerado como una mera formalidad.

Así lo ha entendido la entonces Corte Suprema de Justicia y se replica en el actuar de la actual Corte Nacional de Justicia *«El recurso de casación, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, es considerado como una demanda contra la sentencia, y en tal virtud debe quedar trabada la litis con relación a las normas de derecho, normas procesales y preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que se estimen aplicados indebidamente, erróneamente interpretados y no aplicados; dichas circunstancias deben quedar expuestas en forma clara por el recurrente para que proceda la impugnación»* (Gaceta Judicial. Año CII, Serie XVII, No. 6 Pág. 1609)

«La fundamentación, es la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización, por su amplitud, complejidad y trascendencia. Requiere el desarrollo y razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa y, al mismo tiempo, a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado» (Santiago Nuñez Aristimuño, p. 38).

7.1. Causal tercera:

7.1. a) Los recurrentes en su escrito de interposición del recurso afirman al efecto que en la sentencia impugnada se han infringido:

Los Arts. 75, 76 numerales 1 y 7 literales h y l y 82 de la Constitución de la República, que garantizan: "Que toda persona tiene derecho al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos", "El debido proceso" con la garantía del cumplimiento de las normas y el derecho de las partes" y "La seguridad jurídica", que deviene "del derecho a la defensa, a presentar pruebas y contradecir las que se presenten y fundamentalmente a que las resoluciones deberán ser motivadas", respectivamente, todas las normas constitucionales invocadas, en el fallo dictado por la Sala han sido vulneradas, al considerar que en la relación laboral se ha producido un despido intempestivo inexistente, sin tomar en cuenta el Visto Bueno dictado en favor de nuestra representada por Autoridad competente y de conformidad con lo preceptuado en el Código del Trabajo, como real y efectivamente sucedió, sentencia que contradice la realidad procesal y las disposiciones constitucionales antes referidas y las normas constitucionales que a continuación determinamos […].

Especifican los artículos 1453, 1454 y 1561 del Código Civil, como normas supletorias del Código del Trabajo (Art. 6) "que establecen que las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos", "Contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" y "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes respectivamente, disposiciones legales que no han sido consideradas por la Sala al dictar su fallo porque procesalmente se ha demostrado la existencia de la relación contractual que obliga al actor a someterse a lo que manda el Código del Trabajo y también a lo que manda el Reglamento Interno del Municipio de Palora que está legalmente aprobado, esto es que él no debió ofender en forma burda al señor Alcalde, a fin de no incurrir en la causal 4ª del Art 172 del Código Laboral […]"

En cuanto al considerando QUINTO de la sentencia de segunda instancia sostienen:

[…] al analizar la Sala si los hechos configuran o no la causal cuarta del Art. 172 del Código del Trabajo afirman que las versiones rendidas por Aguirre Guamán Panyushkin Kedmdman (fs. 173), Fausto Joaquín Heras Luna (174) y Urgilés Méndez Ángel (174vta.) "no ha determinado que tipos de injurias ha realizado el actor de esta causa contra el Alcalde", *aquí existe una flagrante* omisión y errónea interpretación alejada de las tablas procesales*, cuando la realidad procesal es que, en las declaraciones constantes en el expediente de Visto Bueno ellos mencionan las palabras soeces e injuriosas con que el actor atenta contra la honorabilidad del personero municipal, y lo más grave y sorprendente es que, se violenta la ley al manifestar que "aún más cuando no han rendido sus testimonios en esta causa para poder considerar como prueba plena" y, fundándose en el Art. 216 del Código de Procedimiento Civil, decide la Sala "razón por la que no se le puede considerar testigos idóneos por ser dependientes de manera directa de la autoridad demandada (Alcalde) en este proceso" […] Respecto a las manifestaciones de la Sala en este considerando, debemos indicar que existe una evidente contradicción en esta parte del mismo, puesto que, primero reconocen la va-

lidez del visto bueno frente a la impugnación del actor, luego alegan la necesidad de que los testigos concurrieran a declarar dentro de la causa lo mismo que declararon ante la Inspección del Trabajo, para dar mayor validez al visto bueno y se colige que si ello hubiere sucedido el mismo tendría la calidad de prueba plena, pero luego impugnan la idoneidad de los testigos por considerarlos dependientes de la autoridad demandada (Alcalde), aquí una nueva contradicción en un mismo párrafo del considerando Quinto […]" Referente al Considerado Sexto de la resolución impugnada señalan: "[…] se aprecia un equívoco, pues dan valor a las declaraciones de Cando Andrade José Miguel, Castañeda Merino Fausto Oliverio, Cruz Burbano Rodrigo Alejandro, rendidas en la Audiencia Definitiva […].

En relación al considerando séptimo de la sentencia impugnada sostienen:

[…]Para la liquidación del supuesto "despido intempestivo", se aplica lo previsto en el Contrato Colectivo que feneció el 31 de diciembre de 2008 y que no fue renovado a partir de esta última fecha, pero que se renovó por dos años más, como se establece en el mismo […] Por ello también impugnamos tal vigencia y por ende la liquidación hecha en base a una contratación colectiva que consideramos inexistente a esta fecha.[…]

7.1. b) PROBLEMA JURÍDICO

- **i)** Determinar si como afirma la entidad edilicia, la apreciación valoratoria de la resolución de Visto Bueno, es errática por parte de los juzgadores de instancia, y si esto quebranta la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, en relación al indebido reconocimiento de despido intempestivo como forma de terminación de la relación laboral.
- **ii)** Establecer si conforme los casacionistas afirman, el Décimo tercer contrato colectivo, se encontraba o no vigente al momento de la ruptura de la relación laboral con el accionante.

7.1. c) En relación con las impugnaciones planteadas vía casación, se observa que se han enunciado: a) los artículos 113 y 115 del Código de Procedimiento Civil; b) normas sustantivas y c) los medios de prueba que se consideran vulnerados; al respecto, la fundamentación es vaga e imprecisa, así, en el considerando quinto de la sentencia emitida por la Única Sala de la Corte Provincial de Morona Santiago, que se refiere al visto bueno expresan: *"[…] aquí existe una flagrante omisión y errónea interpretación alejada de las tablas procesales […]"* o existe omisión o errónea interpretación por parte del tribunal con respecto a las declaraciones constantes en el expediente del visto bueno, porque como ya se ha indicado en innúmeros fallos emitidos por la Corte Nacional de Justicia, no pueden producirse todos estos vicios al mismo tiempo; y, como se dejó sentado en líneas precedentes los casacionistas, están obligados a demostrar con razonamientos lógicos jurídicos completos, concretos y exactos, en que consiste la transgresión de la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, lo que no se ha observado en el recurso de propuesto. Tómese en cuenta que el análisis precedente, no significa una doble consideración de la forma en la cual fue propuesto el recurso o de su admisión, pero si, dejar puntualizados los yerros de los que adolece.

Mas, al haber sido admitido el recurso a este Tribunal le corresponde conforme a lo resuelto por la Corte Constitucional confrontar la sentencia de instancia y verificar si como dicen los casacionistas, se ha configurado la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, respecto a la apreciación realizada por la Sala de apelación en relación al visto bueno en que determina que existe: a) Falta de idoneidad de los testigos de la parte empleadora fundándose en el artículo 216 del Código de Procedimiento Civil; por ser dependientes directos de la autoridad demandada; b) Se configura o no el vicio de indebida aplicación de los artículos 164 y 165 del Código de Procedimiento Civil, en relación con la valoración por parte de la Sala de alzada, sobre el parte policial suscrito por el Mayor de Policía Mauro Fuentes García al que le consideran un mero informe; c) Es idónea e imparcial la prueba testimonial del actor, como así lo ha resuelto el tribunal ad quem, cuando esta fue tachada oportunamente; y, d) amparaba o no al trabajador de esta causa el Décimo Tercer Contrato Colectivo suscrito entre el Gobierno Municipal de Palora y el Comité Central Único de Trabajadores de esa entidad edilicia, la misma que sirvió de sustento para su liquidación.

Como bien ha sentado tanto la ex Corte Suprema y la Corte Nacional de Justicia, la apreciación de la prueba, es potestad de los jueces de instancia, así, la primera Sala de lo Civil y Mercantil sostiene en uno de sus fallos: *"[…] el Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se hayan violado normas de derecho que regulen expresamente la valoración de la prueba […]"*

(Andrade Ubidia, p.155).
Reitérese entre las facultades exclusivas de los jueces de instancia, se encuentra la valoración de la prueba, que conforme el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, será apreciada […] de acuerdo con las reglas de la sana crítica, Santiago Sentis Melendo sobre el tema expresa:
"Se identifica por algunos con la lógica; por otros con el buen sentido, extrayendo las reglas de la lógica, basándose en la ciencia, en la experiencia y en la observación; otras veces es la lógica crítica aplicada al proceso; el buen sentido; coincide con las reglas del correcto entendimiento humano; con la crítica o criterio racional; se confía a la prudencia, rectitud y sabiduría de los jueces; debiendo en cada caso examinar las circunstancias que lo rodean". (Santiago Sentis Melendo, La Prueba, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1990, p. 249).
Las reglas de la sana crítica (de origen español, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855) configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción.
El juez está llamado a decidir, conforme el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, con arreglo a las reglas de la sana crítica, es decir, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente y menos arbitrariamente.
En suma, estas reglas, se fundamentan en la razón, la lógica y la experiencia de los juzgadores, que son los únicos llamados a descubrir la verdad, de ahí que la finalidad de los medios probatorios sea producir en el juzgador la convicción o certeza sobre los hechos afirmados por las partes; para cuyo efecto, la prueba deberá ser pedida, ordenada y actuada en sede judicial, lo que permite a los mismos, por el principio de inmediación tener frente a si, los elementos probatorios base para su resolución. En esta línea, el Tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Morona Santiago, ha considerado al Visto Bueno, como un informe, conforme el inciso segundo del artículo 183 del Código del Trabajo, mismo que ha sido apreciado con criterio judicial, determinando: *"Por todo lo anotado esta Sala, considera que los fundamentos que sirvieron de sustento para conceder el Visto Bueno por parte de la Inspectora del Trabajo de Morona Santiago, no se encuentra respaldado con prueba plena que den la certeza de que existieron los presupuestos del art. 172 numeral 4) del Código del Trabajo […]" es decir que se debió probar que el actor en esta causa (Teilón Leodan Gómez Bicuña) irrogó injurias graves al empleador (Alcalde), entendiéndose por injurias según el diccionario de Derecho Laboral Anbar: "La figura básica de la injuria consiste en deshonrar o desacreditar a otra persona. Queda excluida la calumnia, que no obstante llenar las características de la injuria, suele estar prevista como modalidad agravada […]* lo que no ha ocurrido en el trámite del Visto Bueno conforme se deja analizado. […]".
La conclusión a la que arriba la Sala, respecto a que *"no se encuentra respaldado con prueba plena que den la certeza de que existieron los presupuestos del art. 172.4 del Código del Trabajo";* en razón a que consideran que no se logró probar que el actor de la causa, Teilón Leodan Gómez Bicuña, irrogó injurias graves al personero municipal, refiriendo, para ello, el concepto de injurias, lo que afirman: "no ha ocurrido en el trámite del visto bueno"; y en el considerando SEXTO precisa los testimonios rendidos en la audiencia definitiva constante a fs. 564-577, expresando:
"[…] quienes en forma concordante han indicado que se han encontrado en el lugar el día de los hechos y que en ningún momento el señor Teilón Leodan Gómez Vicuña ha proferido insultos en contra del Alcalde del Gobierno Municipal del cantón Palora. Esta prueba se considera legalmente actuada en razón de que se cumplen los requerimientos que señala en el Art. 581 del Código del Trabajo al haber sido evacuada en la audiencia definitiva pública […]";
Y que, en cambio:
[…] los personeros del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Palora, únicamente se han mantenido que la relación laboral existente en el actor y la parte demandada ha concluido con el visto bueno concedida por la Inspectora del Trabajo, que se encuentra legalmente y que no debe ser considerado como informe, sino como una resolución legal. En síntesis, respecto a los hechos de del 4 de julio de 2012, el empleador no ha justificado con prueba contundente la causal señalada en el numeral 4) del Art. 172 del Código Laboral que concluyó concediendo el Visto Bueno por parte de la Inspectora del Trabajo de Morona Santiago, y más bien se considera a esta resolución como un informe (Art. 183 inci. 2do. CT) (Sic).
La sana critica, reconoce un límite, que es el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento, es decir las leyes de la lógica, y de la experiencia común, por lo que es exigible que las conclusiones a que se arriben **sean del fruto racional de las pruebas del proceso,** sin afectación del principio lógico de razón suficiente, que exige la prueba en que se funde solo permita arribar a una única conclusión y no a otra, debiendo respe-

tar aquellos principios; además, los de identidad, contradicción, y tercero excluido.
Sana crítica que en la sentencia, se evidencia, porque de la prueba actuada, les otorga valor probatorio, a los testimonios de José Miguel Cando Andrade, Fausto Oliverio Castañeda Merino y Rodrigo Alejandro Cruz Burbano, no así, a lo dicho por los demandados, porque refiere que únicamente han concluido que la relación laboral terminó con visto bueno, que para los jueces de instancia, tiene el valor de informe, respaldando su conclusión, en lo previsto en el artículo 183, inciso segundo del Código del Trabajo que estipula: *"La resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues, solo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio."*. Apreciación de la prueba, que se encuentra sustentada conforme el ordenamiento jurídico (Art. 183,icn.2do.), no advirtiendo que se hubiere aplicado indebidamente, dejado de aplicar, o interpretado erróneamente el artículo 115 del Código Procesal Civil, único enunciado como precepto de valoración por los demandados.
De otra parte, los casacionistas señalan que se debió "hacer uso" también del artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, en razón a que su contestación ha sido simple o absolutamente negativa, norma que preceptúa: "Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir las pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa".
Este precepto jurídico, regula la carga de la prueba, pero no su valoración. La necesidad de aportar la prueba de los hechos recae sobre una de las partes, sea porque los invoca a su favor o porque de ellos se infiere lo que solicita.
De los recaudos procesales constantes a fs. 140 del cuaderno de primer nivel (audiencia preliminar), los demandados, contestan a la demanda con la frase sacramental: *"negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho";* sin embargo, realizan toda una serie de aseveraciones que hacen alusión al visto bueno que actuaron en sede administrativa; por tanto ya no puede ser considerada como negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, por lo que, estaban compelidos a actuar prueba para demostrar sus asertos.
La primera acusación a la sentencia de alzada, es que no se han aplicado los artículos 1453, 1454 y 1561 del Código Civil, normas supletorias del Código del Trabajo (Art.6), que versan sobre la obligación de las partes dentro de un contrato y que obligaba al trabajador a someterse a lo prescrito en el Código del Trabajo y lo que dispone el Reglamento Interno; sin embargo, en la argumentación sobre este supuesto yerro y si su acusación se basa en la causal tercera, debía señalar el precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba que había sido infringido y como ello habría determinado que estas normas jurídicas fueran inaplicadas; y que además, esto fuera determinante en la parte dispositiva de la sentencia; sin embargo no se ha hecho mención a norma jurídica alguna, lo que impide que este tribunal de casación, se pronuncie sobre el cargo alegado.
Ahora bien, los jueces de instancia, para descartar los testimonios rendidos por Aguirre Guamán Panyushkin y Fausto Joaquín Heras Luna, en sede administrativa en virtud del visto bueno propuesto por los representantes legales del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Palora, en su resolución manifiestan: que los testigos no han determinado que tipo de injurias se han proferido contra el alcalde; que no se ha rendido los testimonios de dichos testigos en la causa para que sea considerada como prueba plena y […] además en atención al Art. 216 del Código de Procedimiento Civil que determina: "Por falta de imparcialidad no son testigos idóneos: 6. El dependiente por la persona de quien dependa o le alimente…" razón por la que no se le puede considerar testigos idóneos por ser dependientes de manera directa de la autoridad demandada (Alcalde) en este proceso."; al respecto, si bien son varias las acotaciones que realiza la Sala de Alzada, respecto al visto bueno, no es menos cierto que para descartar dichos testimonios por no ser imparciales, se fundamentan en el artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, vigente a la época en que se entabló la demanda; apreciación que está sustentada en derecho, siendo esto así, los jueces no estaban obligados a referirse o justipreciar respecto de dichos testimonios, de ahí que, la alegación de los casacionistas sobre los dichos injuriosos, no tomados en cuenta por los juzgadores de instancia, no tiene asidero. En lo que tiene que ver con el testigo Urgiles Méndez Miguel, la Sala no excluye su testimonio por ser dependiente de la Alcaldía, sino porque el Tribunal ad quem señala: *"[…] el último testigo aduce haber estado a unos ocho metros de distancia y se encontraba de paso, aún más cuando no han rendido sus testimonios en esta causa para considerar como prueba*

[…]; y en forma concluyente expresan:
[…]Los personeros del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Palora han afirmado que la relación laboral existente en el actor y la parte demandada ha concluido con el Visto Bueno concedido por la Inspectora del Trabajo, que se encuentra legalmente actuado, sin que haya presentado prueba testimonial que ratifique los supuestos hechos que dieron lugar al visto bueno, cuando la resolución del inspector solo se tendrá el valor de informe facultando el derecho de acudir ante el juez del Trabajo, y valor conforme a las pruebas rendidas en el juicio, así lo establece el inciso segundo del Art. 183 del Código del Trabajo cuando dice*: "La resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues solo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio"* […] (sic).
Haciendo acopio de este mismo criterio, rechazan los jueces de instancia el parte policial suscrito por el Mayor de Policía Mauro Fuentes García, Jefe del Operativo, indicando al respecto*: "[…] se debe tener en cuenta que el parte policial es un documento informativo y que para que alcance el valor probatorio debe haber sido ratificado y presentado como prueba en esta causa con el respectivo testimonio del suscribiente, lo que no ha ocurrido […]".*
La consideración a la que llegan los jueces del Tribunal de la Sala Única de Morona Santiago, en lo atinente a la prueba, es que alcanza valor probatorio, cuando la misma, fuera peticionada, autorizada y actuada en sede judicial, no bastando por tanto que se encuentre aparejado el visto bueno, al considerarlo únicamente como un informe, "[…] que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en juicio"; conforme así lo prevé el inciso segundo del artículo 183 del Código del Trabajo, apreciación que está conforme a derecho, y que nace de la libre convicción de los jueces de instancia, no correspondiendo a este Tribunal de casación, refutar, contradecir y menos todavía, sentar criterio respecto al parte policial, porque supondría una valoración que le está denegada a este órgano jurisdiccional, de lo que se concluye, que no se han vulnerado los artículos 164 y 165 del Código de Procedimiento Civil, como afirman los casacionistas.
En relación al considerando sexto de la sentencia, indican: "[…] se aprecia un equívoco, pues dan valor a las declaraciones de Cando Andrade José Miguel, Castañeda Merino Fausto Oliverio, Cruz Burbano Rodrigo Alejandro, rendidas en la Audiencia definitiva […] respecto a la prueba testimonial rendida en esa causa, la Sala da validez a la declaración de los testigos, pero no considera que ellos en sus declaraciones incurren en varias inconsistencias y falsedades, que no han sido debidamente consideradas por los juzgadores […]".
En cuanto a esta impugnación, los casacionistas, pretenden que este Tribunal revalorice la prueba testimonial actuada, lo que no le está permitido, la potestad de este órgano de administración de justicia, insístase en decirlo, […] 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 la transgresión de normas sustantivas o materiales", por consiguiente se desecha esta alegación.
En referencia al ataque a la sentencia por la supuesta infracción de los artículos 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil, cabe indicar, que todos los puntos controvertidos han sido tomados en consideración para la resolución de la causa, entre estos y fundamental, el Visto Bueno, observándose que se analiza su procedencia de forma clara y fundándose en la Ley, de lo que colige que dichas normas jurídicas no han sido infringidas en la sentencia impugnada vía casación.
En lo atinente a la liquidación del despido intempestivo, bajo el Décimo Tercer Contrato Colectivo, los casacionistas, expresan: […] se aplica lo previsto en Contrato Colectivo que feneció el 31 de diciembre de 2008 y que no fue renovado a partir de esta última fecha, pero que se renovó por dos años más como se establece en el mismo […]
De conformidad con lo previsto en el Art. 239 del Código del Trabajo, numero dos, el mismo es de "Tiempo Fijo", es decir que tiene un plazo de vigencia de dos años y que al llegar a su vencimiento, en este caso, se renovó por dos años más. Pero que la renovación no puede ser Ad libitum o Ad perpetuam, porque esto no considera la ley.
Al respecto, este tribunal de casación, observa que la cláusula contractual reza:
SEXTA. DURACIÓN DEL CONTRATO. El presente Contrato Colectivo de Trabajo tendrá una duración de dos años a partir del primero de enero del dos mil siete hasta el treinta y uno de diciembre del dos mil ocho […] Con sesenta días de anticipación para la Finalización del presente contrato Colectivo, el Sindicato presentará el proyecto del décimo cuarto colectivo de trabajo […] Si transcu-

rrido los sesenta días que habla el inciso anterior, no se ha suscrito el décimo cuarto contrato colectivo, el décimo tercero quedará **renovado automáticamente en todas sus partes** con un recargo del 15% de incremento, sobre las remuneraciones vigentes a la fecha y todos los demás beneficios que perciban los trabajadores en el último mes de vigencia del presente contrato colectivo, sin perjuicio de que el Sindicato haga uso de sus derechos consignados en el Código del Trabajo […] Si transcurrido los sesenta días que habla el inciso anterior, no se ha suscrito el décimo cuarto contrato colectivo, **el décimo tercero quedará renovado automáticamente en todas sus partes** con un recargo del 15% de incremento, sobre las remuneraciones vigentes a la fecha y todos los demás beneficios que perciben los trabajadores en el último mes de vigencia del presente contrato colectivo, sin perjuicio de que el Sindicato haga uso de sus derechos consignados en el Código del Trabajo." (énfasis nuestro)

De ello se determina que la renovación, incluye la duración del contrato, esto es, por dos años más, que comprende desde el primero de enero de dos mil nueve hasta el 31 de diciembre de 2010, lo propio ocurre con respecto a las cláusulas de estabilidad que fueron renovadas hasta esa fecha. Cláusulas que estipulan:

[…] CLÁUSULA SÉPTIMA. ESTABILIDAD.- El Gobierno Municipal de Palora garantiza a todos y cada uno de sus trabajadores sindicalizados la estabilidad de seis años en sus actuales puestos de trabajo, no pudiendo por lo tanto despedir ni desahuciar a ninguno de ellos, salvo casos de visto bueno.

CLÁUSULA OCTAVA. INCUMPLIMIENTO A LA ESTABILIDAD.- Si el gobierno municipal violare lo dispuesto en el artículo anterior durante la vigencia de este contrato, estará obligado a pagar al trabajador afectado la indemnización equivalente a seis años de remuneración vigente a la fecha sea cual fuere el tiempo que faltare para terminar la vigencia de la estabilidad pactada; dicha cantidad será entregada al trabajador en el plazo que establezca la autoridad de trabajo […] Esas indemnizaciones serán pagadas sin perjuicio de las bonificaciones a las cuales tiene derecho el trabajador, según lo dispuesto en el Código del Trabajo y más las establecidas en este contrato. (El subrayado es nuestro)

Ahora bien, la cláusula OCTAVA, determina que si el gobierno Municipal violare dicha estabilidad, durante la vigencia de este contrato, estará obligado a pagar al trabajador afectado la indemnización equivalente a seis años; la premisa es que el contrato se encontrare vigente, mas, ocurre que en el caso que se analiza, el contrato feneció el 31 de diciembre de 2010, esto es, con anterioridad a la fecha en que concluye la relación laboral entre las partes (4 de julio de 2012), por tanto no ha lugar al pago de la estabilidad determinada en dicha cláusula contractual.

Lo que está conforme con la resolución de 8 de julio de 2009, Registro Oficial No. 650 de 6 de agosto de 2009, emitida por la Corte Nacional de Justicia, en razón de los fallos de triple de reiteración de los procesos, Nos.357-08; 514-08 y 402-08 pronunciados por la Primera Sala de lo Laboral. Mas, en el conocimiento de que al haberse determinado por parte del tribunal ad quem, que el visto bueno, fue contrario a derecho y por la admisión tácita de la demandada de que terminó la relación laboral en virtud de la resolución de visto bueno, le corresponde percibir al accionante la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio previstas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo, conforme así manda la resolución obligatoria emitida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, el 08 de marzo de 1990, publicada en el R.O. N° 412 de 06 de abril del mismo año, que dice*: "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";* para cuyo efecto, se toma como tiempo de servicios el fijado por el tribunal de instancia, desde 08 de mayo de 2000 hasta 02 de julio de 2012 y como última remuneración la cantidad de USD. 554.17, resultando lo siguiente: Indemnización del artículo 188 del Código del Trabajo USD. 554.17 x 13 = USD. 7204.21 y bonificación por desahucio prevista en el artículo 185 ibídem USD. 554.17 se obtiene el 25 % USD. 138.54 x 12 = USD. 1662.51. TOTAL = USD. 8.866,72.

En relación a los otros rubros, que se ha dispuesto su pago en la sentencia de alzada, se excepcionan los que tienen relación con lo previsto en el Décimo Tercer Contrato Colectivo, al no estar este en vigencia; en los demás se estará a lo ahí determinado.

OCTAVO: RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

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, casa parcialmente la sentencia emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, de 24 de julio de 2013, las 16h26, en el sentido de que no procede la garantía de estabilidad prevista en el contrato colectivo; por su parte, dispone que la parte demandada pague al accionante la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio en la cantidad de OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA con 72/100 CTVS. (USD. 8.866,72). En lo demás se estará a la sentencia de segunda instancia. Sin costas. **Notifíquese y devuélvase.- f) Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL; Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL (E).**

IV

Juicio Nro. *05371-2018-00066*
Resolución Nro. *0171-2020*
Fecha**:** *8 de julio del 2020, las 12h07*

TEMA: Derechos adquiridos en contrato colectivo de trabajo.

ASUNTO

El trabajador presenta una demanda impugnando la validez de la resolución del Inspector del Trabajo que concedió el visto bueno y autorizó la terminación de la relación de trabajo; por tanto, solicita que se le reconozcan las indemnizaciones conforme a la estabilidad garantizada por el segundo contrato colectivo de trabajo.

El asunto materia de discusión es determinar si al trabajador le corresponde recibir las indemnizaciones por despido intempestivo según la estabilidad pactada en el segundo contrato colectivo, que no estuvo vigente al momento del despido, en virtud de los derechos adquiridos por el trabajador.

RESUMEN PRIMERA INSTANCIA

El actor en esta causa manifiesta que mediante contrato de trabajo escrito ha ingresado a prestar sus servicios lícitos y personales en calidad de guardia de seguridad de la institución demandada. La Universidad Técnica de Cotopaxi ha comparecido ante la Inspección de Trabajo de Latacunga para solicitar el visto bueno en contra del trabajador, por inasistencia injustificada, sin dar cumplimiento al artículo 6 del primer contrato colectivo de trabajo, suscrito con el Comité Central Único de Trabajadores de la Universidad Técnica de Cotopaxi, esto es, contar con la autorización del Comité Obrero Patronal.

Por tal motivo, el actor demanda el pago de la estabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del segundo contrato colectivo de trabajo. La demandada señala que el Comité

Obrero Patronal determinó el incumplimiento de la asistencia y puntualidad a laborar y resolvió autorizar se inicie el visto bueno. En sentencia se considera que no se ha seguido el procedimiento previsto para que el Comité Obrero Patronal autorice se presente la petición

de visto bueno y se acepta parcialmente la demanda y se dispone el pago de las indemnizaciones, según la estabilidad garantizada en el artículo 8 del primer contrato colectivo de trabajo.
***RESUMEN SEGUNDA INSTANCIA*:**
Del análisis probatorio, el tribunal concluye que no se justificó que el trabajador haya incurrido en faltas por impuntualidad, ni que haya abandonado su trabajo por más de tres días consecutivos, por lo que la impugnación al visto bueno debe ser confirmada. Así también, verifica la estabilidad contemplada en el artículo 8 del primer contrato colectivo y ordena que se pague únicamente los derechos y beneficios que seña la el Código de Trabajo, por lo que no existe duda para el tribunal sobre el alcance del pago de indemnizaciones de los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo. En tal virtud, los jueces rechazan el recurso de apelación del demandado y la adhesión del actor.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 05371-2018-00066
Juez Ponente: Dr. Alejandro Magno Arteaga García

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, miércoles 8 de julio del 2020, las 12h07,
VISTOS: PRIMERO.- ANTECEDENTES.- En el juicio laboral seguido por Vicente Arnulfo Pantoja Palma en contra de la Universidad Técnica de Cotopaxi, en la persona de su representante legal señor Cristian Fabricio Tinajero Jiménez; el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, dicta sentencia el 22 de mayo de 2019, las 14h54, que rechaza el recurso de apelación del demandado y adhesión del actor. Corrigiendo únicamente el error de cálculo en el rubro vacaciones de conformidad con el artículo 100 del Código Orgánico General del Procesos.
Inconforme con la decisión, proponen recursos de casación tanto la parte actora como la demandada, siendo admitidos a trámite en auto de 02 de octubre de 2019, las 15h24, por el doctor Róger Francisco Cusme Macías, Conjuez Nacional; y una vez conformado el Tribunal de la Sala Laboral mediante sorteo, se realiza la audiencia respectiva, de fundamentación del presente recurso de casación y encontrándose en estado de fundamentar por escrito la decisión enunciada se lo hace bajo las siguientes consideraciones:
SEGUNDO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA
De conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 6 de la Resolución No. 02-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial 672 de 29 de marzo de 2012, se integró las 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, en atención a la Resolución No. 04-2017 publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 962 de 14 de marzo de 2017. 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, en concordancia con el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos, así como del sorteo que obra del expediente. Este Tribunal de la Sala de lo Laboral se encuentra integrado por: doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional Ponente; doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional y doctor Víctor Rafael Fernández Álvarez, Conjuez Nacional (e), de conformidad con el sorteo de 29 de junio de 2020, a las 17h00, efectuado en Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de la licencia por enfermedad conferida al doctor Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional (e).
Al presente proceso, se le ha dado el trámite previsto en el Código Orgánico General de Procesos, sin que se observe omisión o violación a solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión, por lo que expresamente se declara la validez procesal.

TERCERO: ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA CORRESPONDIENTE:
Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, se llevó a cabo la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el día martes 30 de junio de 2020, las 16h00, en la que la parte recurrente manifiesta:
3.1. INTERVENCIÓN DEL ABOGADO DEFENSOR DEL RECURRENTE (PARTE DEMANDADA):
Comparece el doctor Lenín Guanoquiza, en calidad de procurador judicial de la Universidad Técnica de Cotopaxi y en base a los casos cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, acusa la falta de aplicación de los artículos 169 y 187 ibídem.- Del mismo modo, acusa la errónea interpretación del artículo 183 del Código del Trabajo, así como transgresión de precedentes jurisprudenciales que a su decir establecen los hechos que deben ser justificados para que se establezca el despido intempestivo que ha sido solicitado por la parte actora.
3.2. INTERVENCIÓN DE LA CONTRAPARTE:
La defensa técnica de la contraparte, doctor Luis Sánchez León, manifiesta que el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos invocado por el recurrente, no tiene relación al caso por no tratarse de un despido intempestivo común, sino por impugnación del visto bueno que ha sido el motivo de la acción propuesta, y, que los artículos alegados en la fundamentación son impertinentes, y la jurisprudencia indicada, no constituye fallos de triple reiteración, por lo que solicita se rechace el recurso de casación propuesto.
3.3. INTERVENCIÓN DEL ABOGADO DEFENSOR DEL RECURRENTE (PARTE ACTORA):
Comparece el doctor Luis Sánchez León, abogado defensor de la parte actora, manifestando que en la sentencia impugnada, considerando CUARTO numerales 7 y 9, en transgresión del artículo 54 del segundo contrato colectivo suscrito entre la Universidad Técnica de Cotopaxi, y el Comité de Trabajadores de la misma, en relación al beneficio previsto en el artículo 6 del primer contrato colectivo de trabajo, al tratarse de un derecho adquirido de su representado, en concordancia con los artículos 326 numeral 2, 424, 425 y 426 de la Constitución de la República, y alega que existen fallos de triple reiteración que deben observarse sobre el tiempo de estabilidad que se reconoce a favor de los trabajadores.
3.4. INTERVENCIÓN DE LA CONTRAPARTE:
La defensa técnica de la contraparte doctor Lenín Guanoquiza, en atención al recurso de la contraparte señala, que los fallos invocados no son de triple reiteración y que la decisión que se impugna contiene un análisis pertinente en cuanto al contenido del artículo 6 del segundo contrato colectivo, el cual contempla que en caso de despido intempestivo únicamente se pagará lo dispuesto en los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo, sin que pueda hacerse extensivo el reconocimiento de otro beneficio.- Además solicita, que se considere la vigencia del segundo contrato colectivo desde el 11 de mayo de 2017 y se rechace el recurso de casación propuesto.
CUARTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.
4.1.- 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 el COGEP. El tratadista colombiano, Luis Armando Tolosa Villabona, conceptualiza a este medio de impugnación, como aquel *que " […] pretende quebrar, anular y romper una providencia violatoria de la ley sustancial o de la ley procesal […] Por lo tanto, el recurso de Casación es un medio de impugnación extraordinario por motivos específicamente establecidos en la Ley y cuyo conocimiento está atribuido a un órgano judicial supremo […] con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que tienen errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales. Se interpone también para enmendar, excepcionalmente, sentencias que infringen las garantías fundamentales de las personas".* (Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá-Colombia, 2008, pág. 13). Es decir, esta actividad jurisdiccional asumida por el más alto tribunal de la justicia ordinaria, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, tiene como finalidad garantizar la defensa del derecho objetivo y la seguridad jurídica, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

4.2.- CONCEPTUALISTA DE MOTIVACIÓN

Una vez que ha sido analizado el recurso de casación y la sentencia emitida por el tribunal de alzada, confrontado con el ordenamiento jurídico vigente, corresponde a este Tribunal limitar su examen a los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito 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...". (Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 150).

5. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS-RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA: De la fundamentación del recurso de casación propuesto al amparo de los casos cuarto y quinto, este tribunal de casación extrajo los siguientes problemas jurídicos a resolver:

- Verificar si el tribunal de apelación ha incurrido en infracción del artículo 169 inciso primero y segundo del Código Orgánico General de Procesos, al no tomar en consideración que en el libelo inicial el actor afirmó como fecha de terminación de la relación laboral el 2 de junio de 2017, mientras que el demandado señaló en la contestación que fue el 06 del mismo mes y año, lo que a su criterio ha incidido en que se disponga de forma equivocada la indemnización por despido intempestivo.
- Establecer si el tribunal ad quem incurre en falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales relativos a la configuración del despido intempestivo, lo que ha ocasionado que se disponga una indemnización a la que no tiene derecho el accionante.

5.1. CASO CUARTO.- Este caso contemplado en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, procede: *"Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto."*, 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, apartán-

dose 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. 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 equivocadamente o no se ha aplicado como resultado del yerro en el que se ha incurrido al realizar la valoración de la prueba.

5.2. ANÁLISIS DE LA ACUSACIÓN PRESENTADA.- Sobre la impugnación formulada este tribunal de casación, puntualiza lo siguiente: 5.2.1.- El casacionista-parte demandada alega como norma infringida el artículo 169 inciso primero y segundo del Código Orgánico General de Procesos, que establece: *"Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. […]",* pues considera que el actor en la demanda afirma que la relación laboral terminó el 2 de junio de 2017, y el tribunal ad quem se ha referido simplemente a la notificación de la misma, sin embargo no consta la contradicción que la parte demandada ha verificado que la relación laboral terminó el 6 de junio de 2017. Añade, que la terminación de la relación laboral tiene como objeto cesar de manera definitiva y concreta con la actividad del trabajador; y, que técnicamente ese acierto no ha sido demostrado por la parte actora, por el contrario, en relación con esta aseveración la parte demandada ha aportado prueba suficiente para exponer que la relación laboral no terminó el 2 de junio, sino el 6 de junio de 2017; hecho que no ha sido tomado en cuenta por el tribunal de alzada, lo que de manera evidente ha perjudicado gravemente a los intereses no solo de la Universidad Técnica de Cotopaxi, institución a la que representa, sino al Estado ecuatoriano.

5.2.2.- Sobre la alegación formulada por el recurrente, se observa que la norma alegada como infringida no se trata de un precepto de valoración probatoria, en tanto no establece un parámetro que el juzgador deba seguir para valorar algún medio de prueba, pues se refiere como se ha dejado anotado ut supra a la carga de la prueba que tiene la parte actora y demandada dentro de un proceso judicial. No obstante, por cuanto el recurso fue admitido a trámite, precluyendo la fase de admisibilidad, se pasa a resolver la alegación en los siguientes términos: el tribunal de apelación manifiesta en el numeral 7.1 de la sentencia recurrida, en la parte pertinente: *"[…] El accionado argumenta que con fecha 6 de junio de 2017 se notifica la resolución de aclaración y que desde dicha fecha correría la terminación. El Tribunal aclara que la resolución se emite el 2 de junio de 2017, aunque se hace constar equivocadamente como fecha de la resolución 2 de mayo de 2017, lo que es corregido con fecha 5 de junio de 2017, notificada el 6 de junio de 2017, ello no afecta la resolución y su notificación anterior; además aunque se ha justificado por el demandado que el actor se habría registrado en el biométrico hasta el 6 de junio de 2017, es de aclarar que la forma de terminación de la relación aceptada por el Inspector del Trabajo fue por voluntad del empleador según la causal 1 del artículo 172 del Código de Trabajo, por el visto bueno, cuya resolución se emitió el 2 de junio de 2017; y que posteriormente una vez que el trabajador dejo de laborar es objeto de impugnación en este proceso. Por lo tanto, la fecha de la aceptación del visto bueno es la de terminación de la relación laboral para efectos indemnizatorios. […]";* análisis que de ningún modo inobserva, la norma procesal que alega el casacionista, la que establece, que el accionante debe probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación; y que, la parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple y absolutamente negativa, pero sí deberá hacerlo si la contestación contiene afirmaciones explicitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada; pues precisamente como explica el tribunal de alzada, al momento de apreciar la prueba en relación con los hechos consignados en la demanda, manifiesta que la relación laboral entre las partes concluyó el 2 de junio de 2017, fecha en que el Inspector de Trabajo dictó la resolución de visto bueno solicitado por el empleador en contra del trabajador, fecha que es coincidente con lo afirmado en el libelo inicial, por consiguiente se desecha el cargo alegado al amparo del caso cuarto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

6.- CASO QUINTO.- Este caso procede, cuando el juzgador de instancia incurre "en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los

precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.", lo que implica que se configure un *error de juicio*, que atenta a la esencia y contenido de la norma de derecho y de los precedentes jurisprudenciales obligatorios. El tratadista Murcia Ballén, respecto de la violación directa de la norma, señala: *"Como lo anticipamos, la violación directa de la norma sustancial se da cuando ésta se infringe derecha o rectamente, vale decir, sin consideración a la prueba de los hechos. Emana, por tanto, de los errores sobre la existencia, validez y alcance del precepto legal que trascienden a la parte resolutiva del fallo…".* (MURCIA BALLÉN, Humberto, Recurso de Casación Civil, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pág. 354.)

6.1. ANÁLISIS DE LA ACUSACIÓN PRESENTADA: El casacionista alega la falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales en relación con el despido intempestivo, puntualmente los contenidos en las siguientes gacetas judiciales: año LXXIV, serie XI, N° 9, pág. 1215 (Quito, 20 de marzo de 1970); año CXL, serie XVII, N° 10, pág. 3811 (Quito, 27 de septiembre de 2011) y, año CIV, serie XVII, N° 12, pág. 3990 (Quito, 10 de abril de 2003), que en lo principal se refieren a que: *"La Legislación y la jurisprudencia son reiterativas en conceptuar al despido intempestivo como un hecho de carácter objetivo que debe ser plenamente demostrado".* Jurisprudencia que considera transgredida el recurrente, puntualmente por lo siguiente: *"Ha sido aceptado de manera generalizada que el hecho del despido intempestivo es un hecho objetivo que sucede en una fecha determinada y no en otra. La jurisprudencia lo ha definido de esta manera, en los casos jurisprudenciales antes enunciados, inclusive niegan esta indemnización por falta de precisión. Por esta razón, de manera ineludible se ha dejado de aplicar estos preceptos jurisprudenciales, en especial al dejar de considerar al despido como un hecho objetivo que sucede en un momento y no puede suceder en otro, aceptando así la contradicción del trabajador de indicar que dicha terminación terminó el 2 de junio, cuando este sucedió el 6 de junio del 2017". Añade que "Consecuencia de la falta de aplicación e indebida interpretación de las normas procesales de la valoración de la prueba antes indicadas HAN CONDUCIDO A UNA EQUIVOCADA APLICACIÓN del Art. 188 del Código del Trabajo en la parte dispositiva de la sentencia impugnada, cuyo resultado ha sido la aceptación de un despido intempestivo inexistente con la parte demandada, puesto que la no determinación clara y precisa del día de terminación de la relación laboral conlleva de manera fatal a desestimar este hecho por falta de precisión".*

6.1.1.- Sobre la impugnación formulada, este tribunal de casación, observa: a) La jurisprudencia que exige el casacionista debió aplicar el tribunal de alzada no es pertinente, en tanto, no se ajusta a los supuestos fácticos que se ventila en el caso *in examine*, toda vez que la relación laboral entre las partes concluyó por visto bueno solicitado por el empleador, el cual fue impugnado por el trabajador ante los jueces del trabajo, habiendo sido declarado ilegal en la sentencia materia de casación, por lo que, en aplicación de la resolución obligatoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, que dice: *"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";* al accionante le asiste el derecho a percibir la indemnización y bonificación por desahucio previstas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo.

Debiendo precisar, que el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, tiene como finalidad salvaguardar la naturaleza y contenido de la norma de derecho vigente, y los precedentes jurisprudenciales obligatorios, por lo que no cabe impugnación respecto de los hechos, ni análisis de las pruebas, pues se parte de la base de que es correcta la apreciación probatoria efectuada por los juzgadores de instancia. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones se ha pronunciado en el sentido de que: *"[…] las causales tienen motivos y circunstancias diferentes, siendo autónomas e independientes: ya que los cargos imputados a la sentencia impugnada tienen individualidad propia, y deben tener un nexo de causalidad entre el error y la resolución emitida de tal manera que la violación de origen al fallo[1]".* Cuestión que inobserva el casacionista, en tanto al sustentar su recurso bajo el caso quinto,

[1] **Manuel Tama,** "El Recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional", Editores Edilex S.A., p. 107.

en la parte pertinente señala: *"la falta de aplicación e indebida interpretación de las normas procesales de la valoración de la prueba antes indicadas HAN CONDUCIDO A UNA EQUIVOCADA APLICACIÓN del Art. 188 del Código del Trabajo en la parte dispositiva de la sentencia impugnada",* no obstante, frente al hecho que fue admitido a trámite el recurso de casación, habiendo precluido la fase de admisibilidad, se dejó explicado ut supra que no se ha incurrido en la equivocada aplicación del artículo 188 del Código del Trabajo, en tanto la resolución de visto bueno ha sido desechada por los juzgadores de apelación, por lo que actuaron en atención a la jurisprudencia indicada al otorgarle la indemnización por despido intempestivo, en este sentido el cargo alegado no prospera.

7. PROBLEMA JURÍDICO-RECURSO DE CASACIÓN PARTE ACTORA: El problema jurídico a resolver consiste en:

- Determinar si el tribunal *ad quem* inobservó precedentes jurisprudenciales que se refieren a que el tiempo de estabilidad en caso de despido intempestivo empezará a decurrir desde la vigencia del contrato colectivo, lo que a su vez señala ha ocasionado que exista vulneración de varias normas constitucionales y legales sobre la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores.

7.1.- ANÁLISIS DE LA ACUSACIÓN PRESENTADA.- El casacionista alega la falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, publicados según afirma el casacionista en el R.O. N° 77, los casos 357 y 514, edición especial de 15 de octubre de 2010 y caso 402-08, R.O. N° 97 de 8 de diciembre de 2010, en cuyos casos consta de manera uniforme el siguiente criterio jurídico: *"[…] POR OTRO LADO, ESTA SALA CONSIDERA NECESARIO DESTACAR QUE LA ESTABILIDAD DE CINCO AÑOS ESTABLECIDA EN EL CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA DEL CONTRATO COLECTIVO SE LE HA DE ENTENDER QUE CORRE A PARTIR DE LA FECHA DE VIGENCIA DE DICHO INSTRUMENTO CONTRACTUAL, y por tanto, SI DENTRO DE DICHO PLAZO SE PRODUJERE EL DESPIDO INTEMPESTIVO, LA INDEMNIZACIÓN QUE DEBERÁ PAGARSE AL TRABAJADOR, SERÁ IGUAL AL TIEMPO QUE FALTE PARA QUE SE CUMPLA DICHA GARANTÍA, […]"*, lo que considera el recurrente ha incidido en que no se aplique el inciso primero del artículo 6 del segundo contrato colectivo de trabajo referente a los 8 años de estabilidad peticionados en el libelo inicial.

Sobre la impugnación formulada, se puntualiza lo que sigue: **a)** En el caso sub judice, el tribunal de apelación en el numeral 7.9 de la sentencia recurrida, sustenta la negativa del pago de estabilidad en lo siguiente: *"Por su parte, el actor se ha adherido al recurso de apelación con el objeto de que se le reconozca la indemnización de estabilidad 8 años según segundo contrato colectivo, esto es el pago de USD $ 93.750,00, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del segundo contrato colectivo de trabajo, vigente a la fecha de resolución del visto bueno, según certificación de fs. 176. La resolución del Inspector del Trabajo aceptando el visto bueno data del 2 de junio de 2017, cuando ya se encontraba vigente el segundo contrato colectivo de trabajo celebrado entre la Universidad Técnica de Cotopaxi y el Comité Central Único de Trabajadores de la referida universidad, constante a fojas 218 a 227 de autos. El inciso segundo el artículo 6 del segundo contrato colectivo, en relación al efecto del despido intempestivo prescribe: "En caso de despido intempestivo la Universidad Técnica de Cotopaxi únicamente pagará por concepto de indemnización los montos señalados en los artículos 185 y 188 del Código de Trabajo."; lo que también se contempla en el artículo 8 del referido contrato, que dice, "…si hubiese violado estas disposiciones, pagará únicamente los derechos y beneficios que señala el Código de Trabajo" (En negrillas nos pertenece). De acuerdo a la redacción empleada y vista el contexto del contrato, no existe duda para el Tribunal sobre la alcance del pago de indemnizaciones que se ha previsto en el segundo contrato colectivo, lo que es ley para las partes. El inciso segundo artículo 6 del segundo contrato colectivo de trabajo, a diferencia del primer contrato colectivo que es expreso que el empleador reconocerá a favor de los trabajadores la indemnización establecida en la legislación laboral vigente, más los derechos que le correspondan por el tiempo total de estabilidad contenida en el presente contrato colectivo, cuando se hubiere producido despido intempestivo, es decir, sin observar el debido proceso. (En negrillas nos pertenece).",* verificándose que los precedentes jurisprudenciales que el recurrente pretende su aplicación, no se subsumen a los supuestos facticos del caso en análisis, toda vez, que el artículo 6 inciso segundo del segundo contrato colectivo, vigente a la fecha en que concluyó la relación laboral entre las partes, estipula: *"En caso de despido intempestivo la Universidad Técnica de Cotopaxi únicamente pagara por concepto de indemnización los montos señalados en los art 185 y 188 del código de Trabajo"*, cláusula contractual, que es el resultado del acuerdo de las partes en virtud del principio de autonomía colectiva que rige en materia laboral, el cual supone *"[…] un fenómeno de autorregulación de intereses privados entre grupos con-*

trapuestos, cuya formulación primigenia es atribuida a Gierke, al identificar la existencia de un derecho nacido no de la capacidad normativa del Estado sino de la voluntad común o conjunta de grupos sociales[2]", por lo que debe estarse a lo acordado en el contrato colectivo, en tanto constituye ley para las contratantes conforme así lo dispone el artículo 1561 del Código Civil: *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales",* por consiguiente se desecha el cargo acusado.

b) Del mismo modo, el recurrente alega la falta de aplicación de los artículos: 11 numeral 8, 185, 326 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, que en su orden se refieren, a que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, por lo que 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; que las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria; y, finalmente, que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.

Alegación, que la efectúa el casacionista ya que considera que la jurisprudencia acusada como infringida por el vicio de falta de aplicación, ha incidido en la parte dispositiva del fallo, debiendo precisar al respecto este tribunal de casación, que como se indicó ut supra los precedentes que cita el recurrente, no se ajustan al caso sub judice, en tanto en aquel contrato colectivo al que se hace referencia en dichas sentencias estipulaba la garantía de estabilidad a ser contabilizada desde el momento de vigencia del contrato colectivo, estableciendo un monto a pagar por ese concepto, no así en el caso materia de casación, en el que de forma exclusiva se ha determinado tanto en el artículo 6 inciso segundo como en el artículo 8 del segundo contrato colectivo de trabajo suscrito entre la Universidad de Cotopaxi y el Comité Central Único de Trabajadores, que en caso de despido intempestivo se cancelará únicamente la indemnización prevista en el artículo 188 y bonificación por desahucio contemplada en el artículo 185 ibídem, por lo que mal podría haber vulneración de las normas alegadas, en consecuencia se desecha este cargo bajo el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

c) Sobre la falta de aplicación del inciso primero del artículo 6, y 54 del segundo contrato colectivo de trabajo vigente a la terminación ilegal de la relación laboral, se advierte lo que sigue: El artículo 6 del segundo contrato colectivo de trabajo en referencia estipula: *"La Universidad Técnica de Cotopaxi, garantiza la estabilidad de todos y cada uno de los trabajadores amparados en el presente contrato colectivo por el tiempo de 8 años contados desde la fecha de suscripción del presente contrato. En caso de despido intempestivo la Universidad Técnica de Cotopaxi únicamente pagará por concepto de indemnización los montos señalados en los art 185 y 188 del código de Trabajo. […]", mientras que el artículo 54 ibídem, señala: "Todas las garantías y beneficios que los trabajadores han venido gozando por ley, por contrato colectivo o por convenio de las partes, se mantendrán vigentes y se considerarán incorporadas a este contrato colectivo, que entrará en vigencia a partir de la fecha de suscripción, siempre que no hubieren sido mejoradas tales prestaciones por el presente Contrato Colectivo y siempre que no se contrapongan o excedan los mandatos 2, 4 y 8, decretos ejecutivos 1701 y 225 y Acuerdos ministerial 0054",* este tribunal de casación observa, que la estipulación prevista en el artículo 6 ibídem, es clara al indicar que cuando se vulnere la estabilidad de 8 años del trabajador, el empleador únicamente pagará la indemnización del Código del Trabajo, en los montos señalados en los artículos 188 y 185. De ahí, que cuando se observa la cláusula 54 del segundo contrato colectivo de trabajo, que estipula: *"INCORPORACIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS.- Todas las garantías*

[2] Ermida Uriarte, Oscar, Villavicencio, Alfredo y Cortés Juan Carlos, "Materiales de Enseñanza del Curso de Derecho Colectivo de Trabajo", Pontificia Universidad Católica del Perú, lima, 1990, pág. 36.

y beneficios que los trabajadores han venido gozando por ley, por contrato colectivo o por convenio de las partes, se mantendrán vigentes y se consideran incorporadas a este contrato colectivo, que entrará en vigencia a partir de la fecha de suscripción, siempre que no hubieren sido mejoradas tales prestaciones por el presente Contrato Colectivo y siempre que no se contrapongan o exceda los mandatos 2, 4 y 8, decretos ejecutivos 1701 y 225 y Acuerdos (sic) ministerial 0054", no se encuentra vulneración pues de la redacción misma consta que se refiere a aquellos derechos que en materia laboral se denominan derechos adquiridos, tales como la remuneración, y aquellos beneficios sociales que el accionante percibe de su empleador de forma mensual durante un lapso de tiempo y que no pueden ser menoscabados por la expedición de otro contrato colectivo, no así para efecto de indemnizaciones por despido intempestivo; razón por la cual no es posible que este tribunal de casación disponga el pago de estabilidad pactada en el segundo contrato colectivo de la forma que se estipuló en el primer contrato colectivo de trabajo suscrito entre la Universidad de Cotopaxi y el Comité Central Único de Trabajadores, ya que éste último no estaba vigente a la fecha en que concluyó la relación laboral, y tampoco puede hablarse de derechos adquiridos en virtud de que dicha garantía se constituye en una expectativa del trabajador una vez que se perfeccione el hecho descrito en la norma contractual, y que puede ser revisado y regulado su cálculo en función de lo acordado por los contratantes, como así ocurrió en el presente caso, en que en el segundo contrato suscrito, se modificó respecto al monto a percibir. En virtud de lo expuesto, no se verifica que exista transgresión de los artículos 326 numerales 2, 3 y 13 de la Constitución de la República, que establecen la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales, principio in dubio pro operario, y derecho a la contratación colectiva. Así como tampoco, de lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio Nº 98 de la OIT, que dice: *"Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo",* ya que en ningún momento el monto a percibir refiere una afectación en la estabilidad pactada en el contrato colectivo ni se está desconociendo la existencia del convenio colectivo, así como tampoco existe duda normativa como para aplicar lo más favorable al trabajador, en consecuencia se desecha el cargo acusado al amparo del caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

En tal virtud, este tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** no casa la sentencia emitida por el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, el 22 de mayo de 2019, las 14h54. Sin costas.- **NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-**

f) Dr. Alejandro Magno Arteaga García, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. Fernández Álvarez Víctor Rafaél, CONJUEZ NACIONAL; Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL.

V

Juicio Nro. *09359-2014-0749*
Resolución Nro. *0229-2020*
Fecha: *18 de septiembre del 2020, las 09h45*

TEMA: Imprescriptibilidad del derecho a la jubilación patronal proporcional.

ASUNTO

La actora presenta su demanda para que se le reconozca el pago de la jubilación patronal proporcional, alegando que al momento de haber sido despedida intempestivamente había laborado por más de 23 años consecutivos. La parte demanda alegó entre sus excepciones la prescripción de la acción.

El asunto materia de la controversia es determinar si el derecho a la jubilación patronal proporcional tiene el carácter de imprescriptible, en razón del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, y si cualquier pronunciamiento en contrario atenta al principio de progresividad y no regresividad, estatuido en el artículo 11.8 de la Constitución de la República del Ecuador.

RESUMEN PRIMERA INSTANCIA

La actora comparece manifestando que laboró en calidad de funcionaria postal 3 para la Empresa Nacional de Correos, desde el 06 de enero de 1977 hasta el 22 de septiembre del 2000, en que fue despedida intempestivamente de su trabajo, y que tiene derecho a percibir renta vitalicia en calidad de jubilación proporcional, de conformidad con lo establecido en el inciso séptimo del Art. 188 del Código del Trabajo. En sentencia se declara parcialmente con lugar la demanda y se ordena el pago de la Pensión Jubilar Patronal Proporcional Mensual.

RESUMEN SEGUNDA INSTANCIA

En segunda instancia se considera que a la fecha de presentación de la demanda habían transcurrido más de CATORCE AÑOS, cuando ya había operado la prescripción, por haber transcurrido más de TRES AÑOS, según lo señalado en el Art. 635 del Código de Trabajo. Se indica además que es verdad que la jubilación patronal es imprescriptible, pero la jubilación proporcional sí lo es, debido a que como determina el Art. 188 del Código del Trabajo, es una condena y una sanción impuesta al empleador. Por ello se revoca la sentencia dictada por el juez de primer nivel y se declara sin lugar la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2014-0749

Jueza Ponente: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, viernes 18 de septiembre del 2020, las 09h45,
VISTOS:
PRIMERO: ANTECEDENTES
La presente sentencia se dicta en razón de las directrices para la unificación de la estructura de sentencias dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante resolución Nro. 1A 2016, publicada en el suplemento del Registro Oficial Nro. 767 de 2 de junio de 2016, en los términos que siguen:
a. Relación circunstanciada de la decisión impugnada
Dentro del juicio laboral seguido por Marcia Magdalena Sánchez Galarza, en contra de la Empresa Nacional de Correos, en la actualidad Correos del Ecuador CDE EP, en la interpuesta persona del Ing. Ricardo José Quiroga Magallanes, representante legal de la empresa en su calidad de gerente general a quien demanda también por sus propios derechos y por los que representa, el Tribunal de la Sala Especializa de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dicta sentencia con fecha 24 de julio del 2018, las 15h01, en la que sostiene: "[…] **DÉCIMO:-** En el caso subjúdice la relación laboral habida entre los ahora justiciables finalizó el 22 de Septiembre del 2000 y el accionante presentó su demanda cuando había discurrido más de catorce años, la que fue citada posteriormente cuando había operado la prescripción alegada.- Por las consideraciones precedentes, esta Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Pro-

vincial de Justicia del Guayas, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, en los términos de este fallo, REVOCA la sentencia dictada por el Juez de Primer Nivel, recurrida, declarando SIN LUGAR la demanda propuesta por MARCIA MAGDALENA SANCHEZ GALARZA por haber operado la excepción perentoria o extintora de prescripción de la acción.- […]".

Inconforme con esta decisión, la parte actora interpone recurso de casación, amparado en los presupuestos de las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

b. Actos de sustanciación del recurso

En auto de admisión, de 1 de junio del 2020, las 09h34, la Dra. María Gabriela Mier Ortiz, Conjueza Nacional, resuelve "admitir el recurso de casación deducido por la actora Marcía Magdalena Sánchez Galarza"; en virtud de lo cual, encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1.- De la competencia y jurisdicción

La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer, sustanciar y resolver los recursos de casación en los procesos laborales según lo dispuesto en el numeral primero del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador; inciso quinto del artículo 183, numeral primero del artículo 191 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Ley de Casación.

Este Tribunal de la Sala de lo Laboral se encuentra integrado por: la doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional Ponente; doctora Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional; y, doctor Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional (e), todo ello de conformidad con la resolución No. 07-2019 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que refiere a la integración de sus Salas y el artículo 6 de la Resolución No. 02-2012 alusivo al llamamiento a los señores conjueces de la Corte Nacional en reemplazo del titular.

2.2- De la validez procesal

De la revisión del expediente no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal que lo invalide, por lo que, se declara su validez procesal.

2.3- Del recurso de casación

La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho; "según señala DE LA PLAZA, el objeto de la casación, en palabras de CARAVANTES, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales; idea que, en épocas más próximas a nosotros, reitera Manresa, cuando atribuye al recurso la misión de «enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por las sentencias firmes de los Tribunales de apelación cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con infracción de las formas más esenciales y trámites más esenciales del juicio" (Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 221).

A través de este recurso, se cumple, en los casos que la ley específicamente lo determina, con un fin público, al vigilar que las sentencias emitidas en niveles de instancia se ajusten a la normativa existente, al derecho vigente; permitiendo de esta manera una verdadera seguridad jurídica al unificar la interpretación de las leyes; y, un fin privado, buscado por la parte que lo interpuso para alcanzar la defensa del derecho que considera vulnerado. El cumplimiento del primer fin, no acarreará implícitamente el del segundo, sin embargo el fin privado, de haber lugar, permite consecuentemente, el cumplimiento del fin público.

2.4- De la motivación

AI tenor de lo dispuesto en el literal I) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda, o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentran debidamente motivados se considerarán nulos".

En materia de casación la motivación se circunscribe a presentar un razonamiento jurídico que justifiquen porqué la sentencia recurrida por este recurso extraordinario ha infringido normas legales y contempla alguno de los errores presentados al amparo de los casos alegados o porqué los fundamentos de quien interpuso el recurso carecen de sustento suficiente para casar la sentencia; en resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia recu-

rrida, siendo: "el conjunto de razones y fundamentos jurídicos que sustentan el pronunciamiento" (Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, pág. 126).

La motivación se constituye en un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento y observancia en todas las resoluciones administrativas o judiciales, convirtiéndose en el eje diferenciador entre la racionalidad y la arbitrariedad.

"El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia C Nro. 182, Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, 2007).

La motivación será considerada entonces como uno de los derechos de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, en este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que: "Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto" (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 075-15-SEP-CC, 2015, pág. 8).

Entonces, la motivación es el requisito principal, básico y fundamental que debe contener toda resolución, se compone del conjunto de razonamientos expuestos por el juzgador sobre el asunto a resolver, que enlazados de tal manera, guardan cordura y coherencia entre sí, permitiendo arribar a una decisión, en apego a la Constitución, tratados internacionales, leyes existentes y demás normativa aplicable, de modo que genere seguridad y certeza a las partes.

Así, cumpliendo con la obligación constitucional señalada, este tribunal de casación fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación:

TERCERO.- DEL RECURSO PRESENTADO

3.1.-De los cargos alegados

La parte recurrente censura el fallo de alzada con fundamento en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, señalando la trasgresión de los artículos 5, 7, 188 inciso séptimo, 216, 635 del Código de Trabajo, 115 y 176 del Código de Procedimiento Civil y la Resolución de la Corte Suprema de Justicia que declara imprescriptible el derecho del trabajador a la jubilación patronal (R.O.S 233, 14 de julio de 1989).

Ahora bien, en cuanto al orden de estudio y resolución de las causales invocadas, la doctrina casacional sostiene que: "Estudiar en orden lógico implica que la Corte analiza los cargos, no en el orden de presentación como aparezcan en la demanda, sino que, por lógica, empieza por los cargos formulados por vicios in procedendo, y dentro de éstos, por las causales constitutivas de la denuncia de nulidades procesales, la quinta en materia civil (…) Si se proponen varias causales, el examen debe realizarse primero a las causales constitutivas de vicios in procedendo, partiendo de las causales consagratorias de nulidades procesales, y luego se hace a las causales in iudicando" (Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, pág. 312).

Criterio que al aplicarse a nuestra realidad jurídica implica que "Se examinarán los motivos o causales de casación en el siguiente orden: en primer lugar la causal segunda, a continuación la quinta y la cuarta, para proseguir con la tercera y concluir con la primera, por considerar que éste es el orden lógico que debe aplicar el juzgador al momento de resolver el proceso" (Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 116).

De este modo, la lógica casacional obliga a este tribunal de casación al análisis primeramente de los cargos bajo el amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación y posteriormente, el estudio de las acusaciones formuladas bajo la causal primera ibidem.

3.2.- Causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación

La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, "tipifica: (a) la aplicación indebida, (b) la falta de aplicación y, (c) la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a (i) una equivocada aplicación o (ii) a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto: vicio in iudicando por violación indirecta, ya que la

directa es de naturaleza procesal o sea de las normas aplicables a la valoración de la prueba, lo cual determina el vicio en la aplicación de las normas sustantivas" (Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 114), aquí, la violación de la norma sustantiva se dará de forma indirecta, a consecuencia de la violación directa de la normas aplicables a la valoración de la prueba.

Al amparo de esta causal el recurrente sostiene: "(…) no aplica la SANA CRÍTICA, pues del acta de finiquito refiere las cláusulas Primera y Segunda para concluir en la existencia del despido intempestivo y omite referirse a la Quinta que me concede y reconoce el derecho a la JUBILACIÓN PATRONAL POR ACUERDO CON EL COMITÉ DE EMPRESA NACIONAL ÚNICO, (…) Produciéndose la aceptación de una parte del documento y el rechazo en la parte que contiene la cláusula QUINTA, rompiendo la indivisibilidad del documento de finiquito, de esta forma omite aplicar la disposición contenida en el numeral 3 del Art. 216 del Código del Trabajo (…)".

3.2.1.- PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a dilucidarse consiste en determinar si el tribunal de alzada, no valoró el acta de finiquito, trasgrediendo lo dispuesto en los artículos 115 y 176 del Código de Procedimiento Civil así como la disposición contenida en el numeral 3 del Art. 216 del Código del Trabajo.

3.2.2.- DEL EXAMEN CIRCUNSTANCIADO

La parte recurrente sostiene que los jueces de instancia omiten aplicar la sana crítica, ya que si bien del acta de finiquito, valoran el contenido de las cláusulas Primera y Segunda para establecer la existencia del despido intempestivo, omiten valorar la cláusula Quinta, en la que en forma expresa se le reconoce su derecho a la jubilación patronal y se le paga por este concepto la suma de cuatrocientos ochenta dólares, desatendiendo así la disposición constante en el Art. 176 del Código de Procedimiento Civil lo cual ha determinado la trasgresión del numeral 3 del Art. 216 del Código del Trabajo pues la sala "Ni verificó si la cantidad pagada en concepto de jubilación patronal aseguraba una vida digna, ni si se cumplió con el mínimo es decir el 50% del salario mínimo vigente para los trabajadores de correos según tabla salarial por los años de servicios y finalmente me negó el derecho a la pensión jubilar mensual vitalicia aplicando indebidamente la prescripción contenida en el Art. 635 del Código del Trabajo".

Al respecto tenemos que, el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, obliga a los juzgadores a considerar todas las pruebas que se han actuado en el proceso, para la apreciación de la fuerza probatoria de aquellas, no en forma aislada sino en su conjunto: "(…) La apreciación conjunta de la prueba expresa TOBOADA ROCA - es aquella actividad que realiza el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios suministrados por los litigantes, y en virtud de cuya operación llega al convencimiento de que son ciertas algunas de las respectivas alegaciones fácticas de aquéllas en las que basan sus pretensiones o defensas, o no logra adquirir ese convencimiento necesario para fundamentar su fallo estimatorio de ellas. Tal obligación legal, que impide la desarticulación del acervo probatorio, ha sido la causa de que los juzgadores de instancia muy frecuentemente acudan a ese expediente de la apreciación en conjunto para formar su criterio, sin atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicadas. Con tal procedimiento resulta que su convicción se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación conjunta de todas las articuladas, examinadas en su complejo orgánico de compuesto integrado por elementos disímiles (…)" (Humberto Murcia Ballén. Recurso de Casación Civil, sexta edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas. Págs. 409, 410).

A su vez, este artículo -115 CPC- se refiere a las reglas de la sana crítica las que se constituyen en el juicio razonado que sobre los hechos, asume el juzgador, a través de la apreciación y valoración de las pruebas, de la exégesis de la ley, del uso de su experiencia, de las reglas de la lógica, de los principios de la ciencia y de la justicia universal; precepto que Eduardo Couture lo señala como: "(…) una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecio-

nalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento (…)" (Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires, Editorial B de F., cuarta edición póstuma, 2002, pp. 221-222).

Al respecto, el tribunal de alzada, en su sentencia sostiene:

"6.4.- Un aspecto importante a considerar también es lo señalado en el numeral 2 del Art. 97 del Código de Procedimiento Civil, vigente a la época de tramitación de la presente causa, sobre los efectos de la citación esto es interrumpir la prescripción. En el caso que nos ocupa, el nexo de trabajo entre Actor y Demandado concluyó el 22 de Septiembre del 2000, tal como consta del Acta de Finiquito que obra de fjs. 71 de los autos, es decir a la fecha de presentación de la demanda (29 de Diciembre del 2014) habían trascurrido más de CATORCE AÑOS, y la tercera boleta de citación a los demandados se perfeccionó el día 25 de Mayo del 2015, inclusive consta del proceso que el 04 de Febrero del 2015 fjs. 13 de los autos- se perfeccionó la citación al Director Nacional de Patrocinio, Delegado del Procurador General del Estado, es decir se cita a los demandados cuando ya había operado la prescripción, por haber trascurrido más de TRES AÑOS de los señalados en el Arts. 635 del Código de Trabajo (…) 6.6. Por tanto el Tribunal considera que en efecto ha operado la prescripción alegada, consecuentemente no corresponde analizar los aspectos señalados en el fallo impugnado (…)" (sic). En este sentido, se puede observar que el tribunal de alzada al centrar su análisis en la existencia de la prescripción invocada, y establecer que esta, efectivamente, a su parecer procedía, por haber trascurrido con exceso el tiempo que tuvo para accionar su reclamo la actora, descartó el análisis de la prueba en su totalidad, por considerarla infructuosa.

Sin embargo, este tribunal manifiesta que al centrarse el reclamo de la actora, exclusivamente, en el pago de los proporcionales del derecho a la jubilación y sus adicionales, derecho considerado como de carácter inalienable e imprescriptible, mal hizo la sala al no valorar, en su conjunto, la prueba para su adecuado análisis y estudio, conforme lo alega el recurrente; y, por tanto, al haber incurrido en la infracción señalada, se aceptan los cargos efectuados bajo los supuestos de la causal tercera el artículo 3 de la Ley de Casación, correspondiendo al efecto, emitir sentencia de mérito.

3.3.- Causal primera del art. 3 de la Ley de Casación

Doctrinariamente conocida como vicio in iudicando, por vulneración directa de normas de derecho, llamadas a aplicarse, al momento de resolver un caso, "se imputa al fallo de hallarse incurso en errores de violación directa de la norma sustantiva, porque no se han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, o porque no se ha aplicado la que corresponde o porque, finalmente, se realiza una errónea interpretación de la norma de derecho sustantivo" (Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 182).

Esta causal, contempla la posibilidad de una violación directa de la norma de derecho, incluidos los precedentes jurisprudenciales obligatorios por: i) aplicación indebida; ii) falta de aplicación; o, iii) errónea interpretación, cuando esta fuera determinante en la parte dispositiva de la sentencia de la que se recurre, así, para que el vicio y el cargo prosperen en casación, el recurrente deberá no solo demostrar la transgresión de la norma, sino cómo esta fue determinante en la decisión del juez al momento de resolver.

Al amparo de esta causal y haciendo referencia al Art. 635 del Código del Trabajo el recurrente sostiene: "La Sala interpreta erróneamente que la disposición antes transcrita es aplicable a la PROPORCIONAL DE LA JUBILACIÓN consignada en el inciso séptimo del Art. 188 del Código del Trabajo (…) Determinando que tal derecho irrenunciable asignado al trabajador prescribe y que NO prescribe es la JUBILACIÓN PATRONAL, (…) declarar la jubilación patronal como una sanción y no como un derecho laboral, para poder declarar la prescripción, desatiende la resolución vigente de la Corte Suprema de Justicia de carácter general y obligatorio que declara imprescriptible el derecho del trabajador a la jubilación patronal (…) Deviene del fallo que la jubilación patronal proporcional es una condena al empleador que despidió al trabajador que tiene veinte años y menos de veinticinco años de servicios, cuando la propia disposición determina que es un derecho adicional

del trabajador despedido (…)" .

3.3.1 Problema Jurídico

En este sentido el problema jurídico a dilucidar consiste en determinar si en la sentencia recurrida los jueces trasgredieron o no las normas invocadas al considerar que la jubilación proporcional es prescriptible al tener el carácter de sanción al empleador.

3.3.2.- Del examen circunstanciado

Al respecto, tenemos que la sentencia del tribunal de alzada manifiesta: "NOVENO: Es verdad que la jubilación patronal es imprescriptible pero, la jubilación proporcional si lo es, debido a que como lo dice el Art. 188 del Código del Trabajo, es una condena y la sanción establecida en el séptimo inciso es una cesura impuesta al empleador que para ser concedida es necesario que incurran dos supuestos: a) Que el trabajador haya sido despedido y, b) Que haya laborado más de veinte años y menos de veinticinco años de manera continuada o interrumpida para dicho empleador, es decir, existe diferencia entre el derecho a recibir la pensión jubilar y la parte proporcional a la jubilación patronal, lo que no lo es la jubilación patronal de que habla el Art. 216 del precitado cuerpo de Leyes, ya que para su concesión no interesa saber la manera como finalizó el vínculo laboral"; en este sentido, vemos que el tribunal de instancia considera que la jubilación patronal proporcional, determinada en el Art. 188 del Código del Trabajo, es producto de una sanción al empleador por terminar unilateralmente la relación laboral existente con un trabajador que haya cumplido veinte años de servicios y menos de veinticinco y que por tanto prescribe.

Al respecto, este tribunal de casación precisa que, la jubilación patronal es un derecho que se adquiere por parte de quien ha trabajado por veinticinco años o más, continuada, o interrumpidamente a cargo de sus empleadores (Art. 216 (Ex.219) del Código del Trabajo).

La jubilación es un derecho laboral y social, que busca proteger al trabajador, sobre todo en los años que por su edad, se vuelve más vulnerable.

El ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Rubén Bravo Moreno, respeto a la jubilación expresa:

> "(…) el derecho al que tiene todo trabajador para descansar recibiendo una pensión, después de haber servido a la sociedad y contribuido a su desarrollo durante largos años y haber ido perdiendo sus mejores energías y capacidades por el transcurso del tiempo (…) Este derecho según nuestra normativa constitucional y legal, es intangible, imprescriptible e irrenunciable y se concreta mediante una pensión mensual, es decir es de tracto sucesivo, la que le permite al trabajador contar con los medios necesarios para su subsistencia mientras viva."(Rubén Bravo Moreno, "Temas Laborales y Judiciales", Cuenca: Universidad Católica de Cuenca, 2010, pág. 107).

Tiene el carácter de imprescriptible, en razón al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, que resuelve:"(…) Que es imprescriptible el derecho del trabajador, que hubiere prestado sus servicios por 25 años o más, en forma continuada e interrumpidamente, para que se beneficie con la jubilación patronal, a que se refiere el artículo 221(actual 216) del Código del Trabajo" (ROS.233 de 14 de Julio de 1989).

Resolución, que hace efectivos los principios prescritos en el artículo 326 numeral 2, que determina que los derechos de los trabajadores son irrenunciables e intangibles, principios base del derecho laboral, que consisten en: "(…) la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio. (…) al contrario de lo que ocurre en el derecho común, donde rige el principio de la renunciabilidad, en el derecho del trabajo rige el principio opuesto, que es el de la irrenunciabilidad. O sea, que en las restantes ramas del derecho uno se puede privar voluntariamente de una facultad o de una posibilidad o de un beneficio que posee. Mientras que en este campo ello no es posible: nadie se puede privar de las posibilidades o ventajas establecidas en su propio provecho" (Americo Plá Rodríguez, "Los Principios del Derecho del Trabajo", (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998), pág. 118 y 119).

En cuanto al principio de intangibilidad, el doctor Julio César Trujillo manifiesta que tiene relación con los principios de progresividad e irreversibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y que supone que una nueva ley, no puede desmejorar las condiciones y derechos que a favor de los trabajadores se encuentran establecidos legalmente, a la fecha en que se expida la nueva ley. (Derecho del Trabajo", Quito: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2008, pág.52).

De tal forma que, el derecho a la jubilación pa-

tronal, previsto en el artículo 216 del Código del Trabajo, es considerado imprescriptible por la Corte Suprema y Nacional, y cualquier retroceso o merma al mismo, atentaría no solo la resolución emitida, producto del avance jurisprudencial y de progresividad y no regresividad, sino también sería contraría a la Constitución de la República, que en el artículo 11.8 preceptúa:

> "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"

En este sentido, el Art. 188 del Código del Trabajo inciso 7 señala: "En el caso del trabajador que hubiere cumplido veinte años, y menos de veinticinco años de trabajo, continuada o interrumpidamente, adicionalmente tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal de acuerdo con las normas de este Código", reconociendo, de esta manera una nueva forma adicional de jubilación patronal de carácter proporcional, a quien haya trabajado de manera interrumpida por 20 años o menos de 25, siempre que haya acreditado el acto unilateral de despido intempestivo, y establece que este reconocimiento, se constituye en una parte proporcional del derecho a la jubilación patronal acorde con las normas del Código del Trabajo que en el parágrafo 3ro, Capítulo XI, regula la jubilación, a partir del Art. 216.

Con este añadido en el inciso 7 del Art. 188 de la prenombrada materia, lo que se pretende es que la jubilación no se vea afectada por malas prácticas de los empleadores; y, por tanto, su reconocimiento como una forma proporcional de la jubilación patronal, se halla amparado por los principios de imprescriptibilidad, intangilidad e inalienabilidad, dentro de un Estado Constitucional de derechos y justicia social, cuyo objetivo real es la materialización de los derechos.

Al ser ésta un derecho de orden social, que garantiza una vida digna a la persona que se hizo acreedora del mismo, como en el caso que se analiza, mal hizo el tribunal de alzada de considerarlo como una sanción sujeta a los términos de la prescripción, al tenor de lo dispuesto en los Arts. 635 del Código del Trabajo, que dispone: "Las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en tres años, contados desde la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos que siguen y en los demás casos de prescripción de corto tiempo, especialmente contemplados en este Código".

En razón de todo lo expuesto, se aceptan los cargos formulados por el actor, al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación; y, de conformidad con el artículo 16 íbid, que dispone: "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.", se dicta la correspondiente sentencia en mérito.

CUARTO.- SENTENCIA EN MÉRITO:

Antecedentes y relación de la causa.-

1.-Demanda y pretensiones del actor.- De fojas 1 a 2 del cuaderno de primer nivel consta el libelo de demanda presentado por Marcia Magdalena Sánchez Galarza, en contra de la Empresa Nacional de Correos, en la actualidad Correos del Ecuador CDE EP, en la interpuesta persona del señor Ing. Ricardo José Quiroga Magallanes, representante legal de la Empresa en su calidad de Gerente General a quien demanda también por sus propios derechos y por los que representa, para que en sentencia se declare el derecho al pago de pensiones jubilares vencidas de octubre del 2000 a junio de 2001; de julio 2001 a diciembre de 2014; así como al pago de décima tercera, décima cuarta, décima quinta y décima sexta pensiones jubilares.

2.-Contestación y excepciones del demandado.- La parte demandada alega como excepciones la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, caducidad de los derechos, prescripción de la acción, improcedencia de la demanda, plus petition, falta de causa real y lícita, inexistencia de la obligación por solución o pago, falta de derecho de la actora y nulidad de todo lo actuado, solicitando se declare sin lugar la demanda; por su parte la Procuraduría General del Estado presenta como excepciones la prescripción del ejercicio de la acción y la falta de derecho e improcedencia al pago de costas procesales.

3.- Validez procesal.- De la revisión del expediente, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal que lo invalide, por lo que, se declara su validez procesal.

4.- Hechos probados.- Revisado que ha sido el expediente se desprende como probados los siguiente hechos:

4.1.- La existencia de la relación laboral no ha sido materia de discusión, la misma fue reconocida en la contestación a la demanda, y obra de la prueba actuada.
4.2.- Con relación al tiempo de servicio, el actor ha manifestado que este fue del 6 de enero de 1977 hasta el 22 de septiembre de 2000, guardando relación con lo establecido al respecto en el Acta de Finiquito (fjs. 71 y 72).
5.- Hechos Controvertidos y análisis de la prueba.
Al tenor de lo dispuesto en los Arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, las partes procesales están en la obligación de probar los hechos alegados y probados por la otra parte.
Como se indicó, no existe nulidad que declarar, las pretensiones del actor sobre su derecho a la pensión jubilar, al estar en libertad de demandar lo que considera se le adeuda, no se constituyen en una causa irreal o ilícita; y, tampoco procede la excepción de plus petitio, ya que será el juez quien determinará a base de la prueba, lo que hubiere lugar, y, finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción alegada, este tribunal advierte que la pretensión de la actora guarda relación con la pensión jubilar misma que al ser considerada de carácter imprescriptible, no permite que se dé paso a la excepción planteada.
Ahora bien, corresponde determinar si de conformidad con lo establecido en el Art. 188 inciso 7 del Código del Trabajo le corresponde este derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible a la actora para lo cual y a efecto de verificar, es necesario correlacionar los hechos alegados y probados por el actor, con los parámetros a los que hace referencia el artículo señalado.
Al efecto, tenemos que a fojas 71 consta el acta de finiquito celebrada ante el Inspector Provincial del Trabajo del Guayas el 22 de septiembre de 2000, a la que comparece la señora Martha Sánchez en su calidad de Directora Provincial de Correos de Guayas, con poder especial otorgado por el Dr. Ignacio Ochoa en su calidad de Representante Legal de la Empresa Nacional de Correos encargado y, por otra parte, la señora Marcia Sánchez Galarza, actora de este proceso, acta en la que consta la liquidación de haberes a la que se hace referencia en la cláusula segunda de la misma, el pago de $ 2.057,38 por concepto de "Indemnización art. 188 del Código del Trabajo"; proceder con el cual la empresa demandada reconoce la existencia de este acto unilateral y cancela a la actora los valores que por concepto de despido intempestivo le correspondían; ahora bien, del mismo documento consta que se tiene como tiempo de servicio del 6 de enero de 1977, al 22 de septiembre del 2000, fecha en la que las partes proceden a suscribir el acta de finiquito, dando un tiempo de labores para

sep-00	41,54	**sep-99**	23,91	**sep-98**	23,36	**sep-97**	19,66	**sep-96**	16,11
ago-00	56,65	**ago-99**	23,91	**ago-98**	23,36	**ago-97**	19,66	**ago-96**	16,11
jul-00	56,65	**jul-99**	23,91	**jul-98**	23,36	**jul-97**	19,66	**jul-96**	16,11
jun-00	56,65	**jun-99**	23,91	**jun-98**	21,75	**jun-97**	18,08	**jun-96**	14,57
may-00	32,94	**may-99**	23,91	**may-98**	21,75	**may-97**	18,08	**may-96**	14,21
abr-00	32,94	**abr-99**	23,91	**abr-98**	21,75	**abr-97**	18,08	**abr-96**	14,21
mar-00	29,96	**mar-99**	23,91	**mar-98**	21,75	**mar-97**	18,08	**mar-96**	14,21
feb-00	29,96	**feb-99**	23,91	**feb-98**	21,75	**feb-97**	18,08	**feb-96**	14,21
ene-00	29,96	**ene-99**	23,91	**ene-98**	21,75	**ene-97**	18,08	**ene-96**	14,21
dic-99	23,91	**dic-98**	23,36	**dic-97**	19,66	**dic-96**	16,11	**dic-95**	12,71
nov-99	23,91	**nov-98**	23,36	**nov-97**	19,66	**nov-96**	16,11	**nov-95**	12,72
oct-99	23,91	**oct-98**	23,36	**oct-97**	19,66	**oct-96**	16,11	**oct-95**	12,72
	438,98		**285,27**		**259,56**		**215,79**		**172,10**
Total	1.371,70								
Promedio	274,34								

el mismo empleador de 23 años, 8 meses y 16 días, y en este sentido al cumplir con los requisitos establecidos en el Art. 188 del Código del trabajo: haber sido despedido al cumplir 20 años de trabajo y menos de 25 para un mismo empleador, ha lugar a la jubilación patronal proporcional reclamada debiendo tenerse en cuenta que la suma de $ 480 entregada en la cláusula Quinta del Acta de Finiquito bajo el encabezado de Jubilación Patronal, deberá ser descontada del total de la liquidación.

Establecido el derecho que tiene la ex trabajadora María Magdalena Sánchez Galarza a percibir la pensión jubilar, se la cuantifica de forma mensual y vitalicia, bajo la siguiente consideración:

6.- Liquidación:

La relación laboral se inicia el 6 de enero de 1977 y termina el 22 de septiembre de 2000, a esa fecha la trabajadora tenía 44 años por lo que de conformidad con el artículo 218 (anterior 224) del Código del Trabajo, el coeficiente que le corresponde es de 11,5919.

Para constancia de la remuneración percibida por parte de la trabajadora, se toma el mecanizado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (fjs 57 a 70) base del cual se cuantifica:

Para el cálculo de la jubilación patronal a la que tiene derecho la actora, se considera el total que resulta de la suma de los últimos cinco años de servicio, esto es USD $1.371,70; valor que se divide para cinco años con el objeto de obtener el promedio anual USD $ 1.371.70/ 5 = USD $274,34, esto se multiplica por el 5 % = USD $13,72 y dicha cantidad es multiplicada por los años de servicio (23 años) = USD $315,56; se divide para el coeficiente determinado en el artículo 218 del Código del Trabajo (44 años = 11,5919) = USD $27,22; y, este valor se divide para 12 = USD $2,27 (pensión jubilar mensual).

Así, se fija la pensión mensual jubilar desde el 23 de septiembre de 2000 a junio de 2001, por el valor de USD $ 2,27, y a partir de julio de 2001 la pensión mensual jubilar es de USD $ 30 (la actora no recibía doble jubilación por el mismo hecho de tener 44 años), de acuerdo con la reforma introducida a la Regla segunda incorporada por Ley No. 42, publicada en Registro Oficial Suplemento 359 de 2 de Julio del 2001.

Se liquidan los valores que se encuentran impagos a la ex trabajadora desde la terminación de la relación laboral hasta la presente fecha, por concepto de pensión jubilar adeudada, décimas tercera, décima cuarta pensión; en cuanto a las décima quinta y décima sexta pensiones jubilares accesorias reclamadas, tomando en cuenta que la actora laboró hasta el 22 de septiembre del 2000 y que estas fueron incorporadas a las remuneraciones de los trabajadores desde la vigencia de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador desde el 13 de marzo del 2000, no ha lugar a esta pretensión; obteniendo lo siguiente:

Fecha	Pensión	13° Pen.	14° Pen.	TOTAL
sep-2000/ dic-2000	7,42	0.56	-------	7.98
ene-2001/ dic-2001	193,62	16,13	8,00	217,75
ene-2002/ dic-2002	360	30	8,00	398
ene-2003/ dic-2003	360	30	121,91	511,91
ene-2004/ dic-2004	360	30	135.62	525,62
ene-2005/ dic-2005	360	30	150	540
ene-2006/ dic-2006	360	30	160	550
ene-2007/ dic-2007	360	30	170	560
ene-2008/ dic-2008	360	30	200	590
ene-2009/ dic-2009	360	30	218	608
ene-2010/ dic-2010	360	30	240	630
ene-2011/ dic-2011	360	30	264	654
ene-2012/ dic-2012	360	30	292	682
ene-2013/ dic-2013	360	30	318	708
ene-2014/ dic-2014	360	30	340	730
ene-2015/ dic-2015	360	30	354	744
ene-2016/ dic-2016	360	30	366	756

ene-2017/ dic-2017	360	30	375	765
ene-2018/ dic-2018	360	30	386	776
ene-2019/ dic-2019	360	30	394	784
ene-2020/ sep-2020	270	------	400	670

- **Pensiones jubilares mensuales** adeudadas desde el 23 de septiembre del 2000 hasta la presente fecha = **USD $6.951,04.**
- **Décimos terceros sueldos** adeudadas desde el 23 de septiembre del 2000 hasta la presente fecha = **USD $556.69.**
- **Décimos cuartos sueldos** adeudadas desde el 23 de septiembre del 2000 hasta la presente fecha = **USD $4.900,53.**

Total = USD $ 12.408.26

QUINTO: RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

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 la sentencia emitida por el Tribunal de la Sala Especializa de lo Laboral de la Corte Provincial del Guayas con fecha 24 de julio del 2018, las 15h01, disponiendo que la parte demandada Empresa Nacional de Correos en la actualidad Correos del Ecuador CDE EP, a través de su representante legal, pague a la señora Marcia Magdalena Sánchez Galarza los siguientes valores: pensión jubilar patronal proporcional mensual la suma de **USD $ 30;** por pensiones jubilares patronales proporcionales y adicionales vencidas, el valor de **USD $ 12.408.26**, que restados el valor recibido de USD $ 480 dan un total a recibir de USD $ 11.928,26. Con intereses de conformidad con el Art. 614 del Código del Trabajo. Sin costas ni honorarios que regular. En el momento de la ejecución, el juez de instancia actualizará la liquidación efectuada.- **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL (E); Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL.

VI

Juicio Nro. *09100-2018-0028*
Resolución Nro. *360-2020*
Fecha: *22 de octubre del 2020, las 12h36*

TEMA: Despido ineficaz, dirigentes sindicales principales y suplentes.

ASUNTO

Varios ex trabajadores de la compañía Cablevisión S.A. en liquidación demandan se declare el despido ineficaz conforme a los arts. 195.3 y 195.4 del Código del Trabajo, pero al no haber posibilidad de reintegro, solicitan se les conceda las indemnizaciones adicionales por despido intempestivo.

El único punto a dilucidar es si a los dirigentes sindicales suplentes les son o no aplicables los efectos del despido ineficaz previsto en el artículo 195.1 y los pagos derivados de la consecuencia prevista en el 195.3 del Código de Trabajo, como condición para que el trabajador miembro suplente de la directiva pueda acceder a la garantía de dirigentes sindicales.

***RESUMEN PRIMERA INSTANCIA*:**
Comparecen Galo Antonio Arbeláez Ramírez y otros para demandar a la compañía Cablevisión S.A., en Liquidación, para que en su condición de dirigentes sindicales se les conceda el despido ineficaz previsto en el artículo 195.3 del Código del Trabajo. El Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, como juez de primera instancia, declara con lugar la demanda y la ineficacia del despido. Siendo voluntad por parte del accionante el no querer continuar con la relación laboral, se ordena el pago de las indemnizaciones pertinentes.
RESUMEN SEGUNDA INSTANCIA
En segunda instancia, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, resuelve modificar el fallo de primer nivel, concediendo el despido ineficaz únicamente a aquellos trabajadores que tienen la calidad de dirigentes principales del comité de empresa y para la persona trabajadora que se encontraba en estado de embarazo, no así para los dirigentes suplentes.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 09100-2018-0028
Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subía

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, jueves 22 de octubre del 2020, las 12h36.
VISTOS:
ANTECEDENTES:
a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada: En el juicio de trabajo seguido por Galo Antonio Arbeláez Ramírez (procurador común), Pedro Vicente Arteaga Gómez, Geynner Geovanny Macías Morales, René Fabricio González Cevallos, Manuel Vicente Asencio Torres, Emilio Javier Avendaño Quezada, Byron de Jesús Rosales Bravo, John Francisco Sánchez Cedeño, Overman Ramírez Reascos, José Luis Espinoza Valarezo, Katerine Magdalena Paccha Pérez, José Simón Peña Landi, José Antonio Espinoza Lindao, Freddy Aurelio Bejarano Campos y Ana Myriam Avelino Rodríguez en contra de Rubén Isaac Solórzano Vera, por los derechos que representa en su calidad de Liquidador de CABLEVISIÓN S.A. EN LIQUIDACIÓN; la parte actora presentó recurso de casación en contra de la sentencia de mayoría dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 19 de agosto de 2019, las 09h35, que modificó la sentencia de primer nivel, ordenando el fallo de segundo nivel- la satisfacción de los beneficios e indemnización previstos en el artículo 195.3 (despido ineficaz) en favor únicamente de los dirigentes sindicales principales -y de Ana Myriam Avelino Rodríguez por tratarse de una madre en período de lactancia- excluyendo a los dirigentes suplentes.
b) Actos de sustanciación del recurso: La Conjueza de la Corte Nacional de Justicia, doctora María Gabriela Mier Ortiz, admitió a trámite el recurso extraordinario de casación por los casos **segundo, tercero y quinto** del artículo 268 del COGEP, mediante auto de 27 de enero de 2020, las 14h59.
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:
PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los Jueces/zas: doctor Julio Arrieta Escobar, en atención al Oficio N° 2371-SG-CNJ-ROG de 03 de diciembre de 2019, doctora María Consuelo Heredia Yerovi, y, doctora Katerine Muñoz Subía (Ponente), es competente para conocer y resolver el recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: "*Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.*", artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: "*Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.*"; artículo 191 numeral 1 ibídem, que prevé: "*La Sala Especializada de lo*

Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo;" en concordancia con el artículo 269 del COGEP; y del sorteo que obra a fs. 6 del expediente de casación.

Considérese además que mediante Resolución No. 04-2020 de 16 de marzo de 2020, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia resolvió la suspensión de los términos y plazos previstos en la ley para los procesos judiciales mientras dure el estado de emergencia sanitaria por COVID 19; posteriormente, con Resolución No. 05- 2020 de 08 de mayo de 2020, dejó sin efecto la Resolución No. 04-2020 para los procesos que se tramitan en la Corte Nacional de Justicia y Cortes Provinciales de Justicia, cuyos términos o plazos se habilitaron a partir del 11 de mayo de 2020.

SEGUNDO.- Fundamento del recurso de casación: La parte recurrente denuncia que en la sentencia dictada por la mayoría del tribunal *ad quem* se infringieron las siguientes disposiciones legales: artículos 11 numeral 6, 76 numeral 7 letra l), 82, 326 numerales 3 y 7 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 3 numeral 1 del Convenio sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización; artículos 5, 7, 187 y 195.1 del Código de Trabajo; y, Resolución No. 1932000-TC dictada por el Tribunal de Garantías Constitucionales el 20 de diciembre de 2000, y publicado en el Registro Oficial No. 243 de 29 de diciembre del 2000.

TERCERO.- Del recurso de casación: El recurso extraordinario de casación es un mecanismo de impugnación que mira fundamentalmente al interés público, dado que sus dos propósitos fundamentales son: **i)** precautelar el cumplimiento del derecho objetivo, y **ii)** la unificación de la jurisprudencia. Lo dicho sin descartar el indudable interés privado que se exterioriza cuando una de las partes involucradas recurre para ser beneficiada por el resultado del fallo en casación.

El primer propósito de este recurso extraordinario se torna fundamental, pues se traduce en la defensa de la legalidad, constituyendo en esencia una demanda en contra de la sentencia cuestionada, siendo que el examen o verificación de la corte de casación se dirige al cumplimiento de los postulados legales y constitucionales del ordenamiento jurídico.

Mientras que el segundo propósito procura dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, valiéndose incluso de la creación judicial del derecho, si aceptamos que aquel debe dinamizarse frente a las necesidades cambiantes de la sociedad.[1] De ahí es que dentro de nuestro marco constitucional la jurisprudencia constituye también- una innovadora fuente de derecho, como lo podemos entender si miramos al contenido de los artículos 11 numeral 8 y 185 de la Constitución de la República.

Se trata de un medio de impugnación extraordinario, pues no cabe contra toda clase de sentencia o auto conforme el artículo 266 del COGEP-, y procede por lo general una vez agotados los recursos ordinarios;[2] es limitado, dado que el análisis del tribunal de casación se remite exclusivamente a los argumentos denunciados por los recurrentes, en cumplimiento del principio dispositivo previsto en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución; es taxativo y técnico, considerando que su procedencia se condiciona exclusivamente a los casos determinados en la ley artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)- y a la técnica casacional ahí regulada que se torna en una obligación indispensable para quien recurre.

[1] El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional […] en consecuencia, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. Pamela Juliana Aguirre Castro, "El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico", CEP-UASB, Quito, 2019. Pág. 132.

[2] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008. Pág. 114.

Finalmente, no se debe obviar que la casación tiene un indudable fundamento constitucional artículo 184 numeral 1 de la Constitución-, si afirmamos que la aplicación del derecho en todas sus manifestaciones parte del efecto de irradiación de la Norma Primera, dotando de coherencia y unidad al ordenamiento jurídico a partir de sus postulados; de ahí que este recurso extraordinario, al considerar tanto el interés público como el privado, tiene más allá de la defensa de la legalidad- indudables connotaciones políticas en procura de un ejercicio jurisdiccional que se exprese en la realización de justicia, que es el propósito final de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República.[3]

CUARTO.- Audiencia: El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, ha establecido que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que este Tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, consignadas del artículo 79 al 87 *ibídem*, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el 20 de octubre de 2020, a las 09h00.

Finalmente, una vez concluido el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *Ut Supra.*

QUINTO.- Contextualización de los argumentos reproducidos por la parte recurrente en el libelo de casación: Como antecedente señala que los actores son miembros del Comité de Empresa de los Trabajadores de CABLEVISIÓN S.A., siendo que fueron despedidos intempestivamente por su empleador el 11 de mayo de 2018, por ende, con su demanda reclaman se declare el despido ineficaz, así como el pago de los rubros previstos en el artículo 195.3 del Código de Trabajo.

5.1 Caso segundo.

La parte casacionista empieza por conceptualizar la motivación prevista en el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República; y también transcribe una sección de la parte resolutiva de la sentencia que reconoce el pago de los beneficios e indemnización previstos en el artículo 195.3 del Código de Trabajo "únicamente (…) a los dirigentes sindicales principales (…)".

Continúa manifestando que los jueces/za en la decisión cuestionada no enuncian las disposiciones en las que se fundamentan su resolución de excluir a los dirigentes suplentes del pago antes referido, sin que exista motivación al respecto, además de omitir explicar la subsunción de las normas a los hechos.

En este mismo sentido enfatiza que la sentencia acatada carece de razonabilidad, pues el tribunal de instancia no ha construido su criterio sobre la base de fuentes de derecho que resulten aplicables al caso en concreto, sin analizar normas que sostengan su resolución para excluir a los dirigentes suplentes de la declaratoria de despido ineficaz.

Añade que la única motivación constante es la contenida en el numeral 12 del fallo, donde se refiere el despido ineficaz en contra de Ana Avelino, limitándose luego a señalar que "*los dirigentes PRINCIPALES también son beneficiarios de dicha indemnización, tal como lo dispone el artículo 195.1 inciso 2ª del Código de Trabajo*"; sin otorgar razones que sostengan esta última conclusión.

Por otro lado, acusa que la decisión impugnada carece de lógica, dado que no ha sido estructurada "*sobre la base premisas debidamente coherentes y concatenadas entre sí, pero principalmente con la conclusión que de ellas se obtiene*"; pues, para negar los beneficios e indemnizaciones discutidas no se sostiene en norma ni jurisprudencia alguna que justifique esta conclusión.

También indica que la sentencia no cumple con el requisito de comprensibilidad, pues la conclusión

[3] Por la importancia del recurso frente al cumplimiento del derecho objetivo, a la unificación y desarrollo jurisprudencial, así como por la reparación del agravio sufrido por las partes, tiene claros efectos políticos, razón por la cual ha sido consagrado expresamente en ordenamientos constitucionales […] basta con que haya infracción de un precepto, garantía o derecho constitucional para que pueda formularse un cargo en Casación en forma autónoma por el recurrente […] Ibídem. Pág. 112.

de favorecer únicamente a los dirigentes principales-excluyendo a los suplentes- no se encuentra sustentada con argumentación legal o jurisprudencia suficientemente comprensibles, afectando su entendimiento.

Finalmente, con relación a lo antes señalado, manifiesta: "*careciendo de motivación esta parte de la resolución, debe casarse la sentencia eliminando de la parte resolutiva la palabra 'principales', a fin de que se entienda claramente y comprensiblemente que, la indemnización que se manda a pagar a la parte demandada, beneficia a todos los dirigentes sindicales tanto principales como suplentes*".

5.2 Caso tercero.

Denuncia que en el fallo impugnado se ha resuelto una cuestión que no ha sido materia de litigio en contradicción con de los artículos 9 del Código Orgánico de la Función Judicial y 92 del Código Orgánico General de Procesos.

Para fundamentar lo antes expuesto, sostiene que la parte demandada en su contestación a la demanda no impugnó la calidad de dirigentes sindicales de los 14 accionantes, sin presentar ninguna excepción al respecto; si esa hubiera sido su intención-dice- "*debió haber alegado 'falta de legitimación en la causa de la parte actora' tal como lo dispone el artículo 153 numeral 3 del COGEP, pero no lo hizo*"; además -señala- entre los puntos controvertidos de la *litis* consta la existencia o no del despido intempestivo, pero no la calidad sindical de los comparecientes.

Entonces -argumenta- al no excepcionarse la parte demandada respecto de la calidad sindical de los comparecientes, admitieron tácitamente su estatus de dirigentes sindicales, aceptándolos, por ende, como contendores; por tal razón, los jueces/za de apelación estaban impedidos de resolver sobre este aspecto (si tenían los ex trabajadores la condición de principales o suplentes), pues no fue materia de la *litis*, de ahí que en el caso se ha configurado el vicio de *extra petita.*

5.3 Caso quinto.

5.3.1 Errónea interpretación del artículo 187 del Código de Trabajo.

Aduce que tal norma de ninguna manera restringe el efecto del despido intempestivo (ineficaz) a los miembros suplentes de la directiva; de ahí que los jugadores/ra equivocaron al interpretarla, con el consiguiente efecto de excluir a los dirigentes suplentes del Comité de Empresa de CABLEVISIÓN S.A. de la indemnización prevista en el artículo 195.3 del Código del Trabajo.

5.3.2 Errónea interpretación del artículo 195.1 del Código de Trabajo.

Alega que, los efectos de esta norma de ninguna manera se limita a los dirigentes sindicales principales como tampoco excluye de su ámbito a los suplentes, siendo que la única restricción es que ellos se encuentren en funciones, sin especificar que sea en condición de principales.

Añade que los dirigentes principales y suplentes se encuentran en funciones mientras su nombramiento esté vigente, a menos que sean suspendidos o removidos de sus cargos; siendo que -conforme lo señaló en su momento el Tribunal de Garantías Constitucionales- los suplentes en funciones siempre y en cualquier momento pueden ser llamados a principalizarse.

En este caso -dice- el yerro al interpretar la norma afectó a los intereses de los dirigentes suplentes, quienes -en la sentencia de segundo nivel- fueron excluidos de la indemnización y el 10 % de recargo previsto en la disposición en referencia, al decidir no continuar con la relación laboral.

5.3.3 Falta de aplicación del artículo 326 numeral 7 de la Constitución de la República.

Al respecto sostiene que, en la decisión de alzada, al determinarse que los dirigentes suplentes no se benefician de los mismos derechos y privilegios previstos para los principales, se ha configurado la falta de aplicación de esta norma constitucional que consagra el derecho a la libertad sindical.

5.3.4 Falta de aplicación del artículo 3 numeral 1 del Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de la Organización Internacional de Trabajo.

Alega que se ha infringido esta norma, pues a ningún representante del Estado ni a los jueces/zas les está permitido decidir quienes son los representantes de una organización sindical, y menos resolver sobre la vigencia de las funciones de los dirigentes suplentes, pues esto corresponde a la misma organización sindical.

5.3.5 Falta de aplicación de la Resolución No. 1932000-TC dictada por el Tribunal de Garantías Constitucionales el 20 de diciembre de 2000, y publicada en el Registro Oficial No. 243 de 29 de diciembre del 2000.

Argumenta que con ocasión de la reforma al artículo 187 del Código de Trabajo en el año 2000 -en razón de la cual se tipificó que solo los dirigentes principales tenían derecho a la indemnización ahí prevista- la citada resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales concluyó en la inconsti-

tucionalidad de dicha disposición, pues resulta improcedente distinguir entre dirigentes principales y suplentes; sin embargo, el tribunal *ad quem*, en su sentencia, no considera aquella resolución dictada por el órgano referido.

5.3.5 Falta de aplicación de la sentencia dictada el 01 de septiembre de 2004 por la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia dentro del Juicio No. 176-2004.

Finalmente acusa la infracción de este fallo, considerando que en él se ha determinado que la garantía prevista en el artículo 187 del Código de Trabajo ampara tanto a dirigentes sindicales principales como suplentes.

SEXTO.- Aspectos preliminares:

Nótese que los argumentos desarrollados con ocasión de los tres casos en los que se fundamenta el recurso extraordinario de casación, se dirigen a tratar de justificar que la sentencia recurrida equivocó su decisión al excluir a los dirigentes sindicales suplentes del pago de los beneficios e indemnizaciones previstos en el artículo 195.3 del Código de Trabajo.

Así, atendiendo al orden lógico establecido en el artículo 268 del COGEP, en primer término se resolverán las cuestiones traídas a conocimiento de este tribunal por el caso segundo, es decir, si el fallo impugnado se encuentra afectado en su motivación, dado que excluye a los dirigentes sindicales suplentes de los efectos del despido ineficaz y del pago de los beneficios e indemnizaciones previstos en el artículo 195.3 del Código de Trabajo, sin fundamentarse en disposición legal ni jurisprudencia alguna, ni otorgar razones que sostengan tal conclusión, además de omitir explicar el ejercicio de subsunción de la norma aplicable a los antecedentes de hecho considerados como probados.

Valga observar que, de prosperar este primer cargo, se corregirá la motivación, exponiendo los fundamentos jurídicos idóneos correspondientes, sin que por tanto sea necesario ninguna otra consideración al respecto; si, por el contrario, no se superase tal examen, se continuará con el análisis y pronunciamiento relacionados a los casos tercero y quinto, respectivamente.

SÉPTIMO.- Problema jurídico a resolver:

7.1 Por caso dos: ¿La sentencia cuestionada, al excluir a los dirigentes sindicales suplentes de los efectos del despido ineficaz y por ende- del pago de los beneficios e indemnizaciones previstos en el artículo 195.3 del Código de Trabajo, se encuentra afectada en su motivación, pues esta conclusión no se fundamenta en norma o jurisprudencia alguna sin además explicar el ejercicio subsuntivo correspondiente?

OCTAVO.- RESOLUCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN:

8.1 Examen de los cargos respecto del problema jurídico correspondiente al caso dos del artículo 268 del COGEP:

8.1.1 Este caso contempla dos clases de motivos que es preciso diferenciar. El primero de naturaleza formal, que se remite al contenido obligatorio en cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley del documento como tal, relacionados a la identificación de las partes, firma, lugar y fecha de la decisión. Mientras que el segundo constituye una exigencia de fondo, dado que proscribe argumentos contradictorios o incompatibles en la parte dispositiva de la sentencia; siendo que esta exigencia también tiene relación con la coherencia necesaria en la estructura expositiva, considerativa y resolutiva del fallo.

Debemos tener en cuenta que el requisito de fondo constituye una obligación del correcto uso de la lógica formal, pues la decisión (conclusión) debe encontrarse respaldada de forma coherente por la premisa normativa y fáctica del silogismo; entonces, si la sentencia impugnada resultare contradictora entre la parte motiva o considerativa y la dispositiva, deriva en un vicio que afecta su motivación.

Siguiendo esta idea, la motivación exige: (1) fijación de las premisas fácticas, para lo cual ha de desarrollar un razonamiento probatorio adecuado, que dé cuenta de una correcta inferencia entre los instrumentos probatorios debidamente actuados y la fijación de los hechos; (2) las fuentes del derecho en que se funda la decisión, para esto, ha de existir una adecuada subsunción de las premisas fácticas a los preceptos jurídicos; (3) coherencia de la decisión entre las anteriores, esto es, entre las premisas y la decisión final; (4) por último y en los casos que se requiera, ha de desplegarse los argumentos necesarios en los que se apoya la decisión, de tal suerte que se permita conocer la razonabilidad del fallo.[4]

[4] Criterio reproducido en la sentencia notificada el 04 de octubre de 2019, dentro del Juicio No. 17731-2016-2151 iniciado

También debe recordarse que la motivación de las sentencias no es una exigencia que deriva única o exclusivamente de ley (artículo 89 del COGEP), sino y sobre todo se trata de un derecho y garantía consagrado constitucionalmente (artículo 76 numeral 7 letra l de la Constitución de la República); por lo dicho, se constituye en una obligación esencial para los jueces/zas y tribunales encargados de administrar justicia, en estricto cumplimiento y aplicación directa de la Norma Primera.

De ahí que la Corte Constitucional, máximo órgano encargado de la interpretación de la Constitución (artículos 429 y 436 numeral 1 *ibídem*), al respecto ha manifestado: *"[…] 35. La CRE en su artículo 76 numeral 7 literal l establece a la motivación como un deber de las autoridades públicas y a la vez como un derecho fundamental de las personas, derivado de las garantías del debido proceso. En el ámbito jurisdiccional, la motivación consiste fundamentalmente en el ejercicio argumentativo por medio del cual los jueces establecen la interpretación y alcance de disposiciones normativas aplicadas a los casos bajo su resolución. 36. De acuerdo con el artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución, la motivación obliga a los jueces a enunciar las normas o principios en los que se funda la decisión y a explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. 37. La motivación no se agota con la mera enunciación dispersa de normas jurídicas o antecedentes de hecho, sino que obliga al juzgador a efectuar un juicio lógico que explique de manera fundamentada por qué una disposición jurídica se aplica a un antecedente de hecho y qué conclusiones se derivan de esta aplicación. Consecuentemente, la motivación está orientada a evitar la discrecionalidad y arbitrariedad judicial. […][5]".*

En definitiva, vemos que la motivación tiene requisitos mínimos tanto de forma como de fondo, constituyendo, sin lugar a dudas, un derecho fundamental de los justiciables, y por tanto de obligatoria aplicación para los juzgadores/as y tribunales, uno de cuyos propósito es al tenor de lo dicho por la Corte Constitucional- evitar la arbitrariedad en las decisiones emitidas por los órganos encargados de administrar justicia.

8.1.2 Previo a analizar en específico el problema jurídico planteado, corresponde remitirse a la parte pertinente del fallo cuestionado y que se corresponde con el punto controvertido, donde se lee: *"d) Consta de manera indiscutible de fs. 241 a 287 las notificaciones emitidas por la empresa CABLEVISION S. A., suscritas por Ing. Rubén Solórzano Vera, en las que se hace conocer la decisión unilateral de CABLEVISION S. A. EN LIQUIDACION, de dar por terminada la relación laboral que mantenía con cada uno de los accionantes del presente juicio, con lo que en efecto se ha demostrado la voluntad unilateral del empleador de dar por terminado el vínculo laboral que unía a actores y demandado, ergo el despido intempestivo atribuido a la empresa demandada en efecto operó; Así mismo consta de fs. 345 a 396 las diferentes Actas de Finiquito de las que se desprende que la relación laboral terminó por despido intempestivo, por lo tanto al haber la parte accionante, justificado que la relación laboral terminó por despido intempestivo, es procedente el pago de la indemnización establecida en el Art. 188 del Código del Trabajo, como sapientemente lo ha dispuesto el juez de primer nivel (…) el Art. 195.1 inciso primero contempla la prohibición de despido y la declaratoria de la ineficaz, cuando señala: "Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara…". A) Y ese principio de inamovilidad que ampara a las mujeres embazadas y en estado de lactancia, es el principio establecido en la Constitución de la República en el Art. 332inciso 2 que señala la prohibición del despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos. De lo que se colige que para que proceda la acción por despido ineficaz basta que se demuestre dentro del proceso por parte de la accionante que se encontraba dentro de los presupuestos que señala la citada norma, o bien estuvo embarazada o en periodo de lactancia, cuando fue despedida, y en este caso su estado de lactante no ha sido motivo de discusión, por tanto es indiscutible que a la accionante Ana Myriam*

por Paubla Leonor Jama Jama en contra de Rosario Zambonino Garzón

[5] Sentencia N° 200413EP/19 de 10 de septiembre de 2019 (Juez Ponente: Agustín Grijalva Jiménez), dictada dentro del Caso N° 200413EP.

Avelino Rodríguez le corresponde beneficiarse de la indemnización que señala el Art. 195.3 del Código de Trabajo. (…) ***B) En igual sentido el inciso 2º del Art. 195.1 establece: 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 del Código de Trabajo; Por lo que aplicando la norma invocada, a los accionantes que constan señalados en el registro de directiva que obra de fs. 208 a 209, en calidad*** *de* ***dirigentes sindicales principales, GALO ANTONIO ARBELÁEZ RAMIREZ, GEYNNER GEOVANNY MACÍAS MORALES, MANUEL VICENTE ASENCIO TORRES, BYRON DE JESÚS ROSALES BRAVO, OVERMAN RAMÍREZ REASCO, KATERINE MAGDALENA PACCHA PÉREZ, JOSÉ ANTONIO ESPINOZA LINDAO, les es aplicable la misma indemnización que le corresponde a la mujer lactante. En virtud de lo expuesto, el Tribunal en voto de mayoría, considerando que se han cumplido los dos presupuestos que señala el Art. 195.1 del Código de Trabajo, causa los efectos que señala el Art. 195.3. (…) de ahí que es procedente el pago de la indemnización establecida en el Art. 195.3 del Código de Trabajo (…) en voto de mayoría y absolviendo la consulta obligatoria MODIFICA la sentencia dictada por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, actuando como juez de primer nivel, disponiendo únicamente el pago a los dirigentes sindicales principales: Galo Antonio Arbeláez Ramírez, inciso 1 Art. 195.3 CT $7,439.85 más valor inciso 2 del Art. 195.3 CT $10,020.00 más proporcional y menos abono $ 1.726,60 sumando un total de $19,186.45; Geynner Geovanny Macias Morales, valor inciso 1 Art. 195.3 CT $4,237.06 más valor inciso 2 del Art. 195.3 CT $5,706.48 sumando un total de $9,943.54; Manuel Vicente Asencio Torres, valor inciso 1 Art. 195.3 CT $5,693.04 más valor inciso 2 del Art. 195.3 CT $7,667.40 sumando un total de $13,360.44; Byron de Jesus Rosales Bravo, valor inciso 1 Art. 195.3 CT $5,029.70 más valor inciso 2 del Art. 195.3 CT $6,774.00 sumando un total de $11,803.70; Overman Ramírez Reasco, valor inciso 1 Art. 195.3 CT $6,095.33 más valor inciso 2 del Art. 195.3 CT $8,209.20 sumando un total de $14,304.53; Katerine Magdalena Paccha Perez, valor inciso 1 Art. 195.3 CT $6,300.62 más valor inciso 2 del Art. 195.3 CT $8,485.68 sumando un total de $14,786.30; Jose Antonio Espinoza Lindao, valor inciso 1 Art. 195.3 CT $7,034.53 más valor inciso 2 del Art. 195.3 CT $9,474.12 sumando un total de $16,508.65; Y a la lactante, Ana Myriam Avelino Rodríguez, Art. 195.3 inciso 1º CT. $19,468.53 más valor inciso 2 del Art. 195.3 CT $26,220.24 más proporcional y menos abono $ 6,061.51, sumando un total de $ 51.750,28 (…)"*** (Énfasis fuera de texto original).

8.1.3 Al respecto se observa que el juicio en análisis inició por la demanda de los accionantes en contra de CABLEVISIÓN S.A. EN LIQUIDACIÓN; así, en su libelo inicial, sostuvieron que son miembros (principales y suplentes) de la Directiva del Comité de Empresa de los Trabajadores de CABLEVISIÓN S.A. con excepción de Ana Myriam Avelino Rodríguez, quien a la fecha de la terminación de la relación laboral se encontraba en período de lactancia. Además en su libelo inicial indican que, mediante comunicaciones de 11 de mayo de 2018 emitidas por su empleadora a cada uno de ellos, fueron despedidos intempestivamente, de ahí que demandaron la declaratoria de ineficacia de dicho despido de conformidad con el artículo 195.1 del Código de Trabajo, y el pago de los beneficios e indemnización previstos en el artículo 195.3 *ibídem*.

Como se constata en la sentencia impugnada -cuya parte pertinente ha sido antes transcrita- la existencia de la relación laboral no ha sido controvertida, siendo además que, con las notificaciones expedidas por la empleadora y actas de finiquito, se ha justificado la voluntad unilateral del patrono para terminar el vínculo obrero patronal, es decir, el despido intempestivo se encuentra probado; entonces -según los jueces de apelación- es procedente declarar la ineficacia del despido, correspondiendo que Ana Myriam Avelino Rodríguez -dada su condición de lactante- y (exclusivamente) los dirigentes sindicales principales (Galo Antonio Arbeláez Ramírez, Geynner Geovanny Macías Morales, Manuel Vicente Asencio Torres, Byron de Jesús Rosales Bravo, Overman Ramírez Reascos, Katerine Magdalena Paccha Pérez y José Antonio Espinoza Lindao) se beneficien de las remuneraciones pendientes más el 10 % de recargo y de la indemnización equivalente a un año de remuneración, de conformidad con el artículo 195.3 del Código de Trabajo.

Según lo antes referido, en la decisión recurrida se entiende que el tribunal *ad quem* ha declarado ineficaz el despido de una madre en período de

lactancia y exclusivamente de los dirigentes principales de la directiva, excluyendo de dicho reconocimiento a los dirigentes suplentes, y descartando en su favor el pago de lo previsto en la norma en referencia.

De ahí que, quienes recurren sostienen que esta exclusión de los dirigentes suplentes no es motivada, pues -en lo fundamental- no se encuentra sostenida en fuente de derecho alguna, omitiendo además una adecuada subsunción de las premisas fácticas a los preceptos jurídicos aplicables.

8.1.4 Ahora bien, nótese que la sentencia ha desarrollado un razonamiento probatorio adecuado derivado de una correcta inferencia entre los medios probatorios actuados (registro de directiva, notificaciones de despido y actas de finiquito) y la fijación de los hechos (la calidad de dirigentes sindicales y la configuración del despido intempestivo). Luego, para resolver la controversia, subsume las premisas fácticas a los artículos 195.1 y 195.3 del Código de Trabajo (fuentes de derecho), determinando el despido ineficaz únicamente de la madre en período de lactancia, y de los dirigentes sindicales principales.

Sin embargo, no se remite a ninguna disposición o norma para excluir a los dirigentes sindicales suplentes de los efectos del despido ineficaz; tampoco ha desarrollado las razones necesarias para esta diferenciación.

Entonces, si decidió excluir a los dirigentes sindicales suplentes, en primer lugar, debió remitirse a una disposición legal específica para ello, cuestión que no se verifica, sin que exista subsunción alguna de ese hecho en alguna norma en específico; y si acaso asumimos que esa conclusión deriva también de los artículos 195.1 y 195.3 del Código de Trabajo, debió argumentar el motivo que determinó esa interpretación, explicando el porqué del contenido y alcance de dicha norma, se debe excluir a los dirigentes sindicales suplentes.

En definitiva, la decisión de apartar a los dirigentes sindicales suplentes del reconocimiento del despido ineficaz, constituye una conclusión evidentemente arbitraria, pues no existe una fuente de derecho específica que la sostenga, siendo incluso incoherente aquella decisión en el contexto del fallo; como consecuencia, tampoco existen argumentos necesarios para justificar dicha exclusión, siendo en este sentido el fallo también irrazonable.

Entonces, se acepta el cargo fundamentado por la parte casacionista al tenor de la causal segunda del artículo 268 del COGEP, lo dicho al no verificarse normas y razones que motiven la exclusión de los dirigentes sindicales suplentes de los efectos del despido ineficaz, constatándose así que la sentencia recurrida se encuentra afectada en su motivación, por ende, se verifica la infracción del artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador; correspondiendo en este punto corregirla, exponiendo para ello los fundamentos jurídicos idóneos que se desarrollarán a continuación.

8.2 Pronunciamiento en casación.

8.2.1 Se ha dicho que la relación laboral no está en discusión, mientras que el despido intempestivo ha sido justificado mediante las notificaciones de 11 de mayo de 2018 (fs. 241 a 278); tampoco la parte demandada ha mostrado su inconformidad en este nivel respecto del despido ineficaz reconocido en segunda instancia a favor de los dirigentes sindicales principales y la madre en estado de lactancia. Entonces, el único punto a dilucidar es si a los dirigentes sindicales les son o no aplicables los efectos del despido ineficaz previsto en el artículo 195.1 y los pagos derivados de la consecuencia prevista en el 195.3 del Código de Trabajo.

Para ello, vale recordar que la estabilidad de los trabajadores es un presupuesto fundamental para el ejercicio de sus derechos laborales, por ello puede entenderse que la terminación legal del contrato de trabajo se ha condicionado a ciertas circunstancias (169 del Código de Trabajo) dirigidas a tratar de evitar la arbitrariedad del empleador, dada la posición de desigualdad que afecta al trabajador.

A pesar de lo dicho, ciertamente el empleador puede dar por terminado legalmente el contrato de trabajo siempre que, mediando visto bueno, se justifiquen causas justas para ello, las que se encuentran previstas en el artículo 172 *ibídem*; siendo que, si el patrono finiquita el convenio sin remitirse a las condiciones de la ley, deberá asumir las indemnizaciones correspondientes en favor del trabajador.

Debe observarse que nuestra legislación ha previsto un trato especialísimo para ciertos sujetos que se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad dentro de la relación laboral, es así que el Código de Trabajo, en su artículo 195, consagra el despido ineficaz como un método de estabilidad reforzada para las mujeres embarazadas y los dirigentes sindicales; lo dicho, pues en el primer caso tal condición debe ser protegida considerando el estado de gestación, mientras que el segundo caso, constituye una tutela necesaria relacionada a la actividad sindical; sin embargo, lo antes referido no obsta que el em-

pleador pueda terminar legalmente el contrato de trabajo, siempre y cuando -claro está- exista causa justa y previo visto bueno.

En este punto corresponde remitirse a las disposiciones del Código de Trabajo que regulan el despido ineficaz; así tenemos: *"Art. 187.-* ***Garantías para dirigentes sindicales****. El despido intempestivo de la trabajadora o el trabajador miembro de la directiva de la organización de trabajadores será considerado ineficaz. En este caso, el despido no impedirá que el trabajador siga perteneciendo a la directiva hasta la finalización del período establecido. 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. Sin embargo, el empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo por las causas determinadas en el artículo 172 de este Código."*

"Art. 195.1.- ***Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz****. Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara. Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187."*

"Art. 195.3.- ***Efectos.-*** *Declarada la ineficacia, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido por el hecho que la ha motivado y se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento (10%) de recargo. Cuando la persona trabajadora despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, no continuar la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido intempestivo. Si la persona empleadora se negare a mantener en sus funciones a la persona trabajadora una vez que se ha dispuesto el reintegro inmediato de la misma en la providencia inicial, o se haya establecido la ineficacia del despido en sentencia, podrá ser sancionada con la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. En cualquier caso de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro. En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad será indemnizada de conformidad a lo estipulado en el Ley Orgánica de Discapacidades".*

En primer lugar, adviértase que la calidad de dirigentes sindicales (suplentes) no ha sido cuestionada por la empleadora, además de fojas 208 a 209 consta el Oficio No. MDT-DOL-2017-00840-OF emitido por el Viceministro de Trabajo y Empleo, donde se detalla el registro de la Directiva del Comité de Empresa de los Trabajadores de CABLEVISIÓN S.A., siendo que como dirigentes sindicales suplentes se tiene a: Pedro Vicente Arteaga Gómez, René Fabricio González Cevallos, Emilio Javier Avendaño Quezada, John Francisco Sánchez Cedeño, José Luis Espinoza Valarezo, José Simón Peña Landi, y Freddy Aurelio Bejarano Campos.

Ahora bien, el artículo 187 del Código de Trabajo determina que el despido intempestivo del trabajador/a miembro de la directiva será considerado ineficaz; vemos entonces que el efecto de esta primera disposición se remite en general a aquellos trabajadores parte de la directiva, sin especificar condición o excepción alguna; más bien extiende la protección en el tiempo (1 año hasta después de finalizado del período), a los dirigentes de otras organizaciones de la misma empresa, e incluso de diferentes empresas siempre que trabaje bajo dependencia del empleador obligado.

Por su parte, el artículo 195.1 *ibídem* determina que las mismas reglas de ineficacia del despido correspondientes a las mujeres embarazadas operará para los dirigentes sindicales "*en cumplimiento de sus funciones*"; es decir, tampoco señala que se trate únicamente de dirigentes sindical principales o condicione los efectos con ocasión de los suplentes, además, se debe entender que las funciones de dirigentes sindicales no son exclusivas de los principales, pues, el nombramiento de tal calidad es para unos y otros durante el período previsto.

Mientras que el artículo 195.3 *ibídem* -en lo que interesa para el presente caso- determina los efectos de la declaratoria de despido ineficaz, disponiendo que una vez hecho lo anterior se considerará que el vínculo obrero patronal no ha sido interrumpido, ordenándose el pago de las remuneraciones pendientes con el 10 % de recargo hasta la declaratoria

y reintegro; y, en el evento que el trabajador decida no continuar con la relación laboral, percibirá como indemnización -además de la prevista para el despido intempestivo en general- el valor de un año de remuneración.

Además, esta disposición prevé incluso la configuración de un delito por incumplimiento de decisiones legítimas a los empleadores que se negaren a mantener en sus funciones al trabajador cuyo reintegro inmediato ha sido dispuesto.

Vemos entonces que el artículo en referencia tampoco ha establecido ninguna diferenciación entre dirigentes sindicales principales o suplentes, sin condicionar los efectos del despido ineficaz en relación a uno de los estatus señalados.

Continuando con el análisis, si nos remitimos a una interpretación literal de los artículos en referencia, no se advierte un trato diferente para el dirigente sindical suplente; es más, ninguna de las disposiciones transcritas y analizadas se refieren a calidad de "*principal*" o "*suplente*" como para afirmar que se trata de circunstancias que -en razón de un estatus particular- afecten la posibilidad de la aplicación del despido ineficaz; tampoco las hipótesis normativas prevén como condición que el trabajador miembro suplente de la directiva se principalice para acceder a la mencionada garantía de dirigentes sindicales.

Si utilizamos como metodología una interpretación sistemática (atendiendo al contexto de las normas antes analizadas), vemos que la garantía de despido ineficaz para los dirigentes sindicales ha sido concebida en general por la legislación, es decir, exigiendo como único requisito que el trabajador sea "*miembro de la directiva de la organización de trabajadores*" y refiriéndose como sujetos de dicha protección "*a los dirigentes sindicales*", sin exigir un estatus de principal.

Incluso, si nos remitimos a una interpretación conforme a la Constitución mirando a la igualdad formal prevista en el artículo 66 numeral 4 *ibídem*, debemos entender que no existe razones, motivos o justificaciones para otorgar la estabilidad reforzada derivada de la declaratoria del despido ineficaz únicamente a los dirigentes sindicales principales, y excluir a los suplentes; de ahí que tal protección debe -considerando la calidad de dirigentes sindicales- tratar a ambos en igualdad de condiciones, caso contrario derivaría en una diferenciación injustificada, e incluso irrazonable.

Además -ahondando en el análisis con perspectiva constitucional- debe recordarse que en su momento el artículo 185 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, publicada en el Registro Oficial No. 144, de 18 de Agosto del 2000, reformó el artículo 187 del Código de Trabajo, estableciendo como condición del dirigente sindical suplente para acceder al indemnización ahí estipulada, que éste se principalice; sin embargo, ésta entre otras reformas fue declarada inconstitucional por el Tribunal de Garantías Constitucionales mediante Resolución No. 193-2000-TP de 12 de Diciembre de 2000, con el siguiente argumento: *"el artículo 185 de la ley cuya inconstitucionalidad se demanda reforma el artículo 187 del Código de Trabajo que a su vez refiere el pago de indemnizaciones a las que tiene derecho el dirigente trabajador cuando ocurre el despido intempestivo. La reforma plantea que la indemnización solamente tiene lugar en favor del dirigente principal o suplente principalizado de la organización de trabajadores, lo cual atenta contra la libertad de asociación sindical y toda vez que el suplente actúa en gestiones directivas y en cualquier momento puede ser principalizado definitivamente, por lo que la garantía constitucional contenida en el numeral 9 del artículo 35 de la Constitución mira hacia la dirigencia sindical y no exclusivamente hacia la persona o inidividualidad del dirigente; y, De (sic) la misma forma, el artículo impugnado violenta el Convenio 87 de la OIT referente a la libertad sindical y la posibilidad de elegir libremente a sus representantes".*

Aunque dicha inconstitucionalidad fue declarada en el contexto de la Constitución Política de la República de 1998, y en la época en la que el despido ineficaz no se incorporaba aún a nuestra legislación laboral, este Tribunal considera que los motivos ahí reproducidos tratan sobre el mismo asunto de fondo actualmente discutido; es decir, si para la aplicación de una garantía es legítimo diferenciar entre dirigentes sindicales principales y suplentes.

En este sentido el Tribunal de Garantías Constitucionales consideró que tal distinción atenta contra la libertad sindical consagrada, en esa época, en el artículo 35 numeral 9 *ibídem* y el Convenio 87 de la OIT, pues tal principio es una garantía propiamente que deriva de la dirigencia sindical.

Al respecto, siguiendo en el contexto de la interpretación conforme, véase que en su artículo 326 numeral 7, la actual Constitución de la República (2008), también garantiza el derecho y la libertad sindical, entendiendo que este comprende el derecho de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su

elección y desafiliarse libremente; sin olvidar además, que este cuerpo normativo en su artículo 11 numeral 8 determina que, en general, el contenido de los derechos -incluido en este caso el de libertad sindical- se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, incluso determinando que el Estado deberá generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Entonces, precisamente, el derecho a la libertad sindical no solo supone la simple organización de los trabajadores, sino abarca todos los actos necesarios para ello, entendiéndose implícito la facultad de elegir a sus dirigentes, lo cual también es materia de protección; de ahí que, diferenciar entre las garantías aplicables por la condición de dirigente principal o suplente, sería desconocer la autonomía de la organización sindical para otorgar el estatus de miembros de la directiva a sus trabajadores, facultad que -vale resaltar- ha sido reconocida en la ley.

En suma, vemos que incluso utilizando varios métodos interpretativos (literal, sistemático, conforme) el sentido de las disposiciones que regulan el despido ineficaz es claro, al concebir esta garantía para proteger a las trabajadoras en estado de embarazo así como a los dirigentes sindicales -se entiende de tantos principales y suplentes- pues las normas individualmente consideradas, e incluso interpretadas desde una perspectiva contextual, no excluyen ni condicionan de forma alguna los efectos derivados de aquella circunstancia; además, asumir que el despido ineficaz opera para dirigentes sindicales, indistintamente de su estatus -principal o suplente- supone entender las normas conforme las disposiciones constitucionales que se han analizado, referidas a la igualdad, la libertad sindical y el desarrollo progresivo de los derechos.

8.2.2 Una vez dicho lo anterior, adviértase que los fundamentos ofrecidos por los recurrentes en su libelo de casación se remiten al pago de los rubros derivados del artículo 195.3 del Código de Trabajo exclusivamente en favor de los dirigentes suplentes. Evidenciándose que aquel recurso no contiene fundamentación alguna que exteriorice inconformidad con respecto a los rubros reconocidos en la sentencia atacada en favor de los dirigentes sindicales principales y la madre en período de lactancia. Razón por la cual no corresponde pronunciamiento sobre tales cuestiones, manteniéndose las cantidades ordenadas a satisfacer en segundo nivel.

También se debe observar que, conforme se lee en la sentencia recurrida, la parte demandada ha decidido no continuar con la relación laboral. De ahí que, esta decisión excluye la posibilidad de percibir las remuneraciones pendientes, pues, esta involucra la terminación de la relación laboral a la fecha de la finalización unilateral del vínculo laboral por parte del empleador, consecuentemente procede de la indemnización prevista en el inciso segundo de la disposición en referencia. Además, debe considerarse que tal reclamación al tenor de esta última norma- lleva implícita el reconocimiento también del despido intempestivo y la bonificación por desahucio previstos en los artículos 188 y 185 *ibídem*, respectivamente, por lo que estos rubros también serán considerados en la liquidación correspondiente.

NOVENO.- LIQUIDACIÓN:

9.1 A continuación se determinará la indemnización por despido intempestivo y la bonificación por desahucio, para lo cual se considerará el tiempo de servicios y la última remuneración de cada uno de los dirigentes sindicales suplentes, además de los rubros que han sido previamente reconocidos a su favor, por tal concepto.

a) Pedro Vicente Arteaga Gómez: última remuneración USD 682,26 (conforme rol de pagos que obra a fs. 412); mientras que si nos remitimos al acta de finiquito de 16 de julio de 2018 (fs. 347-348) tenemos que la relación laboral inició el 5 de febrero de 2003 y culminó el 11 de mayo de 2018.

Despido Intempestivo.

USD $ 682,26 x 16 = **USD $ 10.916,16**

Rubro este último al que se le debe descontar USD $ 10.148,16, que consta como satisfecho por despido intempestivo mediante la antes referida acta de finiquito, resultando en una diferencia a favor del ex trabajador de **USD $ 768,00.**

Bonificación por desahucio.

USD $ 682,26 x 0.25 = 170,56 x 15 = **2.558, 47**

Cantidad esta a la que se le debe descontar USD $ 2.378,48, que consta como satisfecho por desahucio en el finiquito antes citado, resultando en una diferencia a favor del ex trabajador de **USD $**

No.	Dirigente Suplente	Indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio	Indemnización un año de remuneración	TOTAL
1	Pedro Vicente Arteaga Gómez	USD $ 947,99	USD $ 8.187,12	**USD $ 9.135,11**
2	René Fabricio González Cevallos	USD $ 348,00	USD $ 6.339,36	**USD $ 6.687,36**
3	Emilio Javier Avendaño Quezada	USD $ 25.876,44	USD $ 11.558,52	**USD $ 37.434.96**
4	John Francisco Sánchez Cedeño	USD $ 224,24	USD $ 14.839,56	**USD $ 15.063,80**
5	José Luis Espinoza Valarezo	USD $ 647.99	USD $ 7.608,12	**USD $ 8.256,11**
6	José Simón Peña Landi	0	USD $ 8.244,24	**USD $ 8.244,24**
7	Freddy Aurelio Bejarano Campos	USD $ 24.775,14	USD $ 10.329,24	**USD $ 35.104,38**

179,99.

a) René Fabricio González Cevallos: última remuneración USD 528,28 (conforme rol de pagos que obra a fs. 414); mientras que si nos remitimos al acta de finiquito de 12 de julio de 2018 (fs. 355-356) tenemos que la relación laboral inició el 8 de febrero de 2013 y culminó el 11 de mayo de 2018.

Despido Intempestivo.

USD $ 528,28 x 6 = **USD $ 3.169,68**

Rubro este último al que se le debe descontar USD $ 2.881,68, que consta como satisfecho por despido intempestivo mediante la antes referida acta de finiquito, resultando en una diferencia a favor del ex trabajador de **USD $ 288,00.**

Bonificación por desahucio.

USD $ 528,28 x 0.25= 132,07 x 5= **660, 35**

Cantidad esta a la que se le debe descontar USD $ 600,35, que consta como satisfecho por desahucio en el finiquito antes citado, resultando en una diferencia a favor del ex trabajador de **USD $ 60,00.**

a) Emilio Javier Avendaño Quezada: última remuneración USD 963,21 (conforme rol de pagos que obra a fs. 415); mientras que si nos remitimos a la notificación de 11 de mayo de 2018 (fs. 257) tenemos que la relación laboral inició el 12 de julio de 1994 y culminó el 11 de mayo de 2018.

Despido Intempestivo.

USD $ 963,21 x 24= **USD $ 23.117,04**

Bonificación por desahucio.

USD $ 963,21 x 0.25= 240.80 x 23= **5.538,45**

Rubros que en total suman la cantidad de USD $ 28.655, 49, cantidad esta a la que se le debe descontar USD $ 2.779,05, conforme los comprobantes de pago que consta a fojas 363 y 363 vta., resultando en una diferencia a favor del ex trabajador de **USD $ 25.876,44.**

b) John Francisco Sánchez Cedeño: última remuneración USD 1.236,63 (conforme rol de pagos que obra a fs. 416); mientras que si nos remitimos al acta de finiquito de 13 de julio de 2018 (fs. 369-370) tenemos que la relación laboral inició el 16 de agosto de 2004 y culminó el 11 de mayo de 2018.

Despido Intempestivo.

USD $ 1.236,63 x 14= **USD $ 17.312,82**

Rubro este último al que se le debe descontar USD $ 17.130,82, que consta como satisfecho por despido intempestivo mediante la antes referida acta de finiquito, resultando en una diferencia a favor del ex trabajador de **USD $ 182,00.**

Bonificación por desahucio.

USD $ 1.236,63 x 0.25= 309,15 x 13 = **4.019.04**

Cantidad esta a la que se le debe descontar USD $ 3.976,80, que consta como satisfecho por desahucio en el finiquito antes citado, resultando en una diferencia a favor del ex trabajador de **USD $ 42,24.**

c) José Luis Espinoza Valarezo: última remuneración USD 634,01 (conforme rol de pagos

que obra a fs. 418); mientras que si nos remitimos al acta de finiquito de 12 de julio de 2018 (fs. 377-378) tenemos que la relación laboral inició el 01 de diciembre de 2007 y culminó el 11 de mayo de 2018.

Despido Intempestivo.

USD $ 634,01 x 11= **USD $ 6.974,11**

Rubro este último al que se le debe descontar USD $ 6.446,11, que consta como satisfecho por despido intempestivo mediante la antes referida acta de finiquito, resultando en una diferencia a favor del ex trabajador de **USD $ 528,00.**

Bonificación por desahucio.

USD $ 634,01 x 0.25= 158,50 x 10 = **1.585.02**

Cantidad esta a la que se le debe descontar USD $ 1.465,03, que consta como satisfecho por desahucio en el finiquito antes citado, resultando en una diferencia a favor del ex trabajador de **USD $ 119,99.**

c) José Simón Peña Landi: última remuneración USD 687,02 (conforme detalle de aportaciones del IESS que obra de fs. 158); mientras que si nos remitimos al acta de finiquito de 16 de julio de 2018 (fs. 385-386) tenemos que la relación laboral inició el 01 de diciembre de 1993 y culminó el 11 de mayo de 2018.

Despido Intempestivo.

USD $ 687,02 x 25= **USD $ 17.175,5**

Siendo que en este caso no existe diferencia a pagar por dicho concepto, pues tal valor consta como satisfecho en la antes referida acta de finiquito.

Bonificación por desahucio.

USD $ 687,02 x 0.25= 171,75 x 24 = **4.112.12**

Tampoco con relación a esta bonificación existe diferencia a pagar, considerando que dicha cantidad consta como satisfecho en la antes referida acta de finiquito.

c) Freddy Aurelio Bejarano Campos: última remuneración USD 860,77 (conforme rol de pagos que obra de fs. 420); mientras que si nos remitimos a la notificación de 11 de mayo de 2018 (fs. 283) tenemos que la relación laboral inició el 01 de febrero de 1990 y culminó el 11 de mayo de 2018.

Despido Intempestivo.

USD $ 860,77 x 25= **USD $ 21.519,25**

Bonificación por desahucio.

USD $ 860,77 x 0.25= 215.19 x 28= **6.025,39**

Rubros que en total suman la cantidad de USD $ 27.544, 64, cantidad esta a la que se le debe descontar USD $ 2.769,50, conforme los comprobantes de pago que consta a fojas 393 y 393 vta., resultando en una diferencia a favor del ex trabajador de **USD $ 24.775,14.**

9.2 Al tenor de lo previsto en el segundo inciso del artículo 195.3, corresponde indemnizar con el valor equivalente a un año de remuneración. Para el cálculo se considerará la última remuneración de cada uno de los dirigentes sindicales suplentes.

a) **Pedro Vicente Arteaga Gómez**: última remuneración USD 682,26 (conforme rol de pagos que obra a fs. 412).

USD 682,26 x 12= **USD $ 8.187,12**

b) **René Fabricio González Cevallos**: última remuneración USD 528,28 (conforme rol de pagos que obra a fs. 414).

USD 528,28 x 12= **USD $ 6.339,36**

c) **Emilio Javier Avendaño Quezada**: última remuneración USD 963,21 (conforme rol de pagos que obra a fs. 415).

USD $ 963,21 x 12= **USD $ 11.558,52**

d) **John Francisco Sánchez Cedeño**: última remuneración USD 1.236,63 (conforme rol de pagos que obra a fs. 416).

USD $ 1.236,63 x 12= **USD $ 14.839,56**

e) **José Luis Espinoza Valarezo**: última remuneración USD 634,01 (conforme rol de pagos que obra a fs. 418).

USD $ 634,01 x 12= **USD $ 7.608,12**

f) **José Simón Peña Landi**: última remuneración USD 687,02 (conforme detalle de aportaciones del IESS que obra de fs. 158).

USD $ 687,02 x 12= **USD $ 8.244,24**

g) **Freddy Aurelio Bejarano Campos**: última remuneración USD 860,77 (conforme rol de pagos que obra de fs. 420).

USD $ 860,77 x 12= **USD $ 10.329,24 9.3**

9.3 En suma los valores totales a pagar en favor de los dirigentes sindicales suplentes como efecto del despido ineficaz conforme el artículo 195.3 del Código de Trabajo, son los que se detallan en el siguiente cuadro:

TOTAL= USD $ 119.925,96

DÉCIMO-. DECISIÓN: Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, en los términos de este fallo, casa la sentencia de mayoría dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 19 de agosto

de 2019, las 09h35, y ordena el pago de los rubros detallados en el cuadro reproducido en el considerando **9.3.** de este fallo; manteniéndose, por otra parte, en firme los pagos dispuesto por el tribunal de apelación en la sentencia recurrida, con respecto a los dirigentes sindicales principales y la madre en período de lactancia, pues no han sido materia de discusión en el libelo de casación. Sin costas. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**
f) Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL; Dr. Julio Enrique Arrieta Escobar, JUEZ NACIONAL (E).

VII

Juicio Nro. *01371-2018-00471*
Resolución Nro. *0280-2020*
Fecha: *20 de noviembre del 2020, las 14h08*

TEMA: Valoración de la prueba en casación.

ASUNTO

El trabajador presenta una demanda en contra de la compañía accionada, con fundamento en la resolución de visto bueno concedida por el Inspector del Trabajo, por lo que reclama el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo y desahucio previstas en la ley. La demandada por su parte alegó la ilegalidad de la resolución de visto bueno por falta de competencia del Inspector del Trabajo, así como que el trabajador no ha demostrado el haber laborado horas extraordinarias.

El punto de derecho que es materia de discusión es si en casación se puede o no revisar los hechos que se encuentran fijados en la sentencia de instancia y valorar nuevamente la prueba, y, de ser este el caso, en qué circunstancias podría ser procedente esa valoración.

RESUMEN PRIMERA INSTANCIA

Christian Giovanny Velecela demanda a la compañía Alimentos Yupi S. A., manifestando que laboró para la compañía demandada desde enero de 2008 hasta el 22 de agosto de 2018, fecha en la cual concluye la relación laboral, mediante resolución de visto bueno concedida a su favor. La demandada contesta manifestando que el actor jamás pudo probar que laboró horas extraordinarias. El Juez de primer nivel, en su sentencia, estableció que procede parcialmente la pretensión del demandante del pago de las indemnizaciones por despido intempestivo, desahucio, el reconocimiento de las horas extraordinarias (por haber laborado los días sábados) y la reliquidación de la décimo tercera remuneración, vacaciones y vacaciones por antigüedad.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de apelación, analizados los fundamentos de los recurrentes, declara que se encuentra justificado y probado el reclamo del despido intempestivo, sin que exista la nulidad de la solicitud de visto bueno; además que se ha justificado el pago de las indemnizaciones y haberes reclamadas, en especial el pago de horas extraor-

dinarias por haber laborado media jornada los días sábados. En tal virtud se ratifica la sentencia de primera instancia que declara parcialmente con lugar la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01371-2018-00471

Juez Ponente: Dr. Alejandro Magno Arteaga García

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, viernes 20 de noviembre del 2020, las 14h08,
VISTOS:
PRIMERO.- ANTECEDENTES
En el juicio laboral seguido por Christian Giovanny Velecela Brito, en contra de Alimentos Yupi S.A., el tribunal de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 26 de abril de 2019, dicta sentencia y resuelve negar los recursos de apelación interpuestos por las partes y confirma la sentencia recurrida, incluido los valores liquidados. Inconforme con esta decisión, la parte demandada interpone recurso de casación, bajo los casos segundo, cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, siendo admitido a trámite el recurso únicamente por los casos cuarto y quinto; y una vez conformado el Tribunal de la Sala Laboral mediante sorteo, se realiza la audiencia respectiva, de fundamentación del presente recurso de casación.
SEGUNDO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA
El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 01-2018 de fecha 26 de enero de 2018 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 No. 38 de 17 de julio de 2013, en relación con la Resolución No. 04-2017, publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 962 de 14 de marzo de 2017. 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, en concordancia con el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos, así como del sorteo que obra del expediente. Este Tribunal de la Sala de lo Laboral se encuentra integrado por: doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional (E) Ponente; doctora Maria Gabriela Mier Ortiz, Conjueza Nacional, en atención al oficio No. 787-CNJ-SLL-2020 de 14 de octubre de 2020 (E); doctor Víctor Rafael Fernández Álvarez, Conjuez Nacional (E), en atención al acta de sorteo de 15 de octubre de 2020.
TERCERO: ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA CORRESPONDIENTE
Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, se llevó a cabo la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el día viernes 6 de noviembre de 2020, las 12h00 en la que se ha manifestado:
3.1. INTERVENCIÓN DEL ABOGADO DEFENSOR DE LA PARTE ACTORA (RECURRENTE):
La parte accionante, señala que en la sentencia recurrida se ha producido: Falta de aplicación del artículo 82; numerales 4 y 7 literal l) del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador; falta de aplicación de los artículos 164 y 186 del Código Orgánico General de Procesos lo cual condujo a la equivocada aplicación de las normas de derecho sustantivo contenidas en los artículos 55, 185, 188 del Código del Trabajo, acusa también una falta de aplicación del artículo 58 ibídem; señala que se ha producido una falta de aplicación del artículo 54 de la Ley de Comercio Electrónico; así como una falta de aplicación del Caso No. 456 -002-RA publicado en el R.0., No.3 de 20 enero del 2003 pg. 13; dictado por la Primera Sala del Tribunal Constitucional.
Bajo el *caso cuarto* del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos manifiesta expresamente que existe una falta de aplicación de los artículos 164 y 186 del Código Orgánico General de Procesos, lo cual condujo a la equivocada aplicación de los artículos 55, 185 y 188 del Código del Trabajo, pues considera que las invocadas nor-

mas, establecen que el juzgador tiene la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas que han servido para justificar su resolución; y, que para valorar la prueba testimonial el juzgador debe considerar el contexto de toda la declaración y su relación con las otras pruebas; no obstante el invocado principio no se aplica en todas las declaraciones rendidas por los testigos del actor, pues considera que el testigo Toral, declaró que era un comerciante independiente que labora desde las 07h00 a las 8h00 de la tarde y que no recordaba las fechas en que trabajaba los sábados; por otra parte, el testigo Aucay declaró que es chofer de la compañía Hispanamur de 08h00 a 12h00 y de 2 a 6 de la tarde y que pasaba por la empresa dos horas, sea en la mañana o en la tarde. Señala también que no se ha reconocido toda la declaración rendida por la testigo la señora Valeria Delgadillo, quien es la Jefe de Gestión Humana en Alimentos Yupi S.A. Manifiesta la parte recurrente que, en la sentencia se ha valorado el 'tramite de visto bueno', sin observar que violenta el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, toda vez que no fue conocido y resuelto dicho expediente administrativo por el competente Inspector de Trabajo que fue sorteado para el efecto, y que además no contiene el soporte informático que eventualmente lo hubiere validado. Finalmente acusa que no se ha considerado las certificaciones originales otorgadas por la Jefa de Gestión Humana de Alimentos Yupi S.A., señora Valeria Delgadillo, con las que se establece que no han trabajado, ni han ingresado a las instalaciones de la compañía que ha sido demandada. Argumenta que esta falta de aplicación de las normas procesales invocadas, condujeron a la equivocada aplicación de los artículos 55, 185 y 188 del Código del Trabajo.

Con relación al *caso quinto* del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la parte recurrente funda su pretensión señalando que en la sentencia existe una falta de aplicación del caso No. 456 -002 RA, publicado en el Ro. No.3 de 20 enero del 2003 pág. 13; dictado por la Cuarta Sala del Tribunal Constitucional, que señala: *"Un acto se torna en ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o no se han observado los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico, o cuando se lo ha infringido, o bien cuando se lo ha dictado sin fundamento o falta de motivación";* en este sentido considera que la competencia es el conjunto de atribuciones que la norma jurídica le otorga a una determinada autoridad, en razón del puesto o dignidad que desempeña, sin embargo en el trámite de visto bueno que obra en autos, se observa que las solemnidades de competencia se han incumplido, pues la autoridad administrativa que dictó la resolución, no es la misma autoridad que fue sorteada a la presentación del trámite de visto bueno, por lo que considera que se ha producido una flagrante infracción a la resolución expuesta y que es concordante con la trasgresión del artículo 163. 3 del Código Orgánico General de Procesos.

3.2. INTERVENCIÓN DE LA CONTRAPARTE: Comparece el abogado Fernando González Calle en compañía del señor Christian Velecela Brito, señalando en lo principal que: 1. Con relación a la alegación que efectúa la parte recurrente en atención a lo que dispone el artículo 54 de la Ley de Comercio Electrónico, señalando que no se ha presentado el soporte informático al que hace alusión la norma; se señala: Existe un error pues en el proceso no constan datos que se hayan incorporado al proceso y que deban ser justificados, pues el documento que refiere la parte casacionista se trata de una acta notarial, no se refiere a datos que se deba justificar como señala la norma: Adicionalmente, debe observarse que éste documento no fue considerado en la sentencia recurrida, por lo que no es procedente la acusación que hace la parte recurrente. 2.- Referente a la alegación de la competencia del Inspector del Trabajo para el conocimiento del trámite administrativo de visto bueno, se señala que a fojas 371 y 372 vta., consta el documento en el que el Ministerio de Trabajo explica el modo como se efectúa el sorteo de trámites y luego la asignación de la competencia para el inspector que debe conocer el trámite administrativo, por lo que sí se puede observar estos documentos se podrá evidenciar que no existe la falta de competencia que acusa, está claramente detallado en estos documentos, el proceso de asignación del inspector del trabajo para el conocimiento de los tramites. 3.- Acusa la falta de aplicación de los artículos 164 y 168 del Código Orgánico General de Procesos, argumentando que no se ha considerado las declaraciones de testimoniales; al respecto, debe considerarse que la prueba en la etapa de casación no puede volver a ser valorada, no puede revisarse las pruebas testimoniales que se efectuaron ante el juez de primer nivel en atención al principio de inmediación, pues el tribunal de casación no tiene

competencia para aquello, por lo que solicita se declare improcedente el cargo. 5.- Finalmente y con relación a la alegación del artículo 58 del Código del Trabajo que ha señalado la parte recurrente, al referirse al pago de horas suplementarias, al tratarse de una persona de su confianza, se advierte que la invocada norma excluye al empleador del pago de las horas suplementarias por las funciones de confianza que se efectúan, pero en el presente caso se ha ordenado el pago de horas extraordinarias, es decir la presente norma no aplica en el este caso, pues se trata de horas extraordinarias y no de suplementarias como alega la parte recurrente. Solicita que se niegue el recurso de casación.

CUARTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

4.1.- 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, debe 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. […]".* (La Casación Civil en el Ecuador", Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, págs. 42-43). Es decir, esta actividad jurisdiccional asumida por el más alto tribunal de la justicia ordinaria, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, tiene como finalidad garantizar la defensa del derecho objetivo y la seguridad jurídica, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

4.2.- CONCEPTUALIZACIÓN DE MOTIVACIÓN

Una vez que ha sido analizado el recurso de casación y la sentencia del tribunal de alzada, confrontado con el ordenamiento jurídico vigente, corresponde a este Tribunal limitar su examen a los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito 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 tra-

vés 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...". (Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 150).

4.3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS:

Los problemas jurídicos a dilucidar consisten en verificar si se han transgredido los artículos 55, 185, 188 del Código del Trabajo, al no haberse considerado íntegramente los medios prueba constantes en el proceso, específicamente las declaraciones testimoniales, certificaciones del Talento Humano y el trámite administrativo de visto bueno; así como, la trasgresión del artículo 54 de la Ley de Comercio Electrónico y la falta de aplicación de la Resolución emitida por el Tribunal Constitucional No.3 de 20 enero del 2003 pág. 13, en lo referente a la competencia de la autoridad que debía conocer el trámite de visto bueno.

4.4.- ANÁLISIS DE LA ACUSACIÓN PRESENTADA:

4.4.1.- El ***caso cuarto*** contemplado en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, procede: *"Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto."*, 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 que debe hacerse de acuerdo a derecho y no la que con criterio subjetivo hiciera el tribunal, apartándose de la sana crítica, exigiendo para su configuración, la concurrencia de los siguientes requisitos: **a.** Identificación del medio de prueba que a criterio del recurrente ha sido erróneamente valorado en la sentencia. **b.** Determinación de la norma procesal sobre valoración de la prueba que a su criterio ha sido infringida. **c.** Demostración, lógica jurídica del modo en que se produjo el quebranto; y, **d.** Identificación de la norma sustantiva que se ha aplicado equivocadamente o no se ha aplicado como resultado del yerro en el que se ha incurrido al realizar la valoración de la prueba. Por su parte el ***caso quinto*** del artículo 268 del Código Orgánico General de Proceso, procede cuando el juzgador de instancia incurre "en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto."

4.4.2.- En atención a las impugnaciones formuladas por la recurrente, se precisa: **1.-** Con relación a los cargos planteados por la parte casacionista, referente a la falta de aplicación del artículo artículo 54 literal a) de la Ley de Comercio Electrónico, con relación a la práctica de la prueba para mensajes de datos, señalando que se debe adjuntar el soporte informático respectivo, se considera que revisado el expediente y analizada la sentencia impugnada, se verifica que en el fallo en cuestión, la prueba que hace alusión la parte recurrente, no ha sido utilizada ni ha sido sustento para motivar la decisión de la sentencia recurrida, en tal sentido se desecha el cargo. **2.-** Sobre la competencia del Inspector del Trabajo para la tramitación del visto bueno planteado por la parte actora, considerando que esta impugnación es el punto el principal del recurso planteado, se advierte: Este tribunal de casación ha efectuado una revisión precisa de las fojas 371 y 372 vuelta, de las fojas 252 a 253; y de las fojas 254 a 257 vuelta, así como también se ha revisado el audio de la audiencia única, en virtud de que la sentencia ha sido ratificatoria en atención al principio de inescindibilidad observándose que a fojas 371 y 372 del expediente de primera instancia consta el documento "Absolución de consulta Visto Bueno 273015-2018SRE- Cristhian Geovanny Velecela Brito", observándose en

la consulta que el Director Regional de Trabajo y Servicio Público de Cuenca, señala que el sistema CINAPOI de manera automática vincula el trámite con el nombre de un inspector del trabajo, no debiendo considerarse esta asignación como un sorteo del trámite, debido a que el sistema no reconoce a todos los servidores públicos, así como tampoco identifica a los equipos de inspectores de trabajo, conformados para la atención de los procesos administrativos. Concordante con este documento, tenemos que a fojas 372 se encuentra un cuadro referente a la coordinación de inspectores de la Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público de Cuenca, en el que consta el nombre de Edgar Vinicio Salazar Campoverde como inspector dentro del caso 2730-15, con fecha 2 de agosto de 2018, en el que se observa *"Empleador: Alimentos Yupi; trabajador: Cristhian Geovani Velecela Brito; tramite Visto Bueno iniciado por el trabajador"*; además sumado a este documento, se observa los constantes a fojas 251 a 253 que se refieren al acta de investigación en la que se lee: *"(…)se constituye en la misma en las oficinas de Inspectoría del Trabajo de Azuay ante el abogado Edgar Vinicio Salazar Campoverde, inspector del Trabajo, en la que se cuenta con la comparecencia de CHRISTIAN GIOVANNY VELECELA BRITO, portador de la cédula de ciudadanía No. 0100235669-8 en calidad de parte actora que se presenta en la compañía de su Defensor Dr. Fernando González, portador de la matrícula profesional No. 2563 del Colegio de Abogados del Azuay, y por otra parte con la comparecencia del Dr. Gonzalo Ricardo Ortega Pacheco portador de la matricula profesional No. 09599-2009 del Foro de Abogados del Consejo de la Judicatura quien comparece en calidad de Procurador Judicial de Gloria del Carmen Dorado Montenegro, Representante Legal de la Compañía de ALIMENTOS YUPI S.A.(…)"*; en este mismo orden en el invocado documento, encontramos la carga de la prueba efectuada por la parte actora y por la parte demandada; así como también las firmas de todos los comparecientes a la referida audiencia, en la que se puede observar la firma del Inspector del Trabajo Edgar Vinicio Salazar Campoverde. Además de fojas 254 a 257 se encuentra la resolución dictada por el abogado Edgar Vinicio Salazar Campoverde; en este sentido y dentro de este expediente, no se encuentra impugnación referente a la competencia del inspector del trabajo que haya sido realizada por la empresa Yupi S.A.; en tal virtud este tribunal encuentra que las actuaciones realizadas en el trámite de visto bueno corresponden a un inspector de trabajo competentemente asignado, por lo que se desecha el cargo.

3.- Con relación a la impugnación realizada en atención a lo que dispone el artículo 58 del Código el Trabajo, norma que se refiere a las funciones de confianza, por cuanto se ha manifestado que el trabajador las cumplía y no correspondía el pago de horas extraordinarias; debe observarse que el texto de la disposición invocada señala: *"Funciones de confianza.- Para los efectos de la remuneración, no se considerará como trabajo suplementario el realizado en horas que excedan de la jornada ordinaria, cuando los empleados tuvieren funciones de confianza y dirección, esto es el trabajo de quienes, en cualquier forma, representen al empleador o hagan sus veces; el de los agentes viajeros, de seguros (…)"* ; evidenciándose de la disposición invocada, que existen dos vocablos importantes referentes a trabajo suplementario y jornada ordinaria, los cuales deben ser entendidos en atención lo que dispone el artículo 55 del Código el Trabajo, norma que se refiere a la remuneración por horas suplementarias y extraordinarias; así tenemos las horas suplementarias son las que se remiten taxativamente al artículo 58 ibídem, sin embargo la invocada norma no hace alusión a las horas extraordinarias que son el trabajo que se ejecuta en los días sábados y domingos; en este sentido el argumento que efectúa la parte recurrente no procede, por lo que se lo rechaza. **4.-** Finalmente y con relación a las alegaciones efectuadas en atención a lo que disponen los artículos 164 y 186 del Código Orgánico General de Procesos, normas que en su orden y contenido señalan: *"Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión";* y "*Para valorar la prueba testimonial, la o el juzgador considerará el contexto de toda la declaración y su relación con las otras pruebas"*; este tribunal, acorde con lo previsto en el artículo 270 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos *"Art. 270.- (…) No procede el recurso de casación, cuando de manera evidente, lo que se pretende es la revisión de la prueba";* señala que en casación no se puede revisar los hechos que se encuentran fijados en la sentencia, esta labor corresponde a los jueces de instancia, salvo que, como resultado de esa valoración, el juicio de hecho contravenga parámetros de racionalidad y objetividad, esto es que la conclusión sea absurda o arbitraria, y en la

especie durante la fundamentación de este cargo, no se observa que su análisis se haya referido a las precisiones señaladas que podría haber sido sustento para que este tribunal pueda entrar a conocer la infracción, por el contrario lo que se evidencia es la necesidad de revaloración de la prueba, pretendiendo que se analice los pronunciamientos efectuados por los jueces de instancia, intentando que se los contraponga y se los reanalice cuando esta acción está expresamente prohibida. En tal virtud se rechaza también el cargo.

4.4.3.- DECISIÓN: En virtud de lo expuesto, este tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** no casa la sentencia emitida el por el tribunal de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 26 de abril de 2019**.- NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE**.-

f) Dr. Alejandro Magno Arteaga García, JUEZ NACIONAL (PONENTE) (E); Dr. Fernández Álvarez Víctor Rafael, CONJUEZ NACIONAL; Dra. María Gabriela Mier Ortiz, CONJUEZA NACIONAL.

VIII

Juicio Nro. *09359-2018-02682*
Resolución Nro. *286B-2020*
Fecha: *26 de noviembre del 2020, las 14h35,*

TEMA: Aplicación del Mandato Constituyente No. 4 a trabajadores de empresas cuyo capital mayoritario pertenece al Estado.

ASUNTO

En el presente caso, la actora presenta su demanda alegando que al determinar el pago de sus haberes e indemnizaciones en el acta de finiquito no se consideró el tiempo real de servicio.

En este caso se debe determinar si es aplicable el límite establecido en el Mandato Constituyente No. 4 para el pago de la indemnización por despido intempestivo, considerando que la ex trabajadora prestó sus servicios para una empresa privada cuyo capital pertenece mayoritariamente al Estado.

RESUMEN PRIMERA INSTANCIA

La parte actora expresa que fue despedida intempestivamente de su trabajo, reconocido mediante acta de finiquito de fecha 17 de octubre del 2015, pero que no se consideró el tiempo real de servicio en la empresa. En sentencia se declara parcialmente con lugar la demanda, ordenando a la empresa demandada que pague una reliquidación de las indemnizaciones y prestaciones laborales de acuerdo el tiempo real de servicio.

RESUMEN SEGUNDA INSTANCIA

En segunda instancia se analiza el tiempo real de las labores de la trabajadora y que el mismo no fue reconocido en la liquidación del acta de finiquito, razón por la cual se resuelve confirmar la sentencia condenatoria por haberes e indemnizaciones laborales.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 09359-2018-02682
Juez Ponente: Dr. Julio Arrieta Escobar

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, jueves 26 de noviembre del 2020, las 14h35,
VISTOS: PRIMERO: ANTECEDENTES.- En el juicio laboral que sigue María Gabriela Pazmiño Pino en contra de la CADENA ECUATORIANA DE TELEVISIÓN C.A CANAL 10 CETV, en la persona de Martha Alexandra Moncayo Guerrero y Mario Andrés Paredes Balladares, por los derechos que representan de la compañía demandada en sus calidades de Presidente y Gerente respectivamente; los sujetos procesales interponen recursos de casación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas el 17 de junio de 2019, las 09h50 que resuelve: *"CONFIRMAR la sentencia condenatoria por haberes e indemnizaciones laborales…".*
El Conjuez de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, doctor Víctor Rafael Fernández Álvarez, mediante auto de 9 de junio de 2020, las 10h41, admite a trámite los recursos de casación, al considerar que reúnen los requisitos formales puntualizados en el artículo 267 del Código Orgánico General de Procesos, disponiendo la remisión del proceso, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 270 del mismo cuerpo legal. En la audiencia de fundamentación de los recursos de casación, la parte actora desiste de su recurso, motivo por el cual, este Tribunal de Casación entra a analizar únicamente el recurso de casación propuesto por la parte demandada. Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:
SEGUNDO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, integrado mediante el sorteo de ley por los doctores: Julio Arrieta Escobar (Ponente), de acuerdo al Oficio No. 2371-SG-CNJ-ROG, de 03 de diciembre de 2019; Himmler Roberto Guzmán Castañeda, en virtud del Oficio No. 2282 SG-CNJ-ROG, de 20 de noviembre de 2019 y Katerine Muñoz Subía, es competente para conocer y resolver el presentes 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, y 269 inciso primero del Código Orgánico General de Procesos.
TERCERO: VALIDEZ PROCESAL.- Toda vez que no se ha reclamado la nulidad procesal en el escrito de interposición del recurso de casación, ni se observa omisión de solemnidad sustancial alguna, ni violación de trámite, se declara la validez procesal.
CUARTO: CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS DEL RECURSO DE CASACIÓN.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), al referirse a las garantías judiciales, reconoce en el artículo 8 numeral 2 literal h) el *"derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".* De la misma forma, la Constitución de la República del Ecuador, dentro de las garantías básicas del derecho al debido proceso, en el artículo 76 numeral 7 literal m) incluye como garantía del derecho de las personas a la defensa, el *"recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que decida sobre sus derechos".*
El recurso de casación puntualmente hablando, tal como lo define el doctrinario Sampedro Corral, es un recurso de carácter extraordinario, no equivalente a una tercera instancia, de modo que el tribunal no puede libremente examinar y valorar todos los elementos de convicción aportados al proceso, sino que la admisibilidad del recurso viene condicionada a su fundamentación en los motivos tasados legalmente, con carácter cerrado. (Mariano Sampedro Corral. El Recurso de Casación Tradicional. Régimen Jurídico en: El Recurso de Casación Laboral. Casación ordinaria y casación para la unificación de la doctrina. Tirant lo Blanch. Valencia-España.2009, p. 20). Se trata así de una manifestación de la tutela judicial efectiva, en tanto que es un mecanismo que pretende otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales por los jueces (Luis Vinatea Recoba. Las Bases de la Reforma del Proceso en: VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 1996, p. 606). En cuanto a la materia laboral que nos ocupa, los objetivos del

recurso de casación laboral tienen una particularidad especial y es que están precedidas de un interés público, el cual siempre se reflejará en un interés privado posterior.

En esta misma línea, la Corte Constitucional, en Sentencia No. 117-16-SEP-CC, caso No. 1943-13-EP, de 13 de abril de 2016, determinó que el recurso de casación, por su papel extraordinario, tiene marcados condicionamientos y requisitos para su presentación, tramitación y resolución; el cual cuenta con una normativa especializada, previa y pública que determina con claridad las etapas y el procedimiento a seguirse. A su vez, en Sentencia No. 66-10-SEP-CC, caso No. 0944-09-EP, se ha pronunciado señalando 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 la Ley de Casación"* (ahora Código Orgánico General de Procesos).

QUINTO: FUNDAMENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN PROPUESTO POR LA PARTE DEMANDADA: La parte demandada presenta su recurso de casación al amparo del caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el que establece: *"Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…) 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto"*; y menciona como normas infringidas las siguientes: 76 numerales 1 y 7 literal h) de la Constitución; 82 y 258 del Código Orgánico General de Procesos; 1 del Mandato Constituyente No. 4 y 2 del Mandato Constituyente No. 2.

5.1.- En cuanto al caso **cinco**, la empresa demandada, en sus escritos de casación y complementación, señala que:

TC Televisión tiene como accionista mayoritario a una entidad perteneciente al Estado, esta es, la Empresa Pública Medios Públicos de Comunicación del Ecuador, Medios Públicos EP EMPCE, con un porcentaje accionario del 87,80%; por lo que, se encuentra enmarcado en el régimen de aplicación obligatoria de los Mandatos Constituyentes 2 y 4. De la sentencia en la cual se le condena a su representada al pago de haberes e indemnizaciones laborales, se omitió la aplicación del Mandato Constituyente No. 4, que emana una prohibición expresa de pagar indemnizaciones de carácter laboral que superen los 300 salarios básicos del trabajador en general del 2015.

SEXTO: RESPECTO AL CASO CINCO DEL ARTÍCULO 268 DE CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.- El **caso cinco** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, imputa el 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; el vicio de juzgamiento contemplado en este cargo se configura en tres casos 1. Cuando el juzgador deja de aplicar las normas sustantivas al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; 2. Cuando el juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, 3. Cuando el juzgador incurre en yerro de hermenéutica jurídica, al interpretar la norma atribuyéndole un sentido y alcance que en realidad no lo tiene. Santiago Andrade Ubidia, respecto a la causal primera (**hoy caso cinco** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos), indica que, al invocarlo *"el 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.

SÉPTIMO: ANÁLISIS DEL RECURSO DE CASACIÓN PROPUESTO:

7.1.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:

Verificar si el tribunal de alzada incurrió en falta de aplicación del Mandato Constituyente No. 4, al disponer el pago de un valor excesivo al señalado en dicho mandato, por indemnizaciones laborales; lo cual

condujo a la falta de aplicación de los artículos 76 numerales 1 y 7 literal h) y 82 de la Constitución de la República.

7.2.- EXAMEN DE LOS CARGOS:

Confrontada la sentencia, con el escrito de fundamentación del recurso de casación, lo manifestado por la parte demandada en la audiencia y las disposiciones legales pertinentes, se advierte:

Para poder establecer si el tribunal de alzada incurrió en falta de aplicación del Mandato Constituyente No. 4; al disponer el pago de un valor excesivo al monto señalado en dicho mandato, por indemnizaciones laborales; es necesario determinar la naturaleza jurídica de la empresa accionada.

De la contestación a la demanda y de la información pública obtenida de la página web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador, sobre el Registro de Sociedades, se infiere que TC TELEVISÓN, es una sociedad anónima, de derecho privado, cuyo capital se encuentra integrado en su mayoría por recursos públicos, siendo la accionista mayoritaria la Empresa Pública Medios Públicos de Comunicación del Ecuador, MEDIOS PÚBLICOS EP EMPCE.

Al ser la demandada una compañía de comercio, puntualmente una sociedad anónima, tenemos que remitirnos al texto que regula la actividad de dichas personas jurídicas, esto es, la Ley de Compañías, para clarificar el régimen jurídico aplicable al presente caso. El artículo innumerado que va a continuación del artículo 300 de la Ley ibídem, ordena: *"Exclusivamente para asuntos de carácter societario, las sociedades anónimas cuyo capital societario está integrado única o mayoritariamente con recursos provenientes de: 1. Entidades del sector público; 2. empresas públicas municipales o estatales o, 3. sociedades anónimas; cuyo accionista único es el Estado, estarán sujetas a las disposiciones contenidas en esta Sección. Para los demás efectos, dichas empresas se sujetarán a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas".* Es decir, se instaura un régimen propio y especial para los trabajadores de las personas jurídicas de derecho privado o sociedades mercantiles cuyo capital societario está integrado en su mayoría por recursos públicos; por lo que, tenemos que estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

El artículo 30 de la mentada Ley que, prevé las normas generales para la regulación de condiciones de trabajo, el numeral 4, trata el caso de los servidores y obreros que son separados por supresión de partida o despido intempestivo, así: "4. Para el caso de separación de los servidores y obreros de las empresas públicas, por supresión de partida o despido intempestivo, se aplicará lo determinado en el Mandato Constituyente No. 4".

El Mandato Constituye No. 4 en su artículo 1 prescribe: "El Estado garantiza la estabilidad de los trabajadores, la contratación colectiva y la organización sindical, en cumplimiento a los principios universales del derecho social que garantizan la igualdad de los ciudadanos frente al trabajo, evitando inequidades económicas y sociales. Las indemnizaciones por despido intempestivo, del personal que trabaja en las instituciones señaladas en el artículo 2 del Mandato Constituyente No. 2, aprobado por la Asamblea Constituyente el 24 de enero de 2008, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito o cualquier otra forma de acuerdo o bajo cualquier denominación, que estipule el pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de relaciones individuales de trabajo, bajo la figura de despido intempestivo, no podrán ser superiores a trescientos (300) salarios básicos unificados del trabajador privado. Ninguna autoridad, juez o tribunal podrá declarar como derecho adquirido, ni ordenar el pago, de una indemnización por terminación de relaciones laborales, bajo la figura del despido intempestivo por un monto superiores al establecido en el inciso anterior". En tal virtud, el monto indemnizatorio que le corresponde a la demandante por despido intempestivo no debe superar los trescientos salarios básicos unificados del trabajador privado vigente al año 2015, esto es: (USD $ 354) multiplicado por (300), nos da un total de (USD $ 106.200); y, por cuanto los jueces de instancia mandan a pagar un monto superior al establecido en el Mandato 4, ha lugar a la alegación propuesta por la parte demandada. En consecuencia, este Tribunal de Casación, pasa a realizar la siguiente liquidación:

Valor máximo previsto en el Mandato 4 (USD $106.200) menos el valor recibido por despido intempestivo y desahucio, según el acta de finiquito (USD $50.052), da un total de (USD $ 56.148), valor que se debe cancelar a la accionante por despido intempestivo y desahucio.

OCTAVO.- Es primordial destacar que la seguridad jurídica "se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes." (Art. 82 de la Constitución de la República), seguridad jurídica que "se entiende

como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela". "En base a lo expuesto, el derecho a la seguridad jurídica es una garantía de certeza de que los derechos serán respetados; o una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con procedimientos establecidos; es decir, el derecho constitucional a 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, sin quedar sujeto a arbitrariedad y a los cambios normativos, de ahí su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues cuando se respete lo establecido en la Constitución y la ley se podrá garantizar el acceso a una justicia efectiva imparcial y expedita". (Tomado de Corte Constitucional. Sentencia No. 127-12-SEP-CC. CASO No. 0555-10-EP). Principio que ha sido violentado por los jueces de instancia, al no haber aplicado lo prescrito en el Mandato Constituyente No 4.

NOVENO: DECISIÓN.- Por las consideraciones que anteceden y en virtud de lo señalado en los artículos 76 numeral 1 de la Constitución, que dispone que los juzgadores somos garantes de los derechos y de las normas; así como lo previsto en el 91 del Código Orgánico General de Procesos, en concordancia con el 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que ordena que los Jueces debemos aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, 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 esta sentencia CASA la dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas el 17 de junio de 2019, las 09h50 y ordena que la parte accionada pague a la actora, la suma de CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO DÓLARES (USD $ 56.148), por despido intempestivo y desahucio, además de los haberes que fueron liquidados por los jueces de instancia. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Julio Arrieta Escobar, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. Roberto Guzman Castañeda, JUEZ NACIONAL (E); Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL.

IX

Juicio Nro. *09359-2019-00222*
Resolución Nro. *0300-2020*
Fecha: *22 de diciembre del 2020, las 11h27*

TEMA: Despido intempestivo. Reversión de la carga de la prueba.

ASUNTO

El trabajador demanda el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo, hecho ocurrido porque la empleadora solicitó al inspector del trabajo el visto bueno por abandono y negligencia en el cumplimiento de sus labores, solicitudes que fueron desechadas por la autoridad administrativa.

El tema a resolver es si la parte demandada alega el abandono del lugar del trabajo por parte del trabajador, la carga de la prueba sobre ese hecho se revierte y le corresponde demostrarlo al empleador, y no al accionante.

RESUMEN PRIMERA INSTANCIA
El actor manifiesta que viene prestando sus servicios lícitos y personales para la demandada con el cargo de Jefe de Ventas/posventa desde el 01 de junio del 2018 hasta el 04 de octubre del 2018, fecha en que ha sido despedido intempestivamente. Su ex empleadora ha presentado acción de visto bueno ante el Inspector Provincial de Trabajo, quien resuelve negar el visto bueno, por no haberse probado lo que acusaba. En sentencia de primera instancia se acepta la demanda por considerar que se ha probado el hecho del despido intempestivo y se ordena el pago de las respectivas indemnizaciones.
RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA
En sentencia de segunda instancia se considera que el pago indemnizatorio del despido intempestivo contenido en el Art. 188 del Código del Trabajo no es procedente, al no haber quedado demostrado el hecho del despido intempestivo, razón por la cual se revoca la sentencia venida en grado y se declara sin lugar la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 09359-2019-00222
Juez Ponente: Dr. Roberto Guzmán Castañeda

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, martes 22 de diciembre del 2020, las 11h27,
VISTOS:
I. Antecedentes
1. En el juicio laboral seguido por Gerardo Miguel Cantos Abad en contra de Carmen Cristina Pacheco Pulla, en su calidad de propietaria del negocio denominado COVENSA; el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral la Corte Provincial de Justicia de Guayas, dictó sentencia de mayoría el 30 de septiembre de 2019; las 09h23, revocando la de primer nivel, que acepta el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en su lugar, declara sin lugar la demanda respecto a la indemnización por despido intempestivo reclamada por el accionante.
II. Actos de sustanciación del recurso de casación
2. Inconforme con la resolución de mayoría, la parte accionante presentó recurso de casación al amparo de los casos cuarto y quinto del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), siendo admitido a trámite únicamente por el caso quinto en auto de fecha 30 de enero de 2020; las 11h27, pronunciado por la Dra. Liz Barrera Espín, conjueza nacional (e). Posteriormente, la causa pasó mediante sorteo, a conocimiento de este tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, integrado por: Dr. H. Roberto Guzmán Castañeda, juez nacional ponente (e); Dra. Katerine Muñoz Subía, jueza nacional y Dra. Consuelo Heredia Yerovi, jueza nacional.
III. Cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada
3. El casacionista impugna la sentencia de apelación por el caso quinto del art. 268 del COGEP, citando como infringidos los siguientes precedentes jurisprudenciales: Resolución N° 243-2007, Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 216-S del 17 de junio de 2010, (Karina de Lourdes Carrasco Vélez vs. Morrion S.A.), (Despido intempestivo: Inexistencia del abandono del trabajo por falta de pruebas; obligación de la carga de la prueba.); Resolución N° 152-2016, Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 152-S de 17 de marzo de 2010, (Rosana Arboleda Navarrete vs. Francisco Hotel), (Inexistencia del abandono intempestivo del trabajo, pago de indemnizaciones por despido intempestivo); Resolución N° 48-09, Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 110 de 24 de enero de 2011, (Carlos Arnoldo Mansilla Andrade vs. José Godofredo Macías Mendieta), (Abandono de trabajo).
IV. Jurisdicción y Competencia:
4. Corresponde el conocimiento de esta causa al tribunal de casación en mención, mediante resolución N° 07-2019 emitida el 11 de diciembre de

2019 por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; y en este proceso en mérito al sorteo mencionado cuya razón obra del último cuaderno, realizado de conformidad a lo dispuesto en el penúltimo inciso del art. 183 del COFJ. Concomitante a lo expuesto, la competencia para conocer el recurso de casación planteado, se fundamenta en lo previsto en los arts. 184.1 de la CRE y 191.1 del COFJ.

V. Validez procesal

5. Se observa que en el presente proceso se ha cumplido de forma cabal con las solemnidades sustanciales, legales y constitucionales para que la causa sea considerada válida procesalmente.

VI. Audiencia y fundamentos del recurso de casación

6. Según las disposiciones contenidas en el art. 168.6 de la CRE, la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que este tribunal según las disposiciones del art. 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el 18 de diciembre de 2020; las 08h30; y, una vez finalizado el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 273.

7. En este acápite se recogerán los principales argumentos de la fundamentación del recurso de casación expuestos por la defensa de la parte actora, a saber:

8. Sustenta que el tribunal de apelación, de manera equivocada, hace alusión a un referente jurisprudencial, el cual a su criterio no corresponde aplicar en el caso concreto, puesto que la demanda respecto al despido intempestivo fue contestada por la accionada, con fundamento en un supuesto abandono de trabajo, situación que invierte la carga probatoria a favor del demandado. Es decir, la realidad procesal en el presente caso, debe ser observada a través de la contestación efectuada por la parte demandada que, al haber afirmado un abandono de trabajo, condiciona su obligación de probar esos hechos para desvirtuar la pretensión. En esta circunstancia, el casacionista alega que deben ser aplicados procedentes jurisprudenciales obligatorios, que son análogos al presente caso, en los cuales, tanto la ex Corte Suprema de Justicia, como la actual Corte Nacional, se pronunciaron que en caso de que la parte demandada se defienda con la existencia de un abandono de trabajo, esta será quien deba probar tales afirmaciones.

VII. Problema jurídico a dilucidar

9. Conforme la exposición de motivos del recurso de casación, este tribunal jurisdiccional, deberá resolver el siguiente asunto: (1) Determinar si se configuró o no la infracción a los precedentes jurisprudenciales obligatorios invocados por el accionante en su libelo de casación, que tratan sobre la inversión de la carga de la prueba ante la excepción de abandono del lugar de trabajo; y de ser afirmativa la respuesta a tal cuestión, ¿procede reconocer la indemnización por despido intempestivo al tenor del art. 188 del CT?

VIII. Resolución motivada de las impugnaciones presentadas

10. Para resolver el problema jurídico planteado, es necesario remitirnos previamente a lo expuesto por el tribunal de apelación en el fallo de mayoría, transcribiendo a continuación la parte principal:

6.1. SOBRE VALORACIÓN PROBATORIA DE LA SENTENCIA APELADA: El actor presentó como pruebas documentales, para asegurar sus aseveraciones el original de la notificación de Visto Bueno No. 275945-2018, diligencia de investigación dentro del trámite de Visto Bueno, copia notarizada de rol de pagos, copia materializada de avisos de entrada y salida del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. De éstas pruebas la parte demandada aceptó el acta de investigación del trámite de Visto Bueno, y la declaración de parte del actor. La jueza recurrida señala en la sentencia escrita, en el numeral Sexto: Evacuación y Producción de la Prueba que: "Se procede con la evacuación de la prueba solicitada, se escuchó la declaración de parte del actor, así como la respectiva producción de la prueba documental; respecto de la prueba documental es indispensable señalar que el defensor técnico del actor no produjo la prueba al tenor de lo señalado en el art. 196, numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, no así el defensor técnico de la demandada quien efectivamente ha producido la prueba conforme lo señala la disposición antes mencionada…" La pretensión del actor es que se reconozca el despido intempestivo, que dice, sucedió el día 04 de octubre del 2018, (punto 5 de la demanda: Narración de los hechos). En dicha demanda señala la existencia del trámite de Visto Bueno No. 275945-2018, manifestando que le fue negada al empleador porque no puedo probar el abandono del puesto de trabajo. Sobre esta resolución administrativa de Visto Bueno, y al ser practicada como prueba en primer ni-

vel, queda claro que en efecto, el Inspector de Trabajo que conoció de la misma resolvió negarla al empleador, por ende, la consecuencia de la misma es la no autorización de la conclusión del vínculo laboral, así lo señala la referida resolución del 2 de enero de 2019, a las 09h37. Es importante señalar también, que existe otra resolución de Visto Bueno con No. 278165-2019, que fue negado por el Inspector de Trabajo Ab. Oswaldo Paredes Zorrilla, misma que ha sido impugnada en la contestación a la demanda presentada por los demandados, sobre la que el mismo actor se ha pronunciado en la declaración de parte ante la Jueza de primera instancia, reconociéndola y manifestando que fue negada porque fue despedido. En la declaración de parte que rinde el actor ante la jueza recurrida sobre las resoluciones de Visto Bueno, manifiesta que: "Sí, fue negado porque fui despedido". Es decir, que el actor, conociendo de dicha resolución que negó el Visto Bueno presentado por el empleador, asevera en la declaración de parte que "fue despedido". No obra de las pruebas actuadas en instancia inferior, prueba alguna, sea documental o testimonial que acredite el hecho, que en efecto, el despido intempestivo manifestado por el actor sucedió. La Jueza A quo, interpreta en la sentencia escrita, que la demandada al no impugnar la resolución de Visto Bueno No. 275945-2018, comete un error porque reconviene al actor con la impugnación de esta Resolución Administrativa. Siendo ésta la fundamentación jurídica en la sentencia, para considerar que el despido intempestivo sucedió y ordenando, consecuentemente, el pago de esta indemnización en la sentencia de primer nivel. 6.2. Sobre la SANA CRÍTICA: Este sistema de la sana crítica también denominado de la "persuasión racional" o de la "libre convicción" es al mismo tiempo obligación y facultad, porque como queda expresado, debe sujetarse a las ritualidades que la ley dispone para cada una de ellas, y es facultad porque permite al juez apreciarlas y expresar su criterio en base de su convicción, manifestando las razones en que funda su fallo. Enrique Paillas en su libro "Estudios de Derecho Probatorio", página 23 dice sobre Sana Crítica: "Pero lo importante no es su nombre, sino su rasgo característico que permite diferenciarlo de aquel sistema extremo en que el juez valora libremente la prueba sin dar razón de su pensamiento; en este sistema de la persuasión racional el juez debe justamente dar los motivos por los que adquiere su convicción, lo que es una importante garantía para asegurar que resolverá la litis según "allegata et probata",pues al tener que ponderar la prueba y dar las razones de su convencimiento, necesariamente tiene que apreciar en mejor forma los datos probatorios". El Código Orgánico General de Procesos, establece en el art. 164 VALORACIÓN DE LA PRUEBA, que: "…La prueba debe ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos…", sin duda, esta obligatoriedad que incluye las reglas de la sana crítica es la que permite la formación de la convicción (en el juzgador) de hechos probados, a fin de determinar con certeza el razonamiento y la conclusión final en la sentencia. Este Tribunal de Alzada, en la observancia procesal, tanto de práctica de pruebas en la instancia inferior, así como, de la presentación de la demanda y la contestación a ésta, concluye que no existe una valoración íntegra de las pruebas actuadas, sobretodo, de la confesión de parte rendida por el actor, quien en varias respuestas, a las preguntas de la jueza de instancia inferior, reafirma que fue despedido por el demandado. Sin embargo, en la sentencia escrita, no consta ningún enunciado sobre el valor probatorio que debió, obligatoriamente, la jueza recurrida, haber realizado porque así lo señala el art. 164 del Código Orgánico General de Procesos, cuando se refiere a la valoración de la prueba. No cabe entonces, que se valore una prueba, y otra prueba actuada en legal y debida forma se la excluya, no dándole el valor que la ley obliga al juez a realizar. La apelación de la demandada se fundamenta, justamente, en este punto, toda vez, que en efecto, la declaración de parte del actor GERARDO MIGUEL CANTOS ABAD, reitera que ha sido despedido por la demandada, aunque la Resoluciones de Visto Bueno (Nos. 278165-2018 y 275945-2019) negaron la terminación del vínculo laboral, estos dos hechos lo manifiesta en la declaración de parte. 6.3. PRINCIPIO PROCESAL APLICABLE AL CASO EXAMINE: Siendo entonces, que la aplicación del derecho obliga a los juzgadores de este Tribunal de Alzada a cumplir con el Principio de la Verdad Procesal, contenida en el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial que dice: "Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes…; por tanto, al disponer el art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República la aplicación del PRINCIPIO DISPOSITIVO, en los procesos judiciales, inexorablemente obliga a los sujetos procesales a obser-

var y acatar las reglas de juego, que no son más que los presupuestos requeridos para acceder a una instancia jurisdiccional como ésta; existiendo sumisión de la doctrina procesal denominada también conexión necesaria del derecho o PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Complementando las consideraciones expuestas, resulta oportuno reiterar el criterio jurisprudencial respecto al derecho a la seguridad jurídica, que señala: El juez tiene el deber ineludible de respetar y hacer respetar el ordenamiento legal diseñado para cada procedimiento a fin de tutelar los derechos garantizados en la Constitución. En otras palabras, es el guardián de las normas, pues a él se le confía la función de proteger y hacer respetar los derechos dentro de los lineamientos predeterminados. La sumisión al mandato de las Leyes hace que las decisiones se logren en estricto derecho, prescindiendo de cualquier intromisión personal o subjetiva que pudiera ser indicativo de una perniciosa influencia en las decisiones. La plena objetividad en el tratamiento de los problemas y la decisión, vincula al juez al derecho vigente y en tal sentido, demuestra que todo fallo responde a lo que el derecho ordena, y no en cambio, a valoraciones personales. Así, le permite demostrar que ha arribado a la decisión a través de pasos sucesivos y concatenados y que la misma responde a premisas establecidas con anterioridad, las cuales no son elaboradas por ellos mismos, sino articuladas a partir de los mensajes claros y las formulaciones normativas realizadas por el legislador Dilucidado el derecho reclamado por el actor, la contestación a la demanda, las pruebas actuadas en juicio, es indudable que ante la existencia de una Resolución de Trámite de Visto Bueno, como los constantes en este expediente, en los que se resolvió negarle al empleador/demandado la terminación del vínculo laboral, era obligación del trabajador/actor retornar a su lugar de trabajo, hecho que no sucedió. Siendo entonces, que el punto de controversia de la demanda, es el pago indemnizatorio del despido intempestivo contenido en el art. 188 del Código del Trabajo y al no haber quedado demostrado que el despido intempestivo sucedió se torna improcedente dicho pago, además, se debe siempre considerar que la legislación y la jurisprudencia son reiterativas en conceptuar al despido intempestivo como: "… un hecho de carácter objetivo que debe ser plenamente demostrado por quien lo alega y asume la carga de la prueba del mismo, hasta tal punto que, cuando para probarlo se recurre a los testimonios, éstos tienen que ser directos y tan suficientemente explicativos y claros como para que no dejen duda de que tal evento, en efecto ocurrió" (Fallo dictado por la Segunda Sala de lo Laboral y Social [R. O. Suplemento 78: 01 de Diciembre de 2009], dentro de la causa seguida por Gilberto Cortez Barzola en contra de la empresa SERAMIN y publicado en la obra Jurisprudencia Especializada Laboral de la Corporación de Estudios y Publicaciones: Diciembre de 2009, t. V, Quito, págs. 57-58). […]

IX. En relación al caso quinto del art. 268 COGEP

11. El caso quinto se configura por la violación directa de normas sustantivas siempre que exista falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de las mismas o de precedentes jurisprudenciales; previo a lo cual, quien recurre, se entiende está conforme con los hechos probados; es decir, por medio de esta causal no es procedente atacar elementos fácticos. Es así que se contemplan tres motivos: i) La falta de aplicación, como un vicio por omisión relacionado a la existencia de la norma, que ocurre cuando se excluye la aplicación de una disposición legal respecto de los hechos determinados en el fallo. ii) Indebida aplicación, como un error de subsunción, considerando que la interpretación de la norma es la correcta, pero se la aplica a hechos que no se adaptan a su hipótesis. iii) La errónea interpretación como una transgresión de hermenéutica jurídica, pues, aunque los hechos se adaptan a la hipótesis contemplada por la norma, el yerro se configura cuando el sentenciador le otorga un alcance o significado distinto al de su verdadero sentido. Sin embargo, ello no es suficiente para que la sentencia sea objeto de censura en casación, siendo indispensable que los vicios antes mencionados sean determinantes en la parte dispositiva del fallo; en otras palabras, si dichos yerros no se presentasen, la decisión hubiese sido diferente a la del fallo pronunciado.

12. Los precedentes jurisprudenciales que el accionante acusa como infringidos, en resumen, señalan lo siguiente:

Como bien lo anota la casacionista, la jurisprudencia de esta Sala, así como la doctrina reconocen la inversión de la carga de la prueba, pero han advertido también que no solamente puede demostrarse el hecho del abandono con el trámite de visto bueno seguido por el empleador contra el trabajador, sino que debe analizarse cada caso en concreto a fin de dilucidar si efectivamente éste se produjo o no, observándose para ello lo prescrito en los Arts.

113, 114 y 115 del Código del Procedimiento Civil. […]
[…] en este caso conforme a la doctrina y amplia jurisprudencia se produce la inversión de la carga de la prueba, y el omus probando le corresponde a la demandada para demostrar el abandono, lo cual no ha hecho, consecuentemente esta falta por sí sola constituye prueba del despido intempestivo, más aun si en el caso no se ha comprobado la existencia de visto bueno o de desahucio solicitado por la demandada, que son formas mediante las que pueden darse por terminada una relación laboral. […]
Establecido lo anterior, se advierte que en la sentencia no se ha considerado el hecho de que el empleador alegó el abandono del trabajo por parte del trabajador y que esta alegación no fue comprobada en forma alguna, con lo cual quedaba comprobado el hecho del despido intempestivo; además no ha comprobado haber solicitado y obtenido visto bueno para dar por terminada la relación laboral. […]
13. Vale agregar que al respecto este tribunal de casación, al analizar el referido tema, ha manifestado lo siguiente:
[…] en concordancia con la reiterada jurisprudencia sobre este tema, los empleadores que se excepcionen alegando abandono del trabador del puesto de trabajo, la carga de la prueba en este caso se invierte en contra del empleador, correspondiéndole entonces demostrar al empleador y no al trabajador, que la relación laboral terminó con visto bueno por esta causa (art. 172.1 CT). Así las cosas, existiendo una línea jurisprudencial clara y expresa reiterada por esta Sala, el tribunal de instancia hizo bien al razonar en el sentido que, al no haberse justificado que la relación laboral termino con visto bueno por abandono de trabajo, este hecho sin necesidad de otra prueba, es suficiente para tener por cierto la existencia del despido intempestivo, por lo que procede el pago de la indemnización y bonificación previstas en los arts. 188 y 185 CT; pues de acuerdo con este criterio reiteramos, cuando el empleador alega abandono del trabajo, al revertir la carga de la prueba, es el empleador y no el trabajador quien tiene la obligación legal de probar que la relación laboral termino con visto bueno por abandono de trabajo, caso contrario se configura el despido intempestivo con las consecuencias que de ello derivan. […]
14. En el presente caso, el tribunal *ad quem* determina que el actor es el que se encontraba en la obligación de demostrar la ocurrencia del despido intempestivo; es así, que al valorar la prueba concluye que tal hecho no ha sido demostrado dentro del proceso y que existió el abandono laboral por la falta de reintegro del trabajador después de los trámites de visto bueno incoados en su contra, que tuvieron como resultado la negativa en las dos ocasiones, es decir, la relación laboral entre las partes debía continuar con normalidad, por lo que, con este motivo rechaza esta pretensión de indemnización.
15. Ahora bien, con el fin de verificar si se ha configurado o no la infracción a los precedentes jurisprudenciales invocados por el demandante, corresponde remitirse a la contestación a la demanda que en su parte pertinente, expresamente se dice.
El actor ingreso a laborar el 1 de junio de 2018 hasta el 8 de octubre de 2018, descansando el 9 de octubre de 2018 día feriado y desde el 10 de octubre de 2018 abandona su trabajo, razón por la cual se instauro un proceso de Visto Bueno por abandono de trabajo y falta de probidad, proceso administrativo signado con el No. 275945-18 que avocó conocimiento el Dr. Walter Vela, Inspector de Trabajo del Guayas, proceso en el cual a pesar de haber probado las causales invocadas, el Miércoles 2 de enero de 2019 dicta una resolución negando la solicitud de Visto Bueno, resolución administrativa cuya consecuencia legal es la continuidad del vínculo laboral, de lo cual el trabajador tenía la obligación laboral de reintegrarse a su trabajo desde el día Jueves 3 de enero de 2019, obligación que JAMÁS, lo cumplió, reiterando en el abandono a su trabajo desde el día 9 de enero de 2019, adecuando su conducta a la causal 1 del Art. 172 del Código del Trabajo, razón por la cual se presentó otra solicitud de Visto Bueno en contra del trabajador Gerardo Cantos, signado con el No. 278165-2019 por abandono de trabajo, avocando conocimiento el Dr. Oswaldo Paredes Zorrilla, Inspector de Trabajo del Guayas, proceso que de igual manera a pesar de probar el abandono del trabajador resuelve negar la petición de Visto Bueno, resolución y trámite de Visto Bueno No. 278165-2019 que en el ACTO IMPUGNO conforme el Art. 589 del Código de Trabajo […]
16. De lo transcrito, es evidente que la parte demandada se defendió con el abandono del puesto de trabajo por parte del trabajador; siendo esto así, este caso se subsume en el punto de derecho previsto en el precedente jurisprudencial acusado como infringido. En efecto, tal como lo advierte

el recurrente en su libelo de casación, si la parte demandada alegó el abandono del lugar del trabajo por parte del trabajador, la carga de la prueba sobre ese hecho le correspondía al empleador, y no al accionante, como equivocadamente lo determina el tribunal ad quem. En definitiva, revisada la sentencia de mayoría se observa que en efecto existe falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante, que trata sobre la inversión de la carga de la prueba en contra del empleador en el evento de que éste se hubiere excepcionado con el abandono del puesto de trabajo del trabajador.

17. Una vez determinado que la parte demandada, alegó el abandono del puesto de trabajo por parte del trabajador -lo cual es un hecho aceptado y no controvertido por los sujetos procesales-, la carga de la prueba se revierte al empleador, correspondiéndole la demostración de tal evento conforme el precedente obligatorio referido-. Así, remitiéndonos a los hechos sustentados en los elementos probatorios expuestos en el fallo de mayoría, se evidencia que el trámite y resolución del Visto Bueno signado con el número ***275945-2018*** presentado por la parte demandada con fecha 05 de noviembre de 2018, que de manera reiterativa hace alusión la sentencia impugnada, resolvió que fue consecuencia de la denuncia presentada por el actor, signada con el N° 0045902GYE2018 de fecha 09 de octubre de 2018 por despido intempestivo en contra de la demandada ante la Inspectoría del Trabajo, por lo cual, la autoridad administrativa negó el visto bueno presentado por la parte demandada. Este hecho resulta de trascendental importancia para el presente caso, por cuanto: "Una vez presentado el reclamo por parte del trabajador alegando ser sujeto de despido intempestivo y aceptado éste; el empleador no puede solicitar visto bueno en su contra"

18. De lo expuesto, este tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral debe señalar, que es evidente que el empleador intentó dos trámites de visto bueno en contra del trabajador, con fechas posteriores a la denuncia presentada por éste a causa de un despido intempestivo, es por esta razón que como se dice con antelación, la autoridad administrativa niega en dos ocasiones la solicitud de la parte empleadora, por cuanto no existen elementos probatorios dirigidos a demostrar el abandono alegado previsto en el art. 172 numeral 1 del CT-, y por el contrario, la negativa tiene sustento en el reclamo presentado por parte del trabajador en el cual alega haber sido sujeto de despido intempestivo; consecuentemente, el empleador mal hizo en interponer ante la autoridad laboral un visto bueno en contra del actor, queriendo de esta forma desviar así la denuncia presentada en su contra con anticipación. En consecuencia, siguiendo el contenido de los fallos de triple reiteración antes detallados, corresponde aceptar la demanda propuesta por el actor y tener por cierto la existencia del despido intempestivo, siendo procedente el pago de la indemnización prevista en el arts. 188 ibídem favor del accionante y consecuentemente aceptar el cargo casacional.

XI. LIQUIDACIÓN.

19. Si nos remitimos al contexto de la sentencia impugnada, se entiende que el tribunal *ad quem* -en cuanto a la fecha al período de la relación laboral- aceptó la relación de los hechos propuesta por la demandante, esto es, que el vínculo obrero patronal inició el 01 de junio de 2018, y por otra parte, culminó el 04 de octubre de 2018; y como última remuneración se considera el valor de US. $ 1.836,00, conforme lo aceptado por las partes en litigio.

Despido intempestivo: US. $ 1.836,00 (último sueldo) x 3 (aplicación del primer inciso del art. 188 CT)= **$ 5.508,00.**

IX. DECISIÓN EN SENTENCIA

21. Por las consideraciones expuestas a lo largo del presente fallo, que difieren de los argumentos fijados en la sentencia de apelación, este Tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, resuelve **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA",** CASAR la sentencia de mayoría recurrida en los términos planteados en esta resolución, que fuera dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 30 de septiembre de 2019; las 09h23, y corrigiendo el error, se ordena que, Carmen Cristina Pacheco Pulla, en su calidad de propietaria del negocio denominado COVENSA pague a Gerardo Miguel Cantos el valor de US. $ **5.508,00 dólares americanos**, en concepto de despido intempestivo. Sin costas, honorarios ni multa que regular. Con el ejecutorial devuélvase los expedientes al tribunal de origen. **Notifíquese.- f) Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL (PONENTE) (E); Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL; Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL.**

Gaceta Judicial

año 2020

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

I

Juicio Nro. *01658-2017-00242*
Resolución Nro. *12-2020-J*
Fecha: *30 de enero del 2020, las 11h50*

TEMA: Concurrencia de requisitos formales establecidos en el Código Civil para la carga probatoria del demandante y demandado, dentro de los procesos de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y acción de reivindicación.

ASUNTO

El accionante; mediante demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, busca adquirir la titularidad de un bien inmueble, con sustento en la posesión ejercida, a lo cual se oponen los demandados, por medio de la reconvención, argumentando la posesión de mala fe que efectuó el actor mientras se encontraba como tenedor del inmueble.

En la causa se discute si es procedente la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio cuando no se puede demostrar mediante pruebas los hechos que se aseveran, mismos que se constituyen en elementos esenciales para la verificación de la posesión material con ánimo de señor y dueño y más requisitos establecidos en la norma civil.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador explica que para consecución de la acción de prescripción adquisitiva de dominio establecida en el artículo 2392; 2398 del Código Civil, es necesaria la concurrencia de los requisitos formales que la norma civil determina, ya que la naturaleza de esta acción es adquirir la propiedad de bienes de los que se está en posesión, lo que se verifica por medio de los siguientes requisitos: a) el bien tiene que tener la condición de prescriptibilidad, b) la posesión de la cosa por parte de quien la pretende y c) la constatación de que la posesión haya cumplido con el tiempo determinado por la ley: quince años. Además de ser dicha posesión pública, tranquila, ininterrumpida, exclusiva y mantenerse en el inmueble al momento de alegar dicha acción.

El juez determinó que el accionante carecía de dichos requisitos, debido a la falta de demostración por medio de la evacuación de las pruebas, ya que en ningún documento constaba la individualización del bien en litigio, así como que existió escasez probatoria para demostrar el tiempo exigido por la ley para la viabilidad de dicha acción y que el actor no ostentaba la calidad de poseedor con ánimo de señor y dueño, si no como un mero tenedor.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal desestima los recursos de apelación interpuestos y confirma la sentencia recurrida por el juez a quo, debido a la insuficiencia de carga probatoria que corrobore los requisitos que exige la prescripción adquisitiva de dominio, así como de una indebida fundamentación. Respecto a la reconvención ejercida por los demandados, el tribunal determinó que no se justificó, debido a que carece del requisito indispensable para su validez, que es la individualización o singularización del bien inmueble en litigio.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 01658-2017-00242
Juez Ponente: Dr. Carlos Vinicio Pazos Medina

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.
Quito, jueves 30 de enero del 2020, las 11h50,
VISTOS.- En el juicio ordinario que por prescripción adquisitiva de dominio sigue el señor Willian Ney Illescas Rodríguez en contra de Sergio Illescas Rodríguez, María Duchitanga Quito, Mayra Illescas Valdiviezo y Edwin Vigay Heras; viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, el recurso extraordinario de casación formulado por la parte demandada -reconviniente- contra la sentencia expedida en voto de mayoría de 17 de abril de 2019, las 15h12, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.
PRIMERO.- COMPETENCIA.-
La Corte Nacional de Justicia, ejerce jurisdicción nacional, en el marco de la justicia ordinaria, en todo el territorio del Ecuador, conforme lo establece el Art. 172 del Código Orgánico de la Función Judicial, y en función del mandato consagrado en el Art. 184.1 de la Constitución de la Republica. En virtud de que los suscribientes hemos sido designados Conjueces Temporales de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución número 197-2019 del Pleno del Consejo de la Judicatura y, de conformidad con la resolución Nº 07-2019, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que de acuerdo con el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, dispone la integración de las salas; nos ha correspondido asumir la calidad de Jueces Nacionales de la Sala de lo Civil y Mercantil, a los señores doctores María de los Ángeles Montalvo Escobar, Pablo Fernando Valverde Orellana y Carlos Vinicio Pazos Medina; según oficios Nº. 2368-SG-CNJ-ROG, 2369-SG-CNJ-ROG y 2370 SG-CNJ-ROG, respectivamente, emitidos por la señora Presidenta de la Corte Nacional de Justicia. Asumimos competencia de la causa según lo dispuesto en el artículo 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, que faculta al Tribunal, para conocer de "Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil, que no conozcan otras Salas, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión", en concordancia con el Art. 269 del Código Orgánico General de Procesos.
SEGUNDO.- ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.-
2.1.- Antecedentes. - Consta a fojas 39-41 del cuaderno de primer nivel, la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, presentada por el señor Willian Ney Illescas Rodríguez en contra de María Duchitanga Quito, Mayra Illescas Valdiviezo y Edwin Vigay Heras, mediante la cual pretende prescribir un inmueble de 350.43 m2, que constituye una fracción de terreno ubicado dentro de un inmueble urbano de mayor extensión, situado en el sector El Manantial, calle Rubén Guerrero, cantón Camilo Ponce Enríquez, de la provincia del Azuay, predio que según certificado del Registro de la Propiedad pertenece a las señoras María Ángela Duchitanga Quito y Mayra Silvana Illescas Valdiviezo. Los accionados contestan la demanda manifestando que se oponen a que se declare a favor del actor la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio del inmueble detallado en la demanda, que es de su propiedad y sobre el cual, dicen, el accionante no ha ostentado la calidad de poseedor con ánimo de señor o dueño, sino de mero tenedor. A su vez reconvienen al actor, con fundamento en los artículos 933, 936, 937, 939, 941, 948, 949, 950, 951 del Código Civil, la reivindicación del lote de terreno descrito en la reconvención a fin de que en sentencia se ordene su restitución por ser sus dueñas, así como también se condene al demandado, por ser poseedor de mala fe, a responder por los deterioros que por sus hechos o culpa sufra el inmueble materia de la reivindicación. Con fecha 19 de septiembre de 2018, las 17h30, el señor Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Ponce Enríquez, declara sin lugar la demanda y la reconvención; inconformes con dicha resolución actor y demandados presentan recurso de apelación; que fue resuelto en sentencia de mayoría el 17 de abril del 2019, las 15h12, desestimando los recursos de apelación interpuestos, confirmando por tanto el fallo de primera instancia que declaró sin lugar la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, al considerar que el actor no ha mantenido la posesión con ánimo de señor y dueño. En cuanto

a la reconvención, se señala que la contrademanda no se ha justificado el requisito inherente a la singularización del bien que se pretende reivindicar. En ejercicio del derecho consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución y conforme el Código Orgánico General de Procesos, la parte demandada reconviniente, interpone recurso de casación impugnando la sentencia del ad quem. **2.2.- Fundamentos del recurso.-** La señora Conjueza Nacional competente admitió a trámite el recurso de casación, por el caso cuatro del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, cuyo cargo se fundamenta en la presunta infracción de los artículos 19 inciso primero del Código Orgánico de la Función Judicial; 164, 161, 172, 227, 223 inciso primero y 228 del Código Orgánico General de Procesos; 933, 934 inciso primero, 937 y 939 del Código Civil. En ese contexto se convocó y llevó a cabo la audiencia de sustentación del recurso de casación el 13 de enero de 2020, a las 15h00; la defensa técnica de los recurrentes, en lo principal señaló: **2.2.1**. Que el Tribunal de alzada, ha desconocido el principio de comunidad de la prueba, por el cual los instrumentos probatorios no pertenecen a quien los propone, sino que, una vez incorporados al proceso, deben tenerse en cuenta, independientemente de si su contenido favorece o no a quien la ha propuesto. Y que, en el caso se ha valorado la prueba pericial, testimonial y la inspección judicial sin aplicar las reglas de valoración probatoria que las rigen, esto son los artículos 223, 227 y 228 del Código Orgánico General de Procesos; considera que los medios probatorios descritos se encuentran suficientemente acreditados al haberse incorporado al proceso y practicado en la audiencia de juicio, conduciendo unívocamente a acreditar que el inmueble objeto de reivindicación se encuentra individualizado, quedando fijada la singularización del inmueble objeto de la demanda y de la reconvención desde el inicio de la litis, informa que las partes así lo han acordado en la audiencia preliminar. Denuncia que se han dejado de aplicar los artículos 933, 934 inciso primero, 937 y 939 del Código Civil, normas que regulan la procedencia la acción reivindicatoria, por lo cual solicita se case la sentencia. **2.2.2.-** La contraparte al momento de replicar, concentró su alegación, en que el Tribunal de casación esta prohibido de valorar la prueba, por ser atribución exclusiva de los jueces de instancia, por lo que no cabe la pretensión de los recurrentes, que desde su punto de vista intentan singularizar en casación el inmueble a reivindicar. Bajo estos presupuestos, pide que se niegue el recurso planteado. 2.2.3.-Este Tribunal de la Corte Nacional de Justica, una vez examinados los fundamentos del recurso, reinstaló la audiencia el 24 de enero de 2020, a las 10h00 y dictó la resolución oral; correspondiendo por tanto, dictar por escrito la resolución motivada en los siguientes términos:

TERCERO.- SOBRE LA CASACIÓN Y SUS FINES

El recurso de casación ha sido creado dentro de un esquema de alta técnica jurídica, siendo un recurso formalista, extraordinario, de admisibilidad restringida que obedece delimitados parámetros legales para su proceder, cuyos fines son el control de legalidad (fin nomofiláctico), obtención de justicia mediante la subsunción de los errores cometidos en los fallos de instancia (fin dikelógico) y la obtención de la unificación jurisprudencial (fin uniformador). La doctrina específica que*"(…) La casación no implica un nuevo examen del litigio sino que sólo corrige la contrariedad de lo resuelto con la voluntad de la ley: no juzga de nuevo el pleito, sino que juzga la sentencia.(…) Propiamente hablando, no hay más que una forma de recurso de casación, por contravención a la ley, porque, sea que los jueces hayan desconocido las reglas de su competencia o ido más allá de los límites de su autoridad, sea que hayan descuidado de observar las formas judiciales, o que hayan dado una sentencia contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, sea que estatuyendo sobre el fondo se hayan hecho una falsa aplicación de la misma, hay siempre, en esos casos, contravención a las leyes de procedimiento o a las leyes civiles."*[1] Así,

[1] PAillas Enrique, El Recurso de Casación en Materia Civil-Derecho Chileno y Comparado, Chile: Editorial Jurídica de, pág.55-56.1

la labor del Tribunal de casación se halla limitada a cuestiones de puro derecho, dirigidas a enmendar los yerros de que se acusan al fallo, para lo cual se debe precisar, dónde se produjo la violación a la Ley. Tanto la ley de Casación (vigente al caso de estudio) como el actual Código Orgánico General de Procesos contienen en sus disposiciones los requisitos de admisibilidad y procedencia, estableciendo cuatro fases en las que se desarrolla, ante los órganos jurisdiccionales: calificación, admisibilidad, sustanciación y resolución. La Corte Constitucional en sus distintas resoluciones ha señalado: *"(…) el recurso de casación se encuentra constituido por fases previamente definidas dentro de las cuales, la actividad jurisdiccional es diferente, por lo que superada una fase, a efectos de garantizar el ejercicio de los derechos de las partes, no puede volverse a ella en una fase posterior, en tanto, aquello, atentaría contra la previsibilidad de la aplicación normativa en los diferentes momentos que componen un proceso."*[2]

CUARTO.- PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los cargos impetrados en el recurso de casación en examen, la tesis jurídica materia de resolución se refiere a denunciada trasgresión en el fallo impugnado, de los principios de unidad y comunidad de la prueba, por lo cual este Tribunal analiza si ¿Sirve la prueba presentada por el actor a la parte demandada reconviniente?.

QUINTO.- ELEMENTOS NORMATIVOS DE LA RESOLUCIÓN.–

5.1.- El análisis jurídico del recurso de casación procede en aplicación del principio dispositivo contemplado en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República en concordancia con el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, reconocido y consagrado además en instrumentos internacionales, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, correlativo a la prohibición constitucional de indefensión, que propicia el derecho de acción y contradicción. Procede así mismo en función del mandato del artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República; y con estricta sujeción a la facultad de control de legalidad, previsto por el Art. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, que permite la corrección de errores, en que pueden incurrir los Jueces, usando de los mecanismos incorporados en nuestro sistema legal, modificando o invalidando un acto que se considere contrario a sus intereses, como medio de hacer efectivas las garantías fundamentales, con vista en el orden que legitime la prestación de la administración de justicia, frente al "poder" de acción y contradicción, como derecho ciudadano.

5.2.- El Art. 164 del Código Orgánico General de Procesos recoge el principio de comunidad de la prueba, según el cual: *"Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión".* En concordancia con el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala: *"Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo. Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso"*

5.3.- Con respecto a la sentencia de mérito, la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 07-2017 ha especificado: ***Artículo 1.-*** *Una vez admitido el recurso, para resolver sobre los cargos formulados a la sentencia de instancia, el tribunal de las Salas*

[2] Sentencia N.°234-15-SEP-CC del caso N°1897-12EP.

Especializadas de Casación no juzgará los hechos, ni valorará la prueba. Tal prohibición no es aplicable en los casos establecidos en el artículo 273 numerales 2, 3, y 4 del COGEP, casos en los que una vez casada la sentencia de instancia, y para garantizar adecuadamente el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, los jueces y las juezas del Tribunal de las Salas de Casación de la Corte Nacional de Justicia dictarán sentencia sustitutiva de la que fue impugnada y casada, y en ese caso deberán considerar los hechos de la demanda, la contestación, las excepciones y valorar la prueba. Esto último dependiendo de las infracciones calificadas en la etapa de admisión.

SEXTO.- ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS DE FALTA DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS VALORACIÓN PROBATORIA

En aplicación del principio dispositivo contemplado en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República en concordancia con el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial y en virtud del derecho de tutela judicial efectiva contemplado en los Arts. 75 y 76.1 de la Constitución de la República, reconocido y consagrado además en instrumentos internacionales, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, correlativo a la prohibición constitucional de indefensión, según señala Alquina Sánchez Rubio, *"(…) no se puede privar a las partes de un proceso, con defensa contradictoria y alegaciones procesales que defiendan sus intereses"*[3]. Corresponde examinar la sentencia de alzada en relación con los cargos presentados por los recurrentes, en cumplimiento de la obligación de los poderes públicos a motivar sus resoluciones, con razonamientos jurídicos apropiados y lógicos, por los que se considera que el fallo impugnado por esta vía extraordinaria ha infringido o no normas legales, o ha incurrido o no en los errores acusados, al amparo de las causales de casación que invoca.

6.1.- CARGO ÚNICO.- CASO CUARTO DEL ART. 268 CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

Los casacionistas acusan falta de aplicación de las normas de valoración probatoria, contenidas en los artículos 223, 227 y 228 del Código Orgánico General de Procesos que regulan la tasación de la prueba testimonial, pericial y la inspección judicial, instrumentos que señalan, no habrían sido valorados de acuerdo a los principios de unidad y comunidad de la prueba y que al no haberse apreciado la misma en su conjunto también se han vulnerado los artículos 164 del Código Orgánico General de Procesos y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial; conduciendo a que se dejen de aplicar los artículos 933, 934 inciso primero, 937 y 939 del Código Civil. Sobre este contexto, ha sido admitido a trámite el presente recurso de casación, siendo obligación de este Tribunal, resolver sobre los asuntos de fondo que se platean, por superada la etapa de admisibilidad, sin posibilidad de entrar a juzgar sobre las formas utilizadas por el casacionista en la estructuración del recurso, de acuerdo con reiteradas resoluciones de la Corte Constitucional, como la expuesta en la sentencia Nº 007-17- SEP-CC, Caso 1630-13-EP, que censura la conducta de los Jueces de Casación cuando *"centran sus argumentos sobre la base de que el recurrente no ha fundamentado en debida forma los vicios acusados en la sentencia que se cuestiona vía recurso de casación y señalan también los requisitos que considera debía cumplir el recurrente al momento de interponer el recurso por la causal tercera de la Ley de Casación; estudio que no correspondía efectuar en esta etapa procesal, la misma que es de sustanciación y resolución del mencionado recurso, sino que es un análisis propio de la fase de admisibilidad, cuando se procede a la calificación del mismo por el tribunal de conjueces. (….) la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia respecto al recurso de casación, ha manifestado que este contempla dos fases, una de admisión y otra de procedencia. Es así que dentro de la sentencia Nº 031-14-SEP-Cc. Se ha establecido que 'la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras, que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentación el recurrente"*. En consecuencia y prescindiendo del análisis formal del recurso interpuesto, atendiendo la índole excepcional y extraordinaria de este instituto; este Tribunal pasa a considerar las argumentaciones esgri-

[3] Sánchez Rubio, A. Derecho a la tutela judicial efectiva: Anuario de la Facultad de Derecho, Pag. 601-616

midas, mirando a la defensa de la ley; con fines de dirimir sobre la eventual contradicción entre esta y la sentencia en relación con los puntos específicos materia de impugnación determinantes de la parte dispositiva del fallo.

6.2.- El caso cuarto del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos se configura por *"Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto"*. Para que la causal proceda es necesario: a) El yerro ha de consistir, en que el Juez o Tribunal hubiere supuesto prueba inexistente en los autos o ignorando la que sí existe en ello o adulterado la objetividad de esta agregándole algo que le es extraño cercenando su real contenido; b) La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser evidente, esto es contrario a la realidad establecida por las pruebas existentes; y, c) Que este yerro de apreciación, conduzca al quebrantamiento de los preceptos que guían a la sentencia.

Al invocar esta causal se debe justificar la existencia de dos infracciones, la primera de una norma de valoración de la prueba, de imperativo cumplimiento, y la segunda, la violación de una disposición sustantiva o material que ha sido afectado como consecuencia o por efecto de la primera infracción, de tal manera que es necesario se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre una y otra.

En el caso, se identifica las pruebas cuya apreciación se censura, en relación con su valor objetivo; esto es los testimonios del perito Hernán Reyes Berrezueta al sustentar el informe pericial de fs. 27 a 37 del expediente de primera instancia; y de la perito Lady Ochoa que sustenta el informe pericial de fs. 430 a 466, por último la inspección judicial practicada el 22 de junio de 2018. Dichos instrumentos, bajo la legislación incorporada a su condición, constituyen prueba ilustrativa; la pericia *"suministra al juzgador argumentos o razones para su convencimiento respecto de ciertos hechos técnicos, cuya percepción o entendimiento escapa del común de las gentes"*[4], la inspección judicial por su parte permite al juzgador el esclarecimiento y apreciación de los hechos. Bajo estos presupuestos, se tiene que dichos medios de prueba, tienen fuerza probatoria en ambos sentidos, tanto para el objeto de la demanda como para el de la reconvención en cuanto el juzgador puede identificar el inmueble que se pretende adquirir por prescripción y al tiempo determinar si es el mismo del que se persigue la reivindicación.

Examinado el fallo impugnado, en relación con las infracciones denunciadas en casación, se verifica que los instrumentos en cuestión se valoran bajo los siguientes razonamientos: *(…)En la especie, de la valoración de la prueba aportada al proceso, apreciada en su conjunto y a la luz de la sana crítica tenemos que, este Tribunal comparte el criterio del juez de instancia, en cuanto considera que el actor no ha justificado que ha mantenido la posesión del bien con ánimo de señor y dueño, lo cual se desprende de la prueba testimonial aportada por éste, pues al efecto su propia prima Aida Irene Rodríguez Durán, manifiesta que la posesión ha sido del actor y de sus hermanos, habiendo manifestado que ese terreno es de los hijos que tuvo el padre del actor con la señora Rodríguez, al menos de los que vivían ahí, ahí vive Narcisa, William y Julio, los tres viven ahí. Sumado a ello con la prueba documental consistente en el contrato de arrendamiento que obra a fs. 417 consta que quien funge como arrendador de Carmen Gonza Eras, propietaria del local de comida El Camaroncito, es su hermano Julio Ramón Illescas; sin que así mismo el informe pericial sustentado por el perito Arq. Hernán Reyes, quien señala que el actor está en posesión del bien materia de la demanda sea un medio probatorio eficaz para justificar la posesión del actor con ánimo de señor y dueño por el tiempo de quince años que requiere la ley para la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, cuanto más si se considera que la parte accionada afirma que éste se encuentra en posesión del bien desde el año 2015; más allá de que éste en su declaración de parte, manifiesta que los permisos los sacó su hermana Narcisa y, así mismo que los comprobantes de pago de servicios básicos e impuestos prediales constan a nombre del padre del actor; hechos éstos que nos llevan a arribar a la misma conclusión del juez de primer nivel, esto es, que el actor no ha mantenido la posesión con ánimo de señor y dueño sobre el bien cuya prescripción pretende. En cuanto a la reconvención se refiere, el Tribunal comparte tam-*

[4] Martorelli. La prueba pericial. Portal de Revistas de la Universidad Nacional de la Plata.Pag.2

bién el criterio del juez de instancia, en cuanto considera que los contrademandantes no han justificado el requisito inherente a la singularización, debiendo a este respecto puntualizar que ahora el nuevo Código Procesal prevé que cada parte está obligada a introducir sus propios medios probatorios, así se colige del Capítulo I, Demanda y Capítulo II Contestación y Reconvención, del Título I, del Libro Tercero que prevé las Disposiciones comunes a todos los Procesos del Código Orgánico General de Procesos, sin que así mismo conste que la parte contrademandante hubiere solicitado hacer suyo el peritaje de la parte actora, ni menos que hubieren existido acuerdos probatorios de las partes sobre este medio probatorio conforme lo establecido en el literal f) del Art. 294 del COGEP, que reza: "Los acuerdos probatorios podrán realizarse por mutuo acuerdo entre las partes o a petición de una de ellas cuando sea innecesario probar el hecho, inclusive sobre la comparecencia de los peritos para que rindan testimonio sobre los informes presentados...", ello sin considerar aún la impugnación del informe pericial que ha efectuado la parte demandada".

Criterio que este Tribunal lo considera errado, porque El Tribunal de instancia, en lugar de determinar el alcance probatorio de la prueba pericial y la inspección judicial, se desvía en consideraciones de orden procesal de contradicción y aportación de la prueba al proceso, lo que no tiene asidero legal, pues un vez introducida válidamente al proceso, lo que se discute es su valor sustancial. La consideración no pasa por determinar qué parte procesal la incorporó al proceso, o si la impugnó o no la contraparte, sino el valor del instrumento en sí mismo, en su esencia, lo que este representa jurídicamente, independientemente a quien favorezca. Así lo ha señalado la Corte Nacional de Justicia, en varios fallos al referirse a la principio de comunidad de la prueba: ***"El juez está obligado a valorar la prueba de acuerdo al principio de comunidad de la prueba, este principio se refiere a que una vez aportadas las pruebas, estas no son de quien las ha promovido sino que corresponden al proceso; es decir una vez que han sido introducidas en el proceso de forma legal su fin es el probar la existencia o no de los hechos que han sido alegados en el proceso, con independencia de a quien beneficie o perjudique o su contradicción"***[5]

Pese a existir una clara perspectiva de lo que acontece en el caso, la valoración probatoria no se realizó apreciando con justicia los asertos que de manera lógica arrojaban los instrumentos probatorios analizados, de haberse efectuado así, la conclusión sobre la verdad procesal fluye de manera natural, pues estos medios de prueba aportan también a los dichos de la reconvención. Si bien los informes periciales y el reconocimiento realizado por el juez al inmueble en disputa, no le alcanzan al demandante para el propósito que persigue su demanda; con respecto a los reconvinientes singularizan el predio materia de reivindicación. La actuación del Tribunal de apelación, configura lo tantas veces señalado por la ex Corte Suprema de Justicia con respecto al alcance del caso cuarto del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, antes causal tercera de la Ley de Casación: *No hay que olvidar que la valoración de la prueba es una facultad exclusiva y excluyente del juez de instancia como consecuencia de su independencia soberana, sin que el Tribunal de Casación tenga la facultad de revocarla, salvo el caso de que la valoración sea atroz, contraria a la razón, a las leyes, a la justicia.* ***Es por ello que, si se llegare a carecer de lógica o legitimidad la valoración de prueba realizada por los juzgadores, o sea, que sus conclusiones sean absurdas o arbitrarias, el Tribunal de casación está facultado a revisar dicha valoración****, en virtud de que se ha violentado el mencionado artículo 119 del Código de Procedimiento Civil. Una decisión es absurda cuando la valoración es ajena a las leyes lógicas formales y arbitrarias cuando hay ilegitimidad en la motivación.*[6] Lo absurdo en la valoración de la prueba no se limita a la sola ilogicidad de las sentencias, sino que también se presenta cuando hay ilegitimidad en la motivación, lo cual ocurre cuando el juzgador prescinde de pruebas esenciales como ha sucedido en el caso in examine con respecto a los reconvinientes, en franca vulneración del Art. 164 del Código Orgánico General de Procesos y del principio

[5] Resolución de la Corte Nacional de Justicia de 20 de junio de 2013, las 09h30 dictada en la causa N°0519-2012
[6] Gaceta Judicial No.5 Año CVIII. Página 1727. (Quito, 19 de Septiembre de 20017)

de comunidad de la prueba e impactan en la violación de los principios sustantivos y doctrinarios que guían la institución de la reivindicación. Esta infracción es elemento suficiente para establecer que los insumos utilizados para la construcción de la decisión judicial, no brindan certeza sobre la decisión adoptada en la sentencia; yerro que por evidenciado, sirve a su vez en sede de casación para abatir los resultados del análisis de instancia en cuanto a la apreciación de la prueba, con su debida independencia.

En tal razón, el Tribunal de esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, acepta el cargo, y en atención a lo dispuesto en el Art. 273 numeral 2 del Código Orgánico General de Procesos CASA, la sentencia de mayoría de fecha miércoles 17 de abril de 2019, las 15h12, dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, y por cumplidos los requisitos de jurisdicción, competencia y validez procesal, procede a expedir la que en su lugar corresponde:

6.3.- Sentencia de mérito.

6.3.1.- Comparece el señor Willian Ney Illescas Rodríguez, demandando la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, de un lote de terreno del que asegura se encuentra en posesión desde hace casi veinte años, inmueble que su padre Sergio Ramón Illescas Rodríguez, le regaló y que constituye una fracción de terreno dentro de un terreno de mayor extensión, ubicado en el sector El Manantial, en la calle Rubén Guerrero, cantón Camilo Ponce Enríquez, provincia del Azuay, y que tiene los siguientes linderos y medidas: Por el Norte con María Duchitanga y Mayra Illescas en 22,67m, por el Sur con María Duchitanga y Mayra Illescas terreno que está en posesión de Julio Illescas Rodríguez y señora en 22.55 m, por el Este con María Duchitanga y Mayra Illescas en 15.65m y por el Oeste con la calle Rubén Guerrero en 15,35 m; con un área total de 350.43 m2, predio que según certificado del Registro de la Propiedad pertenece a las señoras María Ángela Duchitanga Quito y Mayra Silvana Illescas Valdiviezo. Que desde el momento que le dio este regalo su papá, tomó posesión del predio, en el cual se encontraba al fondo del mismo una pequeña casa de una sola habitación y de hormigón, en el resto del terreno sembró plátanos, yuca, caña de azúcar; posteriormente empezó la construcción en la parte del frente a la calle Rubén Guerrero, una casa de una planta, con paredes y estructura de hormigón; dividida en tres ambientes con salida a la calle, en una habitación duerme su hijo Wihney Illescas, en la otra parte de la casa se adecúo un local comercial donde funciona actualmente un restaurante denominado "El Camaroncito", que está arrendado indivisiones de salón y cocina y sobre la parte posterior del restaurante existe un segundo piso que está destinado al dormitorio de los inquilinos dueños del restaurante, con escaleras en el patio; finalmente en esa misma casa una tercera división donde está su departamento con divisiones de sala-comedor, cocina, baño y dormitorio; que toda su propiedad la tiene debidamente cercada con paredes de hormigón y bloque sin enlucir, encontrándose correctamente individualizado el bien que se encuentra dentro de otro de mayor extensión que perteneció hasta hace unos meses a su padre.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.- Los demandados María Ángela Duchitanga Quito, Mayra Silvana Illescas Valdiviezo y Edwin Jacinto Vigay Heras contestan la demanda oponiéndose a que se declare a favor del actor la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio del inmueble detallado en la demanda por ser de su propiedad y sobre el cual, dicen, el accionante no ha ostentado la calidad de poseedor con ánimo de señor o dueño, sino de mero tenedor. Que las reparaciones o ampliaciones realizadas han sido efectuadas por el anterior propietario de inmueble, Sergio Ramón Illescas Rodríguez o con su anuencia. Que partir del 2015, previo consentimiento de su citado padre, se trasladó a vivir en el inmueble cuya prescripción hoy demanda. Que son propietarios del predio desde el 9 de mayo de 2017, incluyendo la casa de habitación de estructura de ladrillo y cemento de dos plantas, cubierta de zinc, con sus respectivas instalaciones de luz eléctrica y agua potable. Alegan improcedencia de la acción pues el actor no tiene la calidad de poseedor conforme lo exigido en el Art. 715 del Código Civil. Que la posesión que la mantiene únicamente desde los primeros meses de 2015 y hasta la actualidad, es irregular, viciosa al ser adquirida de forma clandestina, conforme los Arts. 723 y 724 del Código Civil. Falta de derecho por que no existen los supuestos y requisitos exigidos en los artículos 2392, 2398 y 2411 del Código Civil. El señor Sergio Illescas Rodríguez, no contesta la demanda.-

RECONVENCIÓN: A su vez, los demandados reconvienen al actor la reivindicación del predio, señalando que de la escritura debidamente notariada así como del certificado conferido por el Registro de la Propiedad que adjuntan, se desprende que

son propietarios del inmueble, adquirido mediante escritura de compraventa celebrada ante el Notario Cuarto de Machala, el 9 de mayo de 2017, inscrita en el Registro de la Propiedad el 11 de mayo de 2017, con el número 221. Que el inmueble materia de la acción, incluye la casa de habitación de estructura de ladrillo y cemento de dos plantas, cubierta de zinc, con sus respectivas instalaciones de luz eléctrica y agua potable, incluyendo el área de terreno que lo sustenta y el adyacente dentro del perímetro urbano de este cantón. Que su propiedad lindera de la siguiente manera: Por el frente, calle pública en 86mts.; por atrás, en parte con terreno de Abelardo Armijos Macas pared de cemento luego con casa y terreno de José Dionisio Cabanilla Cisneros, con pared de cemento medianera continúa con propiedad de José Gutiérrez y Klever Peña Yánez, en 110 mts.; por el un costado, con el Estero La Guayja, que pasando al otra lado de la orilla en 3 mts. Más o menos, limita con propiedad de Juan Dávila Maldonado, cerca de alambre por división y terrenos de José Moisés Armijos Chica, en 36 mts.; y, por el último costado, con predio de Miguel Ortega Guachizaca, en 40mts. Del inmueble descrito el ahora reconvenido William Ney Illescas Rodríguez pretende prescribir una parte del mismo linderado así: Norte, con María Ángela Duchitanga Quito y Mayra Silvana Illescas Valdiviezo en 22,67mts; Sur, con María Ángela Duchitanga Quito y Mayra Silvana Illescas Valdiviezo, en 22,55 mts.; Este, con María Ángela Duchitanga Quito y Mayra Silvana Illescas Valdiviezo, en 15,65 mts; y, Oeste, con la calle Rubén Guerrero en 15,35 mts. Que se encuentran privados de la posesión del inmueble del cual son sus legítimos propietarios, en la parte descrita. Justifican su acción en los artículos 933, 936, 937, 939, 941, 948, 949, 950, 951 y más pertinentes del Código Civil, demandando la reivindicación del lote de terreno descrito a fin de que en sentencia se ordene restituirles el inmueble, así como también se condene al demandado, por ser poseedor de mala fe, a responder por los deterioros que por sus hechos o culpa sufra el inmueble materia de la reivindicación.- **CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN.-** El reconvenido William Ney Illescas Rodríguez, alega que el título escriturario de las contrademandantes adjunto a la demanda no es jurídico, pues el contrato que la contiene es nulo, de nulidad absoluta, por que deviene de un acto simulado, simulación que considera, se llevó a cabo para arrebatarle el inmueble. Por tal, propone las siguientes excepciones: Negativa pura y simple. Falta de derecho de los actores para demandar. Inexistencia de los elementos básicos establecidos en el artículo 933 del Código Civil. Solicita negar la demanda a los actores, mandando a pagar costas, honorarios profesionales y se declarará la temeridad de la demanda. Trabada asi la Litis y efectuada la audiencia preliminar, se tratan las excepciones previas, presentadas por las partes, resolviendo negarlas.- **PRUEBAS ACTUADAS POR LAS PARTES.-** Conforme el artículo 158 del Código Orgánico General de Procesos, la prueba tiene por finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos controvertidos, es ese sentido y por reunir los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia, se ha admitido y practicado las siguientes pruebas: **Por la parte actora.- 1)** Testimonio del perito Hernán Gonzalo Reyes Berrezueta, quien informa que el 1 de junio de 2017, con la presencia del Sr. William Ney lllescas Rodríguez, se efectúo la inspección técnica al predio materia de la demanda de prescripción adquisitiva, observando que el predio materia de la presente causa consiste en una fracción ubicado dentro de uno de mayor extensión, cuyos linderos según la Escritura son: Por el Norte: calle pública con ochenta y seis metros. Por el Sur: con el predio del Sr. Abad Armijos y otros con ciento seis metros. Por el Este: con el estero Guayja con treinta seis metros. Por el Oeste: con predio del Sr. Miguel Ortega con cuarenta metros. Con un área de tres mil ochenta y cuatro metros cuadrados. Siendo los linderos del predio materia de la Presente Causa: Por el Norte: con María Duchitanga y Mayra Illescas en 22,67m. Por el Sur: con María Duchitanga y Mayra Illescas, posesionado Yesenia del Pilar Acuna Púa y Julio Ramón Illescas Rodríguez en 22,55m. Por el Este: con María Duchitanga y Mayra Illescas en 15,65m. Por el Oeste: con la calle Rubén Guerrero en 15,35m. con un área total de 350,43m2. En el que se encuentran construidas tres edificaciones habitadas, dando un avalúo total del Inmueble de noventa y nueve mil trescientos sesenta y ocho dólares americanos con 60/100. Concluye indicando que no se ha establecido la data de las edificaciones, por no haberlo pedido la parte actora. **2)** Testimonio del señor Pablo Omar Ochoa Bermeo, quien precisa que el actor vive alrededor de veinte años en un inmueble ubicado en la calle Rubén Guerrero, barrio Manantial; que el actor tiene tres locales, construidos poco a poco, a diferencia de cuando llegó al terreno, solo existía un cuarto que estaba ubicado pegado a la pared. **3)**

Testimonio de la señora Margarita Magdalena Ordoñez Icaza, quien dice conocer que el actor vive desde 1997 en el Barrio Manantial en la calle Rubén Guerrero; en el pedazo que su padre Sergio Ramón Illescas le regaló.- **4)** Testimonio del señor Carlos Vera Flores, quien en lo medular señala: Que el actor vive desde 1998 en el barrio Manantial, calle Rubén Guerrero; que por ser albañil le ayuda hacer un cuarto, aprovechando las paredes del cerramiento que tenía el terreno, sin embargo, no recuerda la fecha de la construcción; que posteriormente, el actor ha ido construyendo y en la actualidad tiene un comedor que lo arrienda; comedor El Camaroncito y al lado una construcción donde él vive. **5)** Testimonio de Amanda Luna.- Indica que en el terreno viven los hijos de su tío Sergio, porque desde hace años les designó para ellos. **6)**.- a) Ficha Registral No. 4880 conferida por el señor Registrador de la Propiedad del Cantón Camilo Ponce Enríquez (fojas cinco); b) A fojas cuatro consta el certificado de avalúos y catastros, que contiene información catastral y predial del inmueble; c) A fojas seis consta el testimonio de escritura pública de compraventa que hace el señor Sergio Ramón Illescas Rodríguez a favor de las señoras María Ángela Duchitanga Quito y Mayra Silvana Illescas Valdiviezo; d) A fojas dos consta una factura de luz eléctrica; e) A fojas trescientos treinta y dos y siguientes consta la notificación de desahucio; g) A fojas veinte y siete el Informe Técnico suscrito por el arquitecto Hernán Reyes Berrezueta. **Prueba de la parte demandada.-1)** Prueba Documental: a) Certificado del Registro de la Propiedad anexo a la contestación a la demanda; b) Permiso de reparación de fojas sesenta y dos; c) Permiso de construcción de fojas sesenta y cuatro; d) A fojas ciento siete hasta ciento diez, denuncia presentada por Sergio Ramón Illescas Rodríguez por falsificación de firmas; e) Compulsa de escritura de fojas ciento sesenta y ocho a ciento setenta y uno de fecha 22 de septiembre del año 2000 en la que Sergio Illescas vende a Narcisa de Jesús Illescas Rodríguez; f) Cartas de pago del predio que obran de fojas doscientos treinta y nueve a fojas doscientos cincuenta; g) De fojas doscientos cincuenta y dos a fojas doscientos cincuenta y ocho historial de pagos al GAD Municipal; en la foja doscientos cincuenta y siete consta el pago de los permisos de construcción**. 2)** Declaración de parte del actor William Ney Illescas Rodriguez, quien en lo principal señala: Que cuando era joven vivió con su padre en el sector de Buena Vista, luego se casó y vino a vivir a la Ponce; Que vivió con su padre hasta el año 1993 que se casó; que la propietaria del restaurante El Camaroncito es la señora Carmen Gonza Eras y que está ahí desde el 2015; que antes de que esté ahí el restaurante era solo un cuarto cerrado que el remodeló para arrendar, que el predio urbano lo paga Sergio Ramón Illescas Rodríguez y que el agua lo paga él, que el permiso de remodelación se obtuvo en el 2014, pero vino después que nosotros ya teníamos hecha la remodelación; que los permisos los sacó su hermana Narcisa, pero salió a nombre de su padre, porque él no tenía título de propiedad. **3) Prueba Documental.** - a) De fojas cuatrocientos quince a cuatrocientos diecinueve obra documentación remitida por el SRI en la que consta que el RUC de la propietaria del Restaurant El Camaroncito Carmen Gonza Eras fue obtenido adjuntando un contrato de arrendamiento en el que consta que la señora Carmen Leonila Gonza Eras el 25 de Mayo de 2015 arrienda a Julio Ramón Illescas constando que este es el propietario del inmueble.- **b)** Testimonio de la perito, Lady Ochoa Pesántez: sustenta el contenido de su informe y las conclusiones aclarando que, de acuerdo a lo solicitado en la diligencia de inspección judicial, llevada a cabo el día 22 de junio de 2018, con la presencia de la parte actora, así como también la parte demandada, con sus respectivos patrocinadores, concluyó que las construcciones edificadas como son una vivienda, un local comercial, que en la parte posterior tiene una planta alta y una vivienda de un solo ambiente; tienen aproximadamente entre siete y ocho años de antigüedad. Siguiendo con la investigación, señala, haber consultado en el GAD Municipal de Camilo Ponce Enríquez, sobre el levantamiento predial del Cantón, informándose que se lo realizó en el año 2006, ya que era requerido para la creación del Departamento de Planificación, que fue creado en el año 2007, que de acuerdo al plano del cantón con el Plan Regulador, se puede apreciar que dentro del predio materia de la pericia, no existian construcciones. Con lo que se puede deducir que las edificaciones que actualmente existen dentro del terreno, tienen entre diez y doce años de antigüedad. De manera singular señala que, las destinadas a vivienda tienen aproximadamente entre siete y ocho años de antigüedad, mientras que la construcción destinada a local comercial tiene entre diez y doce años de antigüedad y el cerramiento de pared de bloque tiene aproximadamente un año. c) Testimonio de Andrés Salomón Bermeo Ochoa,

quien dice ser cuñado de William Illescas Rodríguez, hermano de su mujer, que conoce que el actor, llegó en el año 2000 a Buena Vista.

6.3.2.- RELACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS Y MOTIVACIÓN.-

6.3.2.1.- La acción de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio es un modo de adquirir la propiedad de bienes de los que se está en posesión en los términos de los artículos 715, 2393, 2410 y 2411 del Código Civil; para que opere deben verificarse las circunstancias siguientes*: "a) el bien tiene que tener la condición de prescriptibilidad, b) la posesión de la cosa por parte de quién se quiere beneficiar, y, c) la constatación de que tal posesión haya durado quince años, para que opere, además, la posesión debe reunir los requisitos de ser pública, tranquila, no interrumpida, exclusiva y por sobre todo debe mantenerse hasta el momento en que es alegada"*[7]. d) *"La acción se la debe dirigir contra él o los propietarios de la bien raíz que se quiere adquirir de esta forma, ya que de esta forma se determina que personas han perdido el dominio de tal bien".*[8]

Siendo que el inmueble que se pretende adquirir por usucapión es de los legalmente prescriptibles, corresponde verificar si se encuentra acreditada la posesión material con ánimo de señor y dueño, que es fundamental para adquirir el dominio por prescripción. Así, de los testimonios aportados a la prueba, como el del maestro albañil Carlos Vera y el de la perito Lady Ochoa, certifican que en efecto el actor ejecutaba actos de señor y dueño en el inmueble materia de prescripción, tales como la construcción progresiva, conforme aparece en el informe pericial de fs. 430-446; en el año 2007 no existían todas las construcciones que existen hoy en el predio de posesión del actor (construcciones en la esquina, a un costado y en la parte posterior); lo que además coincide con lo aseverado por los testigos, quienes coinciden en que al momento en que el actor tomo posesión del predio, solo existía una pequeña construcción al fondo del predio. Se tiene por cierta entonces la posesión del actor, pues en suma a las consideraciones anteriores, los propios demandados, en los dichos de su contestación, aceptan que la posesión del demandante fue a ciencia y paciencia del anterior propietario, cuando señalan que varias de las reparaciones y aumentos en la construcción se hicieron con la anuencia del señor Sergio Ramón Illescas.

Con respecto al tiempo en que el actor se encuentra en posesión del inmueble, el acervo probatorio no aporta datos claros sino más bien contradictorios, el único informe técnico que trata de determinar la data de las construcciones, es el de la perito Lady Ochoa, quien manifiesta que los tiempos que ha hecho constar son aproximados, pudiendo ser de entre diez y doce años, así mismo los testigos no coinciden en cuanto a los años en que reconocen que el actor habita en el predio; en ese contexto no existe la firme convicción de que en verdad el accionante se encuentre en posesión del lote de terreno durante quince años como lo requiere el 2411 del Código Civil para la prescripción adquisitiva extraordinaria. Finalmente y respecto del propietario o legítimo contradictor, la acción debe estar dirigida en contra de quien conste en el registro de la propiedad como titular del dominio, que en el caso en concreto se encuentra probado con la propia reconvención de los demandados.

6.3.2.2.- La reconvención, constituye una demanda, contra el accionante, en el mismo proceso, conocida como mutua prestación por derechos recíprocos. La facilidad que brinda la que intentan los demandados en esta causa, es que la posesión actual que defiende el actor de la demanda de prescripción, en concordancia con el principio de "comunidad de la prueba", tiene el efecto de aportar con uno de los elementos de procedencia de la reivindicación reclamada por los accionantes reconvinientes, entendido que antes de proponerla, fueron citados con la acción de dominio (usucapión). Por tanto la probada posesión, por las circunstancias del proceso lejos de perjudicarles, tiene efectos favorables a su pretensión, porque la posesión del actor aporta incluso al requisito de singularización del bien que se pretende prescribir, por lógica la reivindicación se ha planteado con el fin de no perder el derecho de propiedad de lo mismo que se ve amenazado por la prescripción. En tal caso, el resto de sus pruebas informe pericial, certificado del Registro de la Propiedad del Cantón Camilo Ponce Enríquez, escritura de transferencia

[7] Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3. Pág.635. Quito, 8 de mayo de 200
[8] Gaceta Judicial. Año XVII. No. 1 Pág. 107. Quito, 29 de julio de 1999

de dominio, cartas de pago del impuesto predial, etc.; resultan secundarias, por haberse impuesto la premisa mayor de la demanda: acción de dominio. Por estas razones la reconvención es procedente, al encontrarse por demás justificados los requisitos de su procedencia contemplados en el artículo 933 del Código Civil: a) El derecho de propiedad o dominio lo ostentan los contrademandantes María Duchitanga Quito, Mayra Illescas Valdiviezo y Edwin Vigay Heras, conforme consta en el certificado del Registro de la Propiedad y en la copia certificada de la escritura pública de compra venta, incorporados al proceso con la presentación de la demanda de fs. 5-26, con lo tiene demostrado que se cumple el primer requisito de procedencia de la acción; b). El bien ha sido debidamente singularizado con el auxilio de las propias partes y de los informes técnicos periciales aparejados al proceso en la correspondiente etapa procesal, que determinan que es el mismo descrito en los instrumentos públicos que fundamentan la demanda; c) la posesión actual del demandado, no se discute, sino que es admitida por los demandados, cumpliendo con la descripción cabal e inequívoca de la cosa, dándole características propias, distinguibles que permiten apreciar que se trata del mismo bien a reivindicar, este es el linderado: Norte, con María Ángela Duchitanga Quito y Mayra Silvana Illescas Valdiviezo en 22,67mts; Sur, con María Ángela Duchitanga Quito y Mayra Silvana Illescas Valdiviezo, en 22,55 mts.; Este, con María Ángela Duchitanga Quito y Mayra Silvana Illescas Valdiviezo, en 15,65 mts; y, Oeste, con la calle Rubén Guerrero en 15,35 mts. Con un área total de 350.43 m2.

6.3.2.3.- En cuanto a las prestaciones mutuas que puedan existir entre los reivindicantes y el poseedor, debemos considerar si la posesión ha sido de buena fe. *"Así pues, uno de los principales efectos del juicio reivindicatorio es el de que el poseedor vencido debe restituir la cosa en el plazo que el Juez señale; y, a su vez, una de las obligaciones principales del reivindicador es la de pagar al poseedor vencido las mejoras útiles y expensas necesarias. Mas, el reivindicador está obligado a pagar las mejoras útiles solamente al poseedor de buena fe, en cuanto a los hechos antes de citársele con la demanda; pues en cuanto a las obras hechas después de citada la demanda, el poseedor de buena fe solamente tiene derecho a: "... llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados" (Art. 953 y 954 del Código Civil). En cuanto al pago de las mejoras útiles: "El reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en qué consisten las mejoras, o el pago de lo que, en virtud de dichas mejoras, valiere más la cosa en dicho tiempo" (Art. 953 inciso 3ro. del Código Civil). En cambio, el poseedor de mala fe no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, pero si podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, bajo las condiciones que establece el inciso 2do. del Art. 954 del Código Civil"*[9]. En los términos del artículo 721 del Código Civil la buena fe *"es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio"*, y que en el presente se halla acreditada, porque la posesión ha sido a ciencia y paciencia de los nudos propietarios, la cual según se anota proviene de un regalo hecho al poseedor por el anterior propietario del lote de terreno, si bien es cierto los demandantes de la reivindicación alegan mala fe en dicha posesión, esta no ha sido demostrada y en aplicación del artículo 722 del Código Civil se presume buena fe en la posesión del señor Willian Ney Illescas Rodríguez, procede por tanto el pago de las mejoras útiles que hubieren aumentado el valor venal del inmueble objeto de este juicio, conforme lo dispone el Art. 953 del Cogido Civil. Para su liquidación se deberá tomar en cuenta los informes periciales del arquitecto Hernán Reyes Berrezueta constante a fs. 27 a 33 y el de la arquitecta Lady Ochoa Pesántez de fs. 430-446 del cuaderno de primera instancia.

SÉPTIMO.- DECISIÓN.- En mérito de los elementos debidamente motivados ut supra, garantizando los derechos de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, este Tribunal, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITU-**

[9] Resolución de la Corte Suprema de Justicia en expediente de Casación N°.418-2006. Publicada en el Registro Oficial Edición Especial 17 de 21-feb-2008.

CIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, al CASAR la sentencia impugnada, declara sin lugar la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y con lugar la reconvención planteada, disponiendo que el señor Willian Ney Illescas Rodríguez, restituya el bien inmueble ubicado en El Manantial, la calle Rubén Guerrero, cantón Camilo Ponce Enríquez, provincia del Azuay, cuyos linderos y medidas son los siguientes linderos: Por el Norte con María Duchitanga y Mayra Illescas en 22,67m, por el Sur con María Duchitanga y Mayra Illescas terreno que está en posesión de Julio Illescas Rodríguez y señora en 22.55 m, por el Este con María Duchitanga y Mayra Illescas en 15.65m y por el Oeste con la calle Rubén Guerrero en 15,35 m; con un área total de 350.43 m2, a sus propietarios legítimos, las señoras María Duchitanga Quito, Mayra Illescas Valdiviezo y señor Edwin Vigay Heras, en su calidad de cónyuge de la última. Se dispone pagar al señor Willian Ney Illescas Rodríguez, lo que corresponda a las mejoras útiles hechas en el predio hasta antes de la citación con la demanda, valores que deberán ser liquidados pericialmente en la etapa de ejecución, de conformidad con las pericias aludidas en la parte final del acápite 6.3.2.3 de esta resolución. La ejecución del presente fallo, es responsabilidad del señor Juez de ejecución, en primer nivel.- Sin costas. **Dra. María de los Ángeles Montalvo, Dr. Pablo Valverde Orellana, Dr. Carlos Pasos medina (juez ponente).**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

Juicio No. 01658-2017-00242

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.
Quito, martes 10 de marzo del 2020, las 09h04,
VISTOS.- Comparece la señora María Duchitanga Quito solicitando aclaración y ampliación de la sentencia dictada el 30 de enero del 2020, a las 11h50; en los siguientes puntos: 1) Si el valor a pagar por mejores útiles a Willian Illescas Rodríguez es el determinado en el informe pericial del arquitecto Hernán Reyes, que establece el costo de las construcciones en $36.291,20. 2) Si sobre ese valor se debe aplicar el factor de depreciación en consideración a los años de antigüedad de las edificaciones. 3) Si la liquidación pericial dispuesta en el fallo se refiere a la aplicación del factor depreciación o a que únicamente realice la suma del valor de las construcciones 1, 2 y 3 constantes en el informe pericial del perito Hernán Reyes. 4) Si la liquidación pericial dispuesta en la sentencia, se refiere a que el perito establezca un nuevo avaluó de las mejores útiles, y que si este fuera el caso ¿Qué propósito tendría tomar en consideración los informes periciales de los arquitectos Hernán Reyes y Lady Ochoa? 5) Que se especifique ¿Cuándo debe restituir el inmueble el señor Willian Ney Illescas, a sus propietarios?. Para resolver se considera:
Primero.- El Art. 253 del Código Orgánico General de Procesos dispone que la aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.
Segundo.- Al respecto de la solicitud planteada, es necesario precisar que para el pago de las mejores útiles al señor Willian Illescas Rodríguez, como consta en la sentencia emitida por este Tribunal, se liquidaran pericialmente, se deberá tomar en cuenta los informes periciales de los arquitectos Hernán Reyes y Lady Ochoa respectivamente, con el propósito de que en virtud del primero, constante a fs. 27-33 del cuaderno de primer nivel, se establezca el número de construcciones existentes en el predio materia de esta controversia y mediante el segundo de fs. 430-446 se determine la data de las construcciones. Datos que servirán en la etapa de ejecución, al perito liquidador, para fijar el monto que se debe pagar por concepto de mejoras al señor William Ney Illescas.
Tercero.- Con referencia a la petición de que se amplié la sentencia, sobre la inmediatez de la restitución del inmueble, es necesario precisar que una vez ejecutoriada la sentencia dictada por este Tribunal, se deberá remitir al juzgador de origen, copias certificadas de la resolución para su ejecución. Para el efecto y en vista de que existen obligaciones recíprocas que ejecutarse entre las partes, se deberá cumplir de manera sucesiva e inmediata con el pago de las mejoras a la parte vencida y la restitución del inmueble a sus nudos propietarios.
En ese sentido, queda resuelta la solicitud de aclaración y ampliación planteada. **Notifíquese.**
f) Dra. María de los Ángeles Montalvo, Dr. Pablo Valverde Orellana, Dr. Carlos Pasos medina (juez ponente).

II

Juicio Nro. *17230-2018-00310*
Resolución Nro. *126-2020-C*
Fecha: *25 de septiembre del 2020, las 11h26*

TEMA: Prescripción de títulos ejecutivos en procedimiento ordinario.

ASUNTO

En la causa se discute si son admisibles los títulos ejecutivos vencidos, en procedimiento ordinario, como prueba suficiente para establecer la obligación entre el otorgante y el tomador, y si la acción cambiaria puede ejercitarse tanto en juicio ejecutivo como en vía declarativa ordinaria, sin que cambie la naturaleza de la ejecución del título de valor.

El accionante demanda por procedimiento ordinario el pago de los títulos ejecutivos denominados pagarés a la orden, al amparo de los artículos 486 y 489 del Código de Comercio, los cuales, por haber vencido los plazos establecidos para su ejecución por vía ejecutiva, son exigibles por medio del proceso de conocimiento, para hacer válida la acción de cobro vencida.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez señala que el objeto de la controversia se centra en establecer si los títulos ejecutivos presentados por el demandante tienen carga probatoria suficiente para un proceso de conocimiento, respecto a la prescripción de un pagaré a la orden para reclamo en la vía ejecutiva.

Debido a la naturaleza del procedimiento ordinario, el pagaré a la orden forma parte de la carga probatoria, no es un título de ejecución, por lo que es indispensable justificar el origen de la obligación y la existencia de la misma mediante el acompañamiento de evidencias, para dar mayor sustento a la pretensión efectuada. Es así que en sentencia se rechaza la demanda interpuesta, por falta de pruebas, lo cual según el análisis del juzgador, obedeciendo a los preceptos que rigen la vía ordinaria, no satisface los requisitos precisados en la norma.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal señala que, al tratarse de un procedimiento ordinario, éste versa sobre cuestiones jurídicas extensas. Añade que al prescribir la acción de cobro por vía ejecutiva ya dejaron de ser considerados como pagarés en sí mismos, por lo que constituyen, dentro de la vía ordinaria, principios de prueba, por ende, es menester que la parte actora presente pruebas adicionales que justifiquen el origen de la relación, lo cual no sucedió: el demandante no adjuntó mayor carga probatoria de la que ya se encontraba dentro del proceso. Al no existir prueba que lleve al convencimiento total a los administradores de justicia, se rechazó el recurso de apelación, confirmando la sentencia del juez a quo.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17230-2018-00310

Juez Ponente: Dr. Pablo Fernando Valverde Orellana

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

Quito, viernes 25 de septiembre del 2020, las 11h26. **VISTOS:** Viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la

Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto en el juicio tramitado en procedimiento ordinario, por cobro de dinero, que sigue la Asociación de Empresas Proveedoras de Servicios de Internet, Valor Agregado, Portadores y Tecnologías de la Información en contra de la CÍA. ZENIX TELECOMUNICACIONES.

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-

1.1 Los que suscribimos, doctores Pablo Fernando Valverde Orellana (Ponente), Carlos Vinicio Pazos Medina, Pablo Fernando Loayza Ortega, quien actúa por excusa de la Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, hemos sido designados y posesionados como Conjueces Temporales de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución N° 197-2019 del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura, en aplicación de lo que mandan los artículos 174 y 202.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; asumimos la calidad de Jueces Nacionales de la Sala de lo Civil y Mercantil, según consta en los Oficios números 2368SGCNJ ROG, 2369SGCNJROG y 2370 SGCNJROG respectivamente, como consecuencia, la competencia en la presente causa, acorde con lo que manda el artículo 184.1 de la Constitución del Ecuador, en correspondencia y armonía con los artículos 184 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2. ANTECEDENTES.-

2.1 La parte accionante " Asociación de Empresas Proveedoras de Servicios de Internet, Valor Agregado, Portadores y Tecnologías de la Información" AEPROVI, interpone recurso de casación, impugnando la sentencia dictada el 11 de abril de 2019, a las 16h38, por un Tribunal de Jueces de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, que rechaza el recurso de apelación interpuesto, confirma la sentencia subida en grado que no acepta la pretensión propuesta.

2.2. El Conjuez Ab. Luis Cando Arévalo, en quien por sorteo se radicó la competencia para la calificación del recurso extraordinario, lo admite a trámite respecto a los casos cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos en adelante COGEP.

2.3 Fundamentos del recurso. **2.3.1** Invocando el caso cuarto del artículo 268 del COGEP, acusa falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que condujeron a la no aplicación de normas de derecho sustantivo; que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ha optado por el sistema de convicción razonada de sana crítica, que, bajo este sistema de valoración, el juzgador está en la obligación de realizar una actividad silogística donde la premisa menor es el medio de prueba aportado, la premisa mayor está constituida por las máximas experiencias del juzgador y, la conclusión, será la afirmación de existencia o inexistencia del hecho controvertido, tema de la prueba; que, al tratar la causal de la prueba la ex Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en esta causal concurren dos violaciones sucesivas, la primera de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, y la segunda, violación de normas de derecho como consecuencia de la primera.

Que una resolución que cumpla con cada uno de los requisitos que exige el sistema de valoración probatoria de sana crítica, permitirá a las partes conocer el criterio judicial, evitando rastros de arbitrariedad y permitiendo el control de la cuestión fáctica a través de la actividad recursiva; la certeza judicial como resultado de la convicción no está exenta de error o falencia. Que el juzgador incurre en errónea valoración de la prueba basado en el silogismo y en el sistema de la sana crítica, al otorgar un valor probatorio diferente al que tiene la fuente o el medio, esto se ha ratificado en la doctrina al señalar: " *el judicante le otorga un valor probatorio diferente al que tiene la fuente o el medio, aplica un sistema tarifado cuando debe regirse por la sana crítica o viceversa, incluso cuando ante la libre convicción razonada sana crítica lesiona las reglas de la lógica, la experiencia o los conocimientos científicos, se estará en un error o falencia en la valoración*" .

Que en este caso, se puede constatar que, el fallo de mayoría incurrió en falta de aplicación de preceptos jurídicos de valoración probatoria, especialmente los artículos 164 y 195 del COGEP, que disponen que la prueba aportada debe ser apreciada en conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica y que, cuando un documento privado como un pagaré a la orden cumpla con ciertos requisitos será plenamente eficaz. A su vez, esta falta de aplicación, condujo al Tribunal que dictó el fallo de mayoría, a no aplicar normas de derecho sustantivo en su resolución, específicamente los artículos 193 y 347 del COGEP (que si bien constan en el código adjetivo son normas de derecho sustantivo), el artículo 489 del Código de Comercio, artículo 1435 del Código Civil y la Disposición General Décimo Primera del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero (Ley de Mercado de Valores).

Que la prescripción de la acción ejecutiva no afecta la naturaleza intrínseca del pagaré a la orden, los pagarés acompañados a la demanda cumplen con todos los requisitos establecidos en el artículo 486 del Código

de Comercio, constituyen títulos ejecutivos, el pagaré es: " *título por medio del cual una persona (emitente o librador), se obliga a pagar a la orden de otra persona (tomador o beneficiario), una cantidad de dinero en una fecha determinada. El pagaré es una promesa de pago y siendo un título a la orden es transmisible por medio del endoso*" ; el artículo 479 del Código de Comercio, señala que para su cobro debe ejercitarse una acción ejecutiva en el plazo de tres años, en el caso de no hacerlo, se convierte en ordinaria y durará cinco años adicionales para ser ejercitada.

Que la demanda de AEPROVI, tenía como fundamento el cobro de una obligación contenida en siete pagarés a la orden, que no fueron demandados dentro del plazo de tres años desde su vencimiento, porlo que prescribió la acción ejecutiva y fueron demandados en procedimiento ordinario; que si bien prescribió la acción ejecutiva, no afecta la naturaleza propia de los siete documentos privados que se presentaron como medios de prueba en la demanda, el código adjetivo, en el artículo 347 al enumerarlos documentos o actos jurídicos que constituyen títulos ejecutivos, menciona a los pagarés a la orden, sin realizar una distinción respecto de su naturaleza entre los pagarés que hayan sido objeto del ejercicio de una acción ejecutiva y aquellos que no lo hayan sido por prescripción de la acción ejecutiva, ello, porque la prescripción de la acción ejecutiva no afecta su naturaleza intrínseca de este título ejecutivo, ni lo convierte en " un principio de prueba" como erróneamente estableció el tribunal a quo, lo que concuerda con jurisprudencia nacional, que ha señalado que, si bien ha operado la prescripción de la acción ejecutiva, no por ello el pagaré deja de ser título de obligación, y que tal circunstancia no resta mérito ejecutivo al pagaré.

La Corte Suprema de Justicia ha concebido al pagaré como: " … *un documento solemne, que debe estar revestido de precisas enunciaciones y de requisitos que su naturaleza y objeto exigen (…) De donde nace el concepto de su naturaleza jurídica que es propia y su carácter de " un documento por el que el firmante se compromete incondicionalmente a pagar cierta suma de dinero a determinada persona o a su orden, a la vista o en el plazo especificado en el mismo" (…) Es más bien un documento creado para facilitar la circulación de un crédito cuya existencia no depende de una causa*" , indica que, la naturaleza del pagaré es tan propia de este tipo de documentos que la ex Corte Suprema de Justicia, ha establecido de manera categórica que, este documento tiene una autonomía activa y pasiva, es decir, el derecho que se contiene en estos títulos es independiente de las relacioneshabidas entre las personas vinculadas con el documento, " … *se presume, salvo prueba en contrario, su autenticidad así como la licitud de su causa y la provisión de fondos*" . Lo que caracteriza a los títulos ejecutivos es que " … *3.1. Contienen una obligación ejecutable. No se requiere que aún se declare la existencia de la obligación o de que el deudor esté obligado a la prestación; pues la obligación está o es determinada. No se requiere de una declaratoria de los derechos judicial o personal del deudor. No se requiere dirimencia. La obligación es clara, determinada, pura; el deudor ha sido precisado, señalado, identificado. 3.2. Hace prueba plena porque el título acredita el cumplimiento de determinados requisitos y exigencias legales que garantizan que se trata de una obligación pura, clara, determinada… 4.2. La obligación que contiene un título valor, como toda obligación, tiene su origen, su causa. Pero una vez emitido el título, esa causa queda fuera del título, que es lo que la doctrina llama " relación subyacente".*"

El Tribunal de instancia ha confundido las consecuencias que recaen sobre la falta de ejercicio de la acción ejecutiva, con el valor probatorio que un pagaré a la orden tiene, ya sea en juicio ordinario o ejecutivo, los siete pagarés constituyen prueba plena documental, contenida en documento privado que tienen plena eficacia jurídica, son títulos ejecutivos; al tenor de la legislación nacional, jurisprudencia y doctrina, gozan de autonomía propia, el derecho que en ellos se contiene es independiente de las relaciones existentes entre las personas vinculadas con el documento, su valor probatorio es tal, que su autenticidad, licitud de causa y provisión de fondos, no necesitan ser probados sino que se presume; que a pesar de que los precedentes jurisprudenciales, la legislación vigente y la doctrina, sin aplicar el sistema de valoración de la prueba de la sana crítica de conformidad con el artículo 164 del COGEP, el tribunal de instancia consideró que, al no haber ejercido la acción ejecutiva dentro del plazo legal: " *..los pagarés a la orden no pueden ser considerados como pagarés en sí mismos, sino que constituyen principio de prueba por escrito de la relación que habría dado origen a su emisión (…) en consecuencia se requería que la parte actora presente prueba adicional que justifique el origen de la relación de las partes procesales(…)*" ; si el Tribunal de instancia hubiese aplicado los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba sana crítica tendría como premisa mayor, las máximas de la experiencia del juzgador, que a su vez estaría constituida por la doctrina y por los precedentes jurisprudenciales, le llevarían de manera categórica a que, si bien prescribió la acción ejecutiva, la natu-

raleza de los pagarés a la orden no cambia, son títulos ejecutivos que prueban por si solos una obligación, gozan de autonomía propia, ni siquiera necesita probarse su autenticidad, licitud y provisión de fondos, pues se presumen, por lo queno constituyen principio de prueba por escrito, sino que conserva su valor de prueba que concede la ley.

2.3.2 Con sustento en el caso quinto del artículo 268 del COGEP, acusa falta de aplicación de normas de derecho sustantivo, incluyendo precedentes jurisprudenciales obligatorios. Destaca que, la Corte Nacional ha dicho que son tres los eventos contenidos en ella " c) *cuando el juzgador incurre en yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no los tiene*" ; que los errores enunciados, la doctrina los conoce como errores " in iudicando" y se manifiesta ante la negativa o falta de aplicación de la norma; Vescovi señala: " es no aplicar la norma que corresponde al caso" , Calamendrei dice que los vicios in iudicando se configuran cuando el juzgador desoye reglas de derecho sustancial destinadas a ser aplicadas en la sentencia, en este caso hay que considerar que, las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades como en el contrato o convenciones o de un hecho voluntario de la persona que se obliga como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasi contratos, que las obligaciones que pretenden ser cobradas por AEPROVI nacen deuna declaración unilateral de voluntad que se encuentra plasmada en el título ejecutivo pagaré, documento privado de pleno valor probatorio.

Que el Tribunal, realizó una interpretación errónea de la norma, distorsionando la naturaleza del pagaré, indica que, con la prescripción de la acción de cobro, pierde su carácter de título ejecutivo, generando como consecuencia que deje de ser un elemento constitutivo de la obligación, criterio que desnaturaliza el pagaré a la orden y llevó al tribunal a quo a no aplicar normas de derecho sustantivo, incluyendo precedentes jurisprudenciales.

Los pagarés son documentos privados, no están defectuosos, diminutos, alterados, ni tampoco existe de autos, un recurso pendiente sobre el punto que con tales documentos se pretenda probar; al cumplir con los requisitos del artículo 486 del Código de Comercio, constituyen prueba documental eficaz conforme el artículo 195 del COGEP; el pagaré a la orden es un documento privado extremadamente formalista, debe cumplir los requisitos del artículo 486 del Código de Comercio, caso contrario no surtirá efecto; que el formalismo atribuido al pagaré a la orden es tal, que la consecuencia jurídica de cumplirlos, es que prueban por si solos una obligación, su licitud, autenticidad y provisión de fondos de acuerdo a lo establecido en la Disposición General Décima Primera de Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero (Ley de Mercado de Valores); que lo anotado, ha sido ratificado por la jurisprudencia: " *la fuerza ejecutiva debe atribuirse a la naturaleza del documento, que siendo un título estrictamente formal, hace presumir que la existencia del crédito es segura, por lo cual no necesita, en tal caso, la previa declaración de certeza de la relación jurídica subyacente, en que se concreta la razón de la deuda*" ; respecto de las características que tiene el pagaré y los efectos que generan su suscripción ha establecido: " *el pagaré es un documento por el cual el firmante se compromete incondicionalmente a pagar una suma cierta de dinero a determinada persona o a su orden en el plazo especificado en el mismo. Tiene la estructura de una (…) directa, unilateral y obligatoria de un hecho propio; la prestación dineraria" ; " (…) Conviene observar que el pagaré pertenece a la categoría de los negocios unilaterales abstractos y no porque no le haya dado causa una relación fundamental subyacente, sino porque la promesa del suscriptor queda desvinculada de la causa y recortada en los términos literales del título (…)*" ; que de lo expuesto se colige que, para que nazca a la vida jurídica y surta todos sus efectos, el pagaré a la orden, debe cumplir con las formalidades expresadas en el Código de Comercio, en virtud que es un documento negociable en el mercado, cumplidas las formalidades, constituye prueba suficiente de la existencia de una obligación, por lo que, ningún tribunal podrá restar su valor probatorio de manera arbitraria bajo el argumento de que la acción para su cobro prescribió; lo que ha sido determinado en jurisprudencia, que manifiesta que la prescripción de la acción ejecutiva, no resta mérito ejecutivo al pagaré, el derecho que contienees autónomo, característica reconocida en la jurisprudencia nacional; que se ha demostrado que los pagarés son documentos privados, títulos ejecutivos que por su naturaleza intrínseca prueban por si solos la obligación; que a pesar de lo establecido por la normativa la jurisprudencia y la doctrina, los jueces del voto de mayoría haciendo caso omiso, rechazaron el recurso de apelación, porque a su criterio, " … *no existió prueba que lleve al juzgador al cumplimiento de la obligación…* " , pues los 7 pagares no constituyen prueba suficiente.

2.4 Realizado el sorteo correspondiente, fijada la competencia, convocadas las partes a la audiencia prevista en el artículo 272 del COGEP, el defensor técnico de la parte actora que interpuso el recurso ex-

traordinario, en lo principal, se ratificó en la fundamentación realizada por escrito y por los casos que se lo admitió, respecto al caso 4, el voto de mayoría no aplicó los artículos 164 y 195 del COGEP, los pagarés son títulos ejecutivos y demuestran por si mismos la existencia de una obligación, la leyno hace distinción si la pretensión se propone sea por la vía ejecutiva u ordinaria; sobre el caso 5, existe falta de aplicación del artículo 1453 del Código Civil, le restan el valor de prueba de manera arbitraria. Concluye solicitando, se acepte y se case la sentencia.

Emitida la decisión oral, este Tribunal, la sustenta por escrito de manera motivada, en los siguientes términos:

3: EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.-

La impugnación procesal está consagrada como un derecho por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2.h " *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*" ; como parte del derecho a la defensa, es una de las garantías básicas del debido proceso en nuestra Constitución, Art. 76.7.m " *Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*" .

Para Enrique Vescovi, la función que acentúa el carácter constitucional del recurso, es la defensa del derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, con ella se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo Ediciones IDEA, 1979, pág. 25).

Gómez de Liaño González, citado por Alberto Hinostroza Minguez, sostiene que la casación: *" es un recurso extraordinario de carácter jurisdiccional que cabe exclusivamente por motivos determinados frente a resoluciones definitivas, también determinadas dictadas por los Tribunales de instancia. No se trata de una tercera instancia, y en consecuencia para poder ser utilizado precisa no solo lesividad o gravamen de la resolución recurrida, sino de la presencia de unos motivos determinados… "*[1].

La Casación contiene una finalidad nomofiláctica, por la cual el Tribunal de Casación, con base en una pretensión por impulso de parte procesal, vigila y fiscaliza la observancia de las leyes por parte de los tribunales, a efecto de que prevalezca la Ley, de modo que, el interés de ley prevalece sobre elprivado, se dice que, *" … el recurso de casación controla el correcto entendimiento y aplicación de las normas o jurisprudencia aplicables al fondo de litigios concretos, al tiempo que unifica los criterios a seguir en la interpretación de aquellas cuando hubieran de aplicarse a situaciones similares"*[2]

Los casos que se invocan en el recurso de casación y que han sido admitidos para conocimiento del Tribunal, constituyen el límite impuesto por la parte recurrente para el ejercicio del control de legalidad que debe efectuar el tribunal de casación.

4. NORMATIVA Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS PARA LA RESOLUCIÓN.

4.1 El caso 4 invocado por el recurrente, requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos básicos: a) La indicación de la norma(s) de valoración de la prueba que a criterio del recurrente ha sido violentada; b) La forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) La indicación del medio de prueba en que se produjo la infracción; d) La infracción de una norma de derecho ya sea por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) Una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción (norma de valoración de la prueba) y la segunda infracción de una norma sustantiva o material. Al invocar esta causal, el recurrente debe justificar la existencia de dos infracciones, la primera de una norma de valoración de la prueba, y la segunda, la violación de una disposición sustantiva o material que ha sido afectada como consecuencia o por efecto de la primera infracción, de tal manera que es necesario se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre una y otra.

4.1.1 Son normas de derecho sustantivo, las que declaran, crean, modifican o extinguen los derechos y deberes de las personas, diferenciándose perfectamente de las normas adjetivas o procedimentales, que son las que regulan la forma de hacer efectivos esos derechos, el desarrollo de los procesos e instrumentan, el

[1] HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, Derecho Procesal Civil, Medios Impugnatorios, Tomo V, JURISTA EDITORES, 2010, pp. 258.
[2] HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO, Derecho Procesal Civil, Tomo V, Medios Impugnatorios, Jurista Editores,2010, pp 259.

ejercicio del derecho sustantivo, se puede decir que, las primeras determinan el derecho y las segundas como ha de pedirse tal derecho.

4.1.2 Las disposiciones legales que dan un determinado valor probatorio a un medio de prueba, regulando su eficacia son preceptos jurídicos de valoración de la prueba; la acusación de vulneración de este tipo de precepto tiene por objeto denunciar que a un determinado medio de prueba no se le ha reconocido el valor que la ley le otorga o por el contrario que se le ha dado uno que la ley no prevé, provocando con ello la vulneración indirecta de normas de derecho sustantivo.

4.1.3 El vicio de inaplicación o falta de aplicación se concreta *"… cuando el Juez comprueba circunstancias que son supuestos obligados de aplicación de una norma determinada, no obstante lo cual, no la aplica. El juez determina los hechos relevantes que sustentan la relación de hecho, y los califica como consecuencia de lo cual se hace imperativo la aplicación una norma, en la cual se pueden subsumir, pero el Juez no la aplica. El Juez ha ignorado, desconocido o soslayado la norma pertinente."* (Manuel Sánchez Palacios Paiva, El Recurso de Casación Civil, Jurista Editores E.I.R.L., Buenos Aires, 2009.)

4.1.4 La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos, opera por el decurso de cierto tiempo, durante el cual, no se ejercen. Si el legislador, a través de la norma, fija el tiempo y el acontecimiento a partir del cual ha de contarse aquel, no han de aplicarse, las reglas generales de la prescripción, sino las específicas para la acción de la cual se trate.

4.1.5 El caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, configura los vicios de *" Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva"* , con sustento en este caso, se deben acusar violaciones directas a normas de derecho sustancial sin consideración a los hechos probados, bajo el entendimiento que, son normas de derecho sustantivo o material, las que declaran, crean, modifican o extinguen derechos.

5. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS.

5.1 Invocando el caso cuarto del artículo 268 del COGEP, acusa falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que condujeron a la no aplicación de normas de derecho sustantivo, denuncia la vulneración de los artículos 164, 193, 195 y 347 del COGEP; del Código Civil artículo 1453; el artículo 489 del Código de Comercio (vigente a la época de la suscripción de los documentos); y la Disposición General Décimo Primera del Código Orgánico Monetario Financiero.

5.2 Atribuye que, los jueces del fallo de mayoría, incurrieron en falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 164 y 195 del COGEP; que disponen que, la prueba aportada en juicio deberá ser apreciada en su conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, y que, un documento privado, como es el pagaré a la orden, que cumpla con ciertos requisitos, será plenamente eficaz; falta de aplicación que ha conducido a no aplicar los artículos 193 y 347 del COGEP, los que si bien constan en el código adjetivo, son normas de derecho sustantivo, el artículo 489 del Código de Comercio, artículo 1453 del Código Civil y la Disposición General Décimo Primera del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero.

5.3 Sobre la falta de aplicación del artículo 164 del COGEP, indica que, en la valoración de la prueba, ha dejado de aplicarse las reglas de la sana crítica; la legislación nacional ha optado por un sistema de convicción razonada de sana crítica, bajo este sistema de valoración, el juzgador está en la obligación de realizar una actividad silogística, donde la premisa menor es el medio de prueba aportado, la premisa mayor está constituida por las máximas experiencias del juzgador y la conclusión, será la afirmación de existencia o inexistencia del hecho controvertido; que el juzgador incurre en errónea valoración de la prueba basado en el silogismo y en el sistema de valoración de la prueba, al otorgar un valor probatorio diferente al que tiene la fuente o el medio, como cuando se aplica un sistema tarifado, cuando debe regirse por la sana crítica, incluso cuando ante la libre convicción razonada sana crítica lesiona las reglas de la lógica, la experiencia o los conocimientos científico, se estará en un error o falencia en la valoración.

5.4 En este caso, insiste, se puede constatar que el fallo de mayoría incurrió en falta de aplicación de preceptos jurídicos de valoración probatoria, especialmente los artículos 164 y 195 del COGEP, que disponen que la prueba aportada debe ser apreciada en conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica y que cuando un documento privado como un pagaré a la orden cumpla con ciertos requisitos será plenamente eficaz, por lo que no se cumplió con las reglas de la sana crítica.

5.5 Al analizar la causal de violación indirecta contenida actualmente en el caso 4 del artículo 268 del COGEP, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de

la Corte Suprema de Justicia, en Resolución No. 165 de 17 junio de 2003 publicada en el R.O. 147, 14de agosto de 2003 determina: " *La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, que se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, plantea una de las cuestiones más debatidas en el ámbito de la casación, puesto que uno delos principios básicos que rigen este recurso es dejar a la soberanía de los jueces de instancia el examen de los hechos, limitando de esta manera la capacidad jurisdiccional de los tribunales de casación. Sin embargo, también la doctrina admite, y la ley ha recogido este criterio precisamente enesta causal, que el Tribunal de Casación sí puede revisar la apreciación que los jueces de instancia hayan hecho de la prueba, si al hacerlo han violado los preceptos jurídicos que rigen esta actividad valorativa. Así ocurre, por ejemplo, cuando los jueces han fundado su resolución en pruebas incorporadas o actuadas en contravención de normas expresas, o han dado valor a pruebas no admitidas en nuestra legislación, o no han aplicado disposiciones que en forma explícita conceden determinada eficacia probatoria a ciertas pruebas o las niegan a otras, etcétera. Igualmente los tribunales de casación corregirán a los jueces de instancia cuando estos han cometido los errores desuposición o preterición de prueba; es decir, en el primer supuesto, cuando se da por acreditado un hecho sin que exista prueba legalmente válida de tal hecho; o, en el segundo supuesto, cuando no seda por acreditado un hecho a pesar de constar en el proceso prueba idónea de su existencia"*.

5.6 Respecto de la sana crítica, el máximo órgano de administración de justicia ordinaria ha ratificado en varias sentencias, el criterio emitido por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la Resolución No 2242003, publicada en el R.O. No. 193 de 20 de octubre de 2003: *" Lasana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual,pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. Las reglas de la sana crítica conducen en su sentido formal a una operación lógica. Existen algunos principios fundamentales de la lógica que no podránser nunca desoídos por el juez… Las máximas de experiencias de que ya se ha hablado contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba. El Juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, pues, la lógicaapreciación de ciertas conclusiones empíricas de que todo hombre se sirve para moverse en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y con relación al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una larga de máximas de experiencia derogadas por convicciones más exactas; y frente a la misma manera de desarrollar los principios lógicos, la historia del pensamiento humano es un constante progreso en la manera de razonar. Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba, el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya». (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Segunda Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1951. pág. 174, 175 y 176)…" . La valoración de la prueba constituye un proceso que comprende varias etapas que necesariamente se han de cumplir. En primer lugar, se responderá a las preguntas de qué, quién y cómo se ha de probar. En efecto, si no se determina liminarmente qué es lo que se debe probar, quiénestá obligado a actuar la prueba y cuáles son los medios de prueba admisibles, no se contará con los elementos necesarios para proceder a la segunda etapa, que es la determinación de los elementos fácticos de la controversia y tampoco se podrá pasar a la tercera etapa, o sea a la subsunción de tales elementos fácticos en la hipótesis de la ley, que permitirá por último sacar de todo ello la conclusión. Si es que no se cumplen estas tres etapas del proceso, será imposible llegar a una conclusión valedera. Por lo tanto, en primer lugar se procederá a determinar el objeto de la prueba, lo que se logra mediante el examen de la pretensión del actor contenida en su demanda y la del demandado que se expresa en su contestación. Este* último *puede adoptar diversas actitudes frente a la pretensión del primero: si guarda silencio, dentro de los procesos de conocimiento se presumirá que propone como medio de defensa la negativa general de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; en los juicios ejecutivos, en cambio, su silencio se entenderá como aceptación de la pretensión del actor y de allanamiento a la misma; si su contestación es positiva, a su vez puede aceptar en todo o en parte la pretensión del actor o los fundamentos de hecho de la demanda, o puede oponerse negando expresamente la pretensión o sus fundamentos, o proponer excepciones, esto es, afirmando que se han producido hechos posteriores al nacimiento de la relación jurídica en que se funda la pretensión del actor, que la desvirtúan. El Juez ha de analizar con especial de-*

tenimiento tanto el acto de postulación del actor como el de contestación del demandado, para de allí extraer la materia de la controversia. En determinados casos, inclusive, deberá tener en cuenta que la ley establece el sistema de excepciones tasadas, por lo que no formarán parte de la materia de la litis aquellas no previstas en la previsión legal. Una vez establecido el contenido del litigio, en forma completa, precisa y exacta, procederá a determinar los hechos que deben ser probados por el actor y los que deben serlo por el demandado" .

5.7 Para determinar si la sentencia impugnada está incursa los yerros denunciados, hay la necesidad de establecer en primer lugar que, el artículo 195 del COGEP dispone: *" Eficacia de la prueba documental. Para que los documentos auténticos y sus copias o compulsas, hagan prueba es necesario: 1. Que no estén defectuosos ni diminutos, con excepción de lo dispuesto en este Código sobre los documentos defectuosos. 2. Que no estén alterados en una parte esencial, de modo que pueda argüirse falsedad. 3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que, con tales documentos, se intente probar"* . Efectivamente, contiene un precepto de valoración probatoria para los documentos presentados en juicio, que deben ser valorados con esos parámetros, bajo las reglas de la lógica y del correcto entendimiento (sana crítica) aplicados a la relación con los hechos sometidos a juicio. Siendo la pretensión del actor el pago de una suma de dinero contenida en documentos (pagarés) y existiendo como respuesta a ella, falta de contestación a la demanda y a las audiencias convocadas, que de conformidad con el artículo 157 del COGEP: **"** *Falta de contestación a la demanda. La falta de pronunciamiento expreso y concreto sobre los hechos y pretensiones de la demanda, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, deberá ser apreciada por la o el juzgador como negativa de los hechos alegados contenidos en la demanda salvo que la ley le atribuya otro efecto. La falta de contestación se tendrá como negativa de los fundamentos de la demanda*" . Constituyendo, en este juicio ordinario, un medio de defensa de los accionados, en consecuencia de lo cual corresponde únicamente al actor, al tenor de los artículos 169 del COGEP: *" (…) La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa… "* , y 1715 del Código Civil: *" Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta. Para la determinación de los medios de prueba se estará a lo que dispone el Código Orgánico General de Procesos."* , probar sus asertos, sustentados en la existencia de obligaciones dinerarias por el monto de 10.345,30 dólares, contenidos en pagarés a la orden, aparejados a la demanda, contra los cuales se tiene la negativa de los fundamentos de la demanda, documentos que, al tenor de lo prescrito en el artículo 216 del COGEP, constituyen documentos privados: *"Documento privado. Es el que ha sido realizado por personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno, o con* éstos, *en asuntos que no son de su empleo"* , los que, practicados en la forma prescrita en la ley, y no redargüidos de falsos, no encontrarse defectuosos, diminutos, alterados en la parte esencial ni existir de autos instancia o recurso pendiente sobre ellos, constituyen prueba de la obligación, porque la negativa pura de los hechos de la demanda, no comprende la falsedad o nulidad de los instrumentos, que de conformidad con el artículo 198 ibídem, la falsedad material o ideológica debe ser alegada expresamente; documentos que, visto su contenido íntegro, consta que la cantidad que se indica, lo han recibido en calidad de préstamo para destinarlos a negocios de comercio y se obligan incondicionalmente a pagarla al vencimiento del plazo acordado, suscritos por el obligado, contra los cuales, el demandado, al no haber comparecido a las audiencias correspondientes, ha declinado su derecho a practicar prueba o contradecir la actuada.

5.8 Las juezas del voto de mayoría, para dejar de aplicar el artículo 195 del COGEP, sostienen que, los pagarés objeto de litis, han perdido su ejecutividad, para ser un medio escrito de la obligación, por lo que no pueden ser considerados pagarés en sí mismos, sino que constituyen principio de prueba por escrito de la relación que habría dado origen a su emisión y de la obligación que se habría generado a raíz de dicha relación, por lo que se requería de prueba adicional que justifique el origen de la relación entre las partes procesales y los valores reclamados; agregan que no hay prueba de un desembolso.

5.8.1 No determinan cuál es la norma que permite establecer que los pagarés cuyo pago se pretende, han perdido esa naturaleza, habida cuenta que, han sido demandados de conformidad con el artículo 486 del Código de Comercio, vigente a la época de la suscripción de dichos documentos; y que, al tenor del artículo 479 ibídem: " *Todas las acciones que de la letra de cambio resultan contra el aceptante, prescriben en tres años contados desde la fecha del vencimiento.*" , aplicable al pagaré por disposición del artículo 488 ibídem. Se quiere hacer una distinción en cuanto al valor probatorio de los documentos cuyo pago se exige y son el fundamento de la pretensión, si se demanda en procedimiento ordinario, al respecto, vale tomar en

cuenta los siguientes pronunciamientos de la ex Corte Suprema de Justicia y hoy Corte Nacional: " *es decir, el error del recurrente radica en establecer que el solo hecho de la prescripción de la acción ejecutiva, le quitó el valor que como letra de cambio tiene el documento en que se han basado las sentencias de primera y segunda instancia, cuando la letra de cambio deja de ser tal, no porque ha prescrito la acción ejecutiva para reclamar su pago, sino porque no se han cumplido con los requisitos determinados en el artículo 410 del Código de Comercio, en cuyo caso, entonces sí se convierte en principio de prueba por escrito tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia que es acogida y ratificada por este Tribunal de Casación*" .(Expediente 185, Registro Oficial Suplemento 165, 5 de Julio del 2011); " *La acción cambiaría, que se ejerce con fundamento en el cheque y que surge después de su protesto, permite reclamar su pago a través de la vía ejecutiva, verbal sumaria u ordinaria según el caso, ya que la vía escogida "no hace perder la naturaleza cambiaría del documento" (Jaime Teitelbaum "Juicio Ejecutivo Cambiario", (Letra de cambio, vales, conformes o pagarés Cheques) 2a. Edición, Ediciones Idea, Montevideo, 1993, página 58), en igual sentido opina el autor español Guillermo J. Jiménez Sánchez, en su obra "Derecho Mercantil", "que la acción cambiaria puede ejercitarse tanto en juicio ejecutivo como en la vía declarativa ordinaria, sin que en este último caso cambie su naturaleza" (Tomo II, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1995 página 152). Todas estas acciones tienen como característica que el fundamento de la reclamación es el título valor cheque, el cual goza de presunción de autenticidad y de los caracteres de abstracción, literalidad y autonomía, e incluso se presume la licitud de la causa y la provisión de fondos, todo lo cual integra el carácter de título valor según la declaración general que para esta clase de bienes mercantiles contiene el artículo 229 de la vigente Ley de Mercado de Valores"* (Expediente 762, Registro Oficial 103, 7 de Enero de 1999).

5.8.2 Al sostener las Juezas que los documentos presentados en esta causa constituyen principio de prueba por escrito, debemos asumir que se refieren al artículo 1728 del Código Civil, pero esta norma se la debe aplicar, sino en contexto e integralidad con las que le preceden: " *Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares…* " , artículo 1726, lo que se cumple en este caso, consta por escrito; el siguiente artículo 1727 manda que, no se admite prueba de testigos para justificar una obligación de más de ochenta dólares; y el artículo 1728, constituye la excepción a estas dos reglas, haya un principio de prueba por escrito y ejemplifica un pagaré de más de ochenta dólares, pero se refiere al caso en que seha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor compra venta, y que no hace prueba plena de la deuda, porque no certifica la entrega, por lo que, no se puede aplicar esta normativa sin analizar el caso concreto, en los pagarés fundamento de la demanda consta: " *he(mos) recibido en dinero efectivo y en calidad de préstamo…* " , por lo que si dan cuenta de una entrega de dinero y por qué se lo hace; además, nótese que si la norma exige más prueba (1728) en el caso que se cumpla los presupuestos, sigue llamando pagaré, a pesar que repetimos, si exige más prueba, no estamos frente a un procedimiento ejecutivo.

5.8.3 Del análisis realizado se tiene que, al desconocer las juezas de segunda instancia el precepto de valoración probatoria contenido en el artículo 195 del COGEP, que otorga a los documentos puestos al cobro en vía judicial su valor de prueba, han incurrido en el vicio de preterición probatoria, al no considerar la prueba documental (pagarés) aportada al proceso, que guarda estrictamente los requisitos contemplados en la norma referida, son esenciales en la resolución de la causa, y que, al ignorarla, se apartan del cuadro fáctico mercantil y aplican una norma cuya hipótesis es ajena a los hechos, ni siquiera la analizan contextualizándola, ocasionando el quebranto, por falta de aplicación del derecho sustantivo aplicable a la causa contenido en el Código de Comercio. Justificado el yerro acusado, ya no es necesario analizar el caso 5 del artículo 268 del COGEP, en consecuencia se halla procedente la acusación y se CASA la sentencia, en los siguientes términos:

Primero.- La demanda tiene como pretensión el pago de siete pagarés, al amparo del artículo 486 y 489 del Código de Comercio, examinados, reúnen los requisitos contenidos en la norma: " *la denominación del documento inserta en el texto mismo y expresada en el idioma empleado en la redacción del documento. Los pagarés que no llevaren la referida denominación, serán, sin embargo, válidos, si contuvieren la indicación expresada de ser a la orden*; *2o. La promesa incondicional de pagar una suma determinada; 3o. La indicación del vencimiento*; *4o. La del lugar donde debe efectuarse el pago; 5o. El nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago; 6o. La indicación de la fecha y el lugar donde se suscribe el pagaré*; *y, 7o. La firma del que emite el documento (suscriptor)*" .

Segundo. El artículo 456 del Código de Comercio vigente a la época, aplicable al pagaré dispone:

"El portador podrá reclamar de aquel contra quien ejerce sus recursos: 1o. El importe de la letra de cambio no aceptada o no pagada, más los intereses si se hubieren estipulado; *2º .Los intereses al seis por ciento a partir del vencimiento. Cualquiera que sea la tasa de interés pagadero desde que empiece la acción judicial, el demandado no podrá reclamar el reembolso de los intereses pagados por él sino a la tasa del seis por ciento*; *3o. Los gastos del protesto, los de los avisos dados por el portador al endosante precedente y al girador, así como los demás gastos*; *4º .Una comisión, la cual, a falta de convenio, será un sexto por ciento del principal de la letra de cambio y no podrá en ningún caso pasar de esa cuota"* .

Tercero. Demandados en la vía ordinaria el pago de los pagarés y no impugnados por vía de falsedad ni alegada su prescripción, estos documentos, conservan los elementos propios de los títulos, al contener una orden escrita y suscrita por el emisor de pagar una cantidad determinada de dinero al beneficiario, inscrito en el documento, es exigible según el tenor constante en el instrumento, autónomo en cuanto no depende de justificar el origen o las relaciones existentes entre el poseedor y el deudor cambiario, por tanto, como título de crédito, prueba el derecho en él contenido a favor de quien como poseedor presenta el título al cobro, y su valor probatorio no disminuye por el hecho de ser reclamado en la vía ordinaria; al tenor de lo dispuesto en Disposición Décimo Primera del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II, Ley de Mercado de Valores, por lo que goza de la presunción de autenticidad, licitud de causa y provisión de fondos.

Cuarto.- En este caso, los documentos incorporados a la demanda, conservan su condición de pagarés (títulos de crédito), al contener los requisitos exigidos en el artículo 486 del Código de Comercio, documentos mercantiles cuya eficacia probatoria es intrínseca a la literalidad, autonomía, licitud, provisión de fondos y autenticidad, presunción iuris tantum que le otorga la ley, contra la cual vale actuar prueba en contrario, que no se ha opuesto en la causa, por ende, habiendo sido anunciados, incorporados y practicados como medio probatorio para justificar la existencia de la obligación cuyo pago se reclama, en la forma prevista en el COGEP, son conducentes para probar el hecho alegado en la demanda existencia de una deuda que no ha sido pagada y es exigible, se presume su autenticidad, no existe alegación ni prueba en contrario; su contenido sirve por sí mismo, para llevar al convencimiento de los hechos que se quieren demostrar con ellos, el actor es acreedor de la parte accionada, respecto a la suma de dinero en ellos contenidas y los intereses allí consignados.

DECISIÓN: 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"** , CASA la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha voto de mayoría ordena que, la compañía Zénix Telecomunicaciones S.A., a través de su representante legal, pague a la Asociación de Empresas Proveedoras de Servicios de Internet, Valor Agregado, Portadores Tecnologías de la Información, Aeprovi, el importe de los pagarés adjuntados a la demanda, que suman en total, la cantidad de diez mil trescientos cuarenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América 30/100 (USD $ 10.345,30), más los intereses legales a partir de la citación con la demanda. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. Devuélvase los expedientes al Tribunal y Juzgado de origen.

Notifíquese.

f) Dr. Pablo Fernando Valverde Orellana, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. Pablo Fernando Loayza Ortega, CONJUEZ NACIONAL; Dr. Carlos Vinicio Pazos Medina, JUEZ NACIONAL (E).

Gaceta Judicial

año 2020

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *17204-2017-01855*
Resolución Nro. *170-2020*
Fecha**:** *22 de octubre del 2020, las 09H13*

TEMA: Presupuestos para la impugnación del reconocimiento voluntario que busca el cese de la relación filial.

ASUNTO

El demandante, mediante acción de impugnación de los hijos concebidos en el matrimonio, con fundamento en lo que establece el Código Civil en sus artículos 233 y 233 A #4, solicita se declare la inexistencia del vínculo sanguíneo por medio del examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), para que en efecto se corrobore la ausencia del vínculo sanguíneo entre la demandada (su hermana) y su padre.

En la causa se discute si es procedente el examen de ADN como prueba sustancial para el éxito de la acción de impugnación del reconocimiento voluntario.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador señala que la norma prevé dos formas de impugnación para el reconocimiento de la filiación: la primera es de la paternidad o maternidad de los hijos concebidos dentro del matrimonio y la segunda es la impugnación del reconocimiento de la persona nacida fuera del matrimonio.

El juez determinó la errónea fundamentación en la demanda, ya que, por ser un acto de reconocimiento voluntario, lo correspondiente procesalmente es la declaratoria de nulidad del acto, por lo que el examen de ADN no configura prueba sustancial para la el éxito de la acción. Es así que en sentencia se niega la demanda del actor por no contar con los elementos suficientes que den sustento a la pretensión planteada.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha determinó que la pretensión fue erróneamente planteada de acuerdo al artículo 233 A #4 del Código Civil, debiendo apoyar su petición en el artículo 250 ibídem. Por tanto, el tribunal considera que la acción, en la forma propuesta, deviene en improcedente, desechando la demanda por no probarse los fundamentos de la acción ni de la pretensión.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17204-2017-01855

Juez Ponente: Dr. Carlos Vinicio Pazos Medina

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.

Quito, 22 de octubre del 2020, las 09H13.

VISTOS: Viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto por Diego Ramiro Arcos Salvador, el que, ha sido admitido a trámite mediante auto emitido el 04 de enero del 2020, las 11h39, por el Conjuez competente de esta Sala Especializada, constante a fs. 5-6 del expediente de casación.

PRIMERO: COMPETENCIA

En virtud que hemos sido designados Conjueces

Temporales de la Corte Nacional de Justicia mediante resolución número 197-2019 del Pleno del Consejo de la Judicatura y de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial nos ha correspondido asumir la calidad de Jueces Nacionales de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores a los señores doctores María de los Ángeles Montalvo Escobar y Carlos Vinicio Pazos Medina (Juez Ponente); los suscritos de acuerdo al acta de sorteo correspondiente conformamos el Tribunal conjuntamente con el Conjuez doctor Himmler Roberto Guzmán Castañeda en su condición de Juez encargado de conformidad con la Resolución 07-2019 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, y conocemos el presente recurso según lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con lo previsto en los artículos 189.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 269 del Código Orgánico General de Procesos.

SEGUNDO: ANTECEDENTES, FUNDAMENTOS Y NORMATIVA

2.1. ANTECEDENTES

Diego Ramiro Arcos Salvador, interpone recurso de casación respecto de 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 Pichincha, el 7 de agosto de 2019, las 10h45, dentro del juicio que por impugnación de paternidad sigue en contra de Claudia Angélica Arcos Salvador.

Realizada la audiencia de debate, prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, el día martes 13 de octubre de 2020, y emitida en ella la decisión mediante el pronunciamiento oral respectivo, en sujeción a lo previsto en el artículo 93 ibídem, este Tribunal pasa a motivarla por escrito en los siguientes términos:

2.2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Con fundamento en el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, señala el recurrente que la sentencia impugnada carece de motivación y particularmente de lógica, pues los jueces de instancia, luego de validar la aplicación de la norma contenida en el artículo 233 A del Código Civil y de destacar que la paternidad impugnable no perjudica sus derechos sucesorios porque más bien se está pretendiendo "vulnerar o violentar la voluntad de mi padre, contra todo pronóstico, se han permitido concluir que 'la pretensión del recurrente no encuentra asidero jurídico al ser la normativa citada no aplicable a la presente causa (…)" (Sic) lo cual, constituye una total falta de congruencia. Sostiene que resulta tan ilógica y parcializada la sentencia y carente de motivación, porque en ella no se explica la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho y que esto no pudieron realizarlo porque no se permitieron tomar en consideración cuál era la pretensión de la demanda y el objeto de la controversia fijado en la audiencia preliminar, esto es, que se declare que el señor Vicente Pacífico Arcos Tirira no es el padre biológico de Claudia Angélica Arcos Salvador. Señala que, si los fundamentos de derecho detallados en la demanda no eran los correctos, debían corregir dicho error de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del COGEP, pero que tal ha sido el nivel de omisión que han dejado de lado la pretensión y el objeto de la controversia, aseverando sin ningún reparo que la normativa de la demanda no es aplicable.

Aduce que la sentencia también carece de motivación por cuanto aquella, en su considerando tercero, declara la validez procesal por considerar que no se encuentra en el proceso omisión a solemnidad sustancial alguna que pueda afectar la validez de la causa ni nulidades procesales, aun cuando en la sentencia de primera instancia la jueza se ha declarado competente para resolver un juicio de "Impugnación de reconocimiento de menor" cuando se trata de impugnación de paternidad, pero que al parecer, para los jueces provinciales, el hecho de que un juzgador se declare competente para conocer y resolver una causa distinta de la que efectivamente están conociendo se trata de algo sin mayor relevancia, cuando aquello realmente desnaturaliza el proceso y violenta el derecho a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, y vuelve a la sentencia incongruente entre sus premisas y la conclusión a la que arriba.

Sostiene, con respecto a la falta de motivación, además, que la sentencia no se ajusta a la verdad procesal, pues en ella se ha atribuido sus medios probatorios a la demandada, aun cuando ella no anunció ninguna prueba en su contestación a la demanda. Adicionalmente, arguye que jamás fundamentó su demanda en la totalidad del artículo 233 del Código Civil, sino únicamente en lo relativo al examen comparativo de patrones de banda de ácido desoxirribonucleico (ADN) y, por tanto, se está dejando de lado la realidad del proceso, estableciéndose situaciones distintas que provocan que

la sentencia carezca de total motivación.
Al amparo del caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, señala el recurrente que el fallo incurre en falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la Resolución 05-2014 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicado en el R.O. Suplemento 346 de 02 de octubre de 2014, que sobre la valoración de la prueba ADN señala: "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.", aduce que en el caso de juicios de impugnación de paternidad y maternidad y, en los juicios de impugnación de reconocimiento cuando tal acción no haya sido planteada por el reconociente, esta norma es totalmente aplicable porque aquella establece el mecanismo o la forma cómo debe ser valorada la prueba de ADN (medio de prueba en el que se produjo la infracción); sostiene que lo expuesto, ha conllevado a que la sentencia incurra en una equivocada aplicación del artículo 233 A del Código Civil, pues el examen de ADN determinó que entre la demandada y su fallecido padre Vicente Pacífico Arcos Tirira no existe vínculo consanguíneo.
Con fundamento en el caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, expresa el casacionista que en la sentencia impugnada existe una errónea interpretación del artículo 233 A del Código Civil, pues aquella prevé quiénes se encuentran legitimados para plantear una acción de impugnación de paternidad, y por tanto, al afirmarse en ella que no hay perjuicio y que más bien se está pretendiendo violentar la voluntad de su padre, los jueces no podrían haber emitido una sentencia de fondo, porque ante la falta de legitimación en la causa, el remedio procesal es la nulidad. Afirma que, en calidad de único hijo biológico de Vicente Pacífico Arcos Tirira, presentó la demanda que motiva esta acción, porque se encuentra legitimado para hacerlo al amparo del artículo 233 A número 4 del Código Civil, y que, si la demandada sigue constando como hija de su padre, ¿cómo aquello no perjudicaría sus derechos sobre la sucesión de su padre?, pues resulta lógico que al constar como hija de su padre y habiendo fallecido, se encuentra verificado el perjuicio a sus derechos de sucesión. Expresa que resulta absurdo asumir como cierto, cualquier argumento encaminado a que la norma es aplicable únicamente a los hijos nacidos en matrimonio, puesto que en ese escenario el legislador no habría incorporado a la acción de impugnación de maternidad en la misma norma, y que, pretender dar por cierto ese argumento no tiene sentido, ya que el numeral 3 del artículo 233A ya no le faculta al marido, sino a quién consta legalmente como padre o madre, para lo cual debió haber antecedido un reconocimiento voluntario, por tanto el título VII *"De los hijos concebidos en matrimonio, Libro I. De las Personas, de la Codificación del Código Civil ha cambiado, ya no es exclusiva para los hijos nacidos dentro del matrimonio, caso contrario implicaría que los hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden iniciar una acción de impugnación de la maternidad, por tanto, dicha norma ha sido erróneamente interpretada (…)"* (Sic)
Imputando la misma causal, acusa a la sentencia de indebida aplicación del artículo 66.28 de la Constitución de la República del Ecuador en la que los jueces han fundamentado su decisión, sostiene que aun cuando dicha norma es relativa al derecho a la identidad, el Código Civil ha previsto las instituciones de impugnación de maternidad y paternidad e, impugnación del reconocimiento, y mientras que las normas que las regulan y forman parte del Código Civil no sean declaradas inconstitucionales, son aplicables. Y, por tanto, la norma constitucional era impertinente al caso y en su lugar los jueces debían aplicar la norma contenida en el artículo 233 A del Código Civil a fin de aceptar su demanda.
Al amparo de la causal invocada, acusa a la sentencia de falta de aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios que han sido determinantes de su parte dispositiva. En este sentido, arguye que existe falta de aplicación de la Resolución 05-2014 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicado en el R.O. Suplemento 346 de 02 de octubre de 2014, pues de aquel, deviene con claridad que únicamente en los casos de impugnación de reconocimiento que han sido incoados por el reconociente, la prueba de ADN carece de valor probatorio, no así en los juicios de impugnación de maternidad o paternidad e incluso en los de impugnación de reconocimiento planteados por alguien distinto al reconociente, pues en estos casos constituye un medio probatorio idóneo para demostrar la pretensión de la demanda; y que, en la presente caso, el examen de ADN demostró que la demandada no es hija biológica de su padre, por lo que los jueces de instancia debían aplicar dicho precedente jurisprudencial obligatorio por ser per-

tinente al caso concreto.

2.3. LEGISLACIÓN A SER CONSIDERADA PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO.

2.3.1. Artículo 76.7.l) de la Constitución de República, que en su parte pertinente ordena que: *"Las resoluciones de los poderes públicos, deben ser motivadas. (…)"* En concordancia, el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina: *"Es facultad esencial de juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos"*; y, el artículo 89 del COGEP: *"Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación."*

2.3.2. Libro I, Título VII del Código Civil denominado "DE LOS HIJOS CONCEBIDOS EN MATRIMONIO", artículo 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."*; artículo 233.A: *"La acción de impugnación de paternidad o maternidad podrá ser ejercida por: 1. Quien se pretenda verdadero padre o madre. 2. El hijo. 3. El que consta legalmente registrado como padre o madre y cuya filiación impugna. 4. Las personas a quienes la paternidad o maternidad impugnable perjudique en sus derechos sobre la sucesión de los que constan legalmente como padre o madre. En este caso, el plazo para impugnar será de ciento ochenta días contados a partir de la defunción del padre o madre."*

2.3.3. Libro I, Título VIII del Código Civil denominado "DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LOS HIJOS", artículo 247: *"Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido."*; artículo 248: *"El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce. En todos los casos el reconocimiento será irrevocable.";* artículo 249: *"El reconocimiento podrá hacerse por escritura pública, declaración judicial, acto testamentario, instrumento privado reconocido judicialmente, declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo o en el acta matrimonial. El reconocimiento se notificará al hijo, quien podrá impugnarlo en cualquier tiempo. Si solamente es uno de los padres el que reconoce, no podrá expresar la persona en quién o de quién tuvo el hijo."*; artículo 250: *"La impugnación del reconocimiento de paternidad podrá ser ejercida por: 1. El hijo. 2. Cualquier persona que pueda tener interés en ello. El reconociente podrá impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad para demostrar que al momento de otorgarlo no se verificó la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez. La ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido no constituye prueba para la impugnación de reconocimiento en que no se discute la verdad biológica."*

2.3.4. Resolución 05-2014 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicado en el R.O. Suplemento 346 de 02 de octubre de 2014, que resuelve, respecto de la impugnación de reconocimiento voluntario, lo siguiente: *"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."

TERCERO: PROBLEMA JURÍDICO.

Si la sentencia impugnada incurre en falta de motivación; falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; o, vulneración de normas de derecho sustantivo que hayan sido determinantes de su parte dispositiva, al declarar sin lugar la demanda, por considerar que la pretensión del accionante no tiene asidero jurídico.

CUARTO: ANÁLISIS MOTIVADO DEL RECURSO INTERPUESTO.

Atendiendo la reflexión cronológica de la decisión oral asumida por el Tribunal, en el orden de prelación se pasa analizar los cargos:

4.1. PRIMER CARGO. Con fundamento en el caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, expresa el casacionista que en la sentencia impugnada existen las siguientes infracciones: 1. Errónea interpretación del artículo 233 A del Código Civil, pues aquella prevé quienes se encuentran legitimados para plantear una acción de impugnación de paternidad, y por tanto, al afirmarse en ella que no hay perjuicio y que más bien se está pretendiendo violentar la voluntad de su padre, los jueces no podrían haber emitido una sentencia de fondo porque ante la falta de legitimación en la causa, el remedio procesal es la nulidad. Que resulta absurdo asumir como cierto, cualquier argumento encaminado a que la norma es aplicable únicamente a los hijos nacidos en matrimonio, pues el título VII *"De los hijos concebidos en matrimonio, Libro I. De las Personas, de la Codificación del Código Civil ha cambiado, ya no es exclusiva para los hijos nacidos dentro del matrimonio, caso contrario implicaría que los hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden iniciar una acción de impugnación de la maternidad, por tanto, dicha norma ha sido erróneamente interpretada (…)"* (Sic); 2. Indebida aplicación del artículo 66.28 de la Constitución de la República del Ecuador en la que los jueces han fundamentado su decisión, sostiene que aun cuando dicha norma es relativa al derecho a la identidad, era impertinente al caso y en su lugar los jueces debían aplicar la norma contenida en el artículo 233 A del Código Civil y aceptar su demanda; 3. Falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la Resolución 05-2014 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicado en el R.O. Suplemento 346 de 02 de octubre de 2014, pues de aquel, deviene con claridad que únicamente en los casos de impugnación de reconocimiento que han sido incoados por el reconociente, la prueba de ADN carece de valor probatorio, no así en los juicios de impugnación de maternidad o paternidad e incluso en los de impugnación de reconocimiento planteados por alguien distinto al reconociente, pues en estos casos constituye un medio probatorio idóneo para demostrar la pretensión de la demanda; y que, en la presente caso, el examen de ADN demostró que la demandada no es hija biológica de su padre, por lo que los jueces de instancia debían aplicar dicho precedente jurisprudencial obligatorio por ser pertinente al caso concreto. Al respecto se considera:

3.1. El caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, prevé como motivo de casación la violación directa de la ley, con prescindencia de las cuestiones de hecho. La jurisprudencia colombiana, respecto al caso cinco que se halla establecido en términos similares a los que prevé nuestro ordenamiento jurídico, expresa que la trasgresión de una norma de derecho sustancial puede ser por omisión o por comisión *"ocurre lo primero cuando el juez pretermite su aplicación a los casos que la requieren y reclaman; y sucede lo segundo cuando la aplica a supuestos que tal ley no contempla, o cuando, siendo la pertinente, la hace actuar en la controversia, pero atribuyéndole un sentido que ese precepto no tiene."*[1]

3.2. El vicio de errónea interpretación de normas de derecho, ocurre en la sentencia cuando siendo la norma pertinente para el caso que se juzga, el juzgador la entiende dándole un sentido o alcance que no le pertenece. Al respecto, este Tribunal considera que de la lectura de la sentencia, no se evidencia que los jueces de apelación, hayan realizado una errónea interpretación del artículo 233 A del Código Civil, estableciendo con respecto a la misma, un alcance que no le corresponde, pues en base a ella y entendiéndola rectamente en su sentido literal, es que resuelven que no tiene asidero la pretensión del accionante al haberse jus-

[1] Murcia Ballén, Humberto. La Casación Civil en Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Sexta Edición. 2005. P. 326.

tificado que la presente causa trata sobre un reconocimiento voluntario al que no le son atribuibles las reglas de la impugnación de paternidad. Así también, existe una confusión en el recurrente al fundamentar el cargo acusado, pues sostiene que la acción de impugnación de paternidad no es exclusiva para los hijos concebidos en matrimonio, por cuanto aquello implicaría que los "*hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden iniciar una acción de impugnación de la maternidad";* en este sentido, como ha señalado el Tribunal de instancia, hay que tener claro que nuestra legislación prevé dos tipos de impugnaciones con respecto a la filiación, la primera, la impugnación de paternidad o maternidad de un hijo concebido en matrimonio y, la segunda, la impugnación del reconocimiento que se ha hecho respecto de una persona nacida fuera del matrimonio. En el primer caso, las normas pertinentes son las previstas en el artículo 233 y siguientes del Código Civil, mientras que, en el segundo supuesto, las normas que fundamentan la acción, son las constantes en el artículo 247 y siguientes del mismo cuerpo legal. Por tanto, la ley sí ha previsto la posibilidad de impugnación en ambos casos, solo que cada uno se rige bajo supuestos diferentes y para su procedencia se han de probar distintos hechos.

3.3. En atención al cargo de indebida aplicación del artículo 66.28 de la Constitución de la República, que consagra: "*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 Tribunal considera: El vicio de indebida aplicación ocurre en una sentencia, cuando aquella subsume los hechos en una norma que no corresponde a la relación jurídica sustancial, utilizándola para declarar, reconocer o negar un derecho, en un caso concreto; bajo esta óptica, la aplicación de la norma constitucional que consagra el derecho a la identidad personal y colectiva de todas las personas dentro de los juicios que estén relacionados con la filiación siempre será debida, siendo la identidad parte esencial de todo ser humano. En consecuencia, se desecha el cargo, dejándose sentado, que las acusaciones esgrimidas al amparo de esta causal, deben referirse a normas de derecho sustancial, particulares y concretas al caso en estudio – entiéndase aquellas que declaran, crean o extinguen derechos -, no siendo viable la acusación de normas generales.

3.4. Finalmente, con respecto a la acusación de falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la Resolución 05-2014 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicado en el R.O. Suplemento 346 de 02 de octubre de 2014, este Tribunal considera que la aplicación de dicho precedente que regula la impugnación de reconocimiento voluntario, no era aplicable a la presente causa, tratándose de una acción de impugnación de paternidad incoada al amparo del artículo 233 y siguientes del Código Civil que regula la situación respecto de "LOS HIJOS CONCEBIDOS EN MATRIMONIO", por tanto la acusación de falta de aplicación carece de asidero legal, y en consecuencia, se lo rechaza.

4.2. SEGUNDO CARGO. Al amparo del caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, señala el recurrente que el fallo incurre en falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la Resolución 05-2014 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicado en el R.O. Suplemento 346 de 02 de octubre de 2014, que sobre la valoración de la prueba ADN señala: *"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.",* aduce que en el caso de juicios de impugnación de paternidad y maternidad y, en los juicios de impugnación de reconocimiento cuando tal acción no haya sido planteada por el reconociente, esta norma es totalmente aplicable porque aquella establece el mecanismo o la forma cómo debe ser valorada la prueba de ADN (medio de prueba en el que se produjo la infracción); sostiene que lo expuesto, ha conllevado a que la sentencia incurra en una equivocada aplicación del artículo 233 A del Código Civil, pues el examen de ADN determinó que entre la demandada y su fallecido padre Vicente Pacífico Arcos Tirira no existe vínculo consanguíneo. Al respecto, este Tribunal considera:

4.2.1. El caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, prevé como motivos de casación, tres vicios que afectando preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, por falta de aplicación, aplicación indebida y errónea interpretación, hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de dere-

cho en la sentencia.
Para entender el alcance del caso invocado, debemos señalar, que los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, son aquellas normas que establecen cómo ha de apreciarse la prueba a fin de regular su validez; mientras que las normas de derecho sustantivo, no son otras que aquellas que prevén los deberes y facultades de las personas, en un sentido más amplio, las que regulan el fondo de la controversia, el derecho reclamado.
La jurisprudencia ecuatoriana, respecto a la causal 3 del artículo 3 de la derogada Ley de Casación, que se encuentra recogida actualmente en el numeral 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, prevé como requisitos para la procedencia de esta causal, los siguientes: "a)Explicar en qué consiste individualmente cada prueba mal apreciada o dejada de apreciar; b) Determinar los preceptos jurídicos supuestamente violados en esa valoración de la prueba; c) Precisar si la violación es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de esos preceptos; d) Indicar que 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."[2]
4.2.2. El vicio de falta de aplicación implica un "error de existencia", pues el juez omite aplicar una determinada norma a un caso que necesariamente lo requiere. En este sentido, el recurrente arguye falta de aplicación de la Resolución 05-2014 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el R.O. Suplemento 346 de 02 de octubre de 2014, que trata sobre el reconocimiento voluntario de hijos e hijas, sin considerar que su aplicación no era pertinente a la presente causa, pues como lo ha dejado sentado en el libelo de su recurso y en la exposición realizada en la audiencia convocada, la pretensión de su demanda, ha sido la impugnación de la paternidad de Vicente Pacífico Arcos Tirira respecto de Claudia Angélica Arcos Salvador, pretensión amparada en las normas constantes en los artículos 233 y 233 A del Código Civil, y que ha de incoarse respecto a "LOS HIJOS CONCEBIDOS EN MATRIMONIO" según lo señala el Título VII de dicho cuerpo normativo. En tal virtud, la acusación deviene en improcedente, por lo que se la desecha.
TERCER CARGO. Con fundamento en el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, señala el recurrente que la sentencia impugnada carece de motivación por tres motivos: 1. Porque si los jueces consideraban que la normativa citada no era aplicable al caso, debían corregir dicho error de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del COGEP, pero que tal ha sido el nivel de omisión que han dejado de lado la pretensión y el objeto de la controversia, aseverando sin ningún reparo que la normativa de la demanda no es aplicable; 2. Por cuanto la sentencia declara la validez procesal por considerar que no se encuentra en el proceso omisión a solemnidad sustancial alguna que pueda afectar la validez de la causa ni nulidades procesales, aun cuando en la sentencia de primera instancia la jueza se ha declarado competente para resolver un juicio de "Impugnación de reconocimiento de menor" cuando se trata de impugnación de paternidad, lo cual, desnaturaliza el proceso y violenta el derecho a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, y vuelve a la sentencia incongruente entre sus premisas y la conclusión a la que arriba; y, 3. Porque la sentencia no se ajusta a la verdad procesal, pues en ella se ha atribuido sus medios probatorios a la demandada, aun cuando ella no anunció ninguna prueba en su contestación a la demanda. Al respecto, este Tribunal considera:
4.1.1. El caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, prevé como motivo de casación: *"Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."* De lo expuesto, deviene con claridad los supuestos bajo los que procede la presente causal: a) Cuando la sentencia o auto no contenga los

[2] Tama, Manuel. "El recurso de casación en la jurisprudencia nacional". EDILEX S.A. Editores. Versión Unificada. 2011. P. 353.

requisitos exigidos por la Ley, ha de entenderse aquellos señalados en el artículo 95 del COGEP; b) Cuando en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, pues de existir aquella contradicción o incompatibilidad la sentencia se tornaría inejecutable; y, c) Falta de motivación, presupuesto que si bien consta como requisito de la sentencia en el artículo 95.7 ibídem, connota especial transcendencia, no solo legal, sino constitucional, pues la consecuencia de su omisión no es otra que la nulidad.

4.1.2. La Constitución de la República del Ecuador, entre las garantías básicas del debido proceso, establece como parte del derecho a la defensa, la motivación de las resoluciones emanadas por los poderes públicos, garantía constitucional que se encuentra prevista además como facultad jurisdiccional de juezas y jueces en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

4.1.3. De la lectura de la sentencia impugnada, este Tribunal obtiene que al analizar la legitimación en la causa del accionante para incoar la presente acción, se plantea la siguiente interrogante "¿la paternidad de CLAUDIA ANGÉLICA ARCOS SALVADOR perjudica los derechos sucesorios de DIEGO RAMIRO ARCOS SALVADOR?" para concluir señalando que "al conceder un derecho sucesorio no se le perjudica a otro sucesor sino simplemente se cumple la premisa universal de 'dar a cada quien lo que le corresponde' (…)" (Sic) Conclusión que no se corresponde o con el análisis efectuado por el Tribunal de instancia en sus considerandos y que trae como consecuencia que aquella sea ilógica, pues que, efectivamente tal paternidad afectaría los derechos en la porción de la sucesión que como heredero le correspondería al accionante por el fallecimiento de su padre Vicente Arcos Tirira, y es justamente aquello lo que legitima su accionar al amparo del artículo 233A.2 del Código Civil[3]. En virtud de lo expuesto, al haberse determinado que la sentencia efectivamente incurre en falta de motivación, por falta del requisito de lógica, aquella debe ser CASADA en sujeción a lo dispuesto en los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 89 del Código Orgánico General de Procesos; y, de conformidad con el artículo 273.4 del Código Orgánico General de Procesos este Tribunal, procede a corregir la motivación efectuada por el Tribunal de instancia en los siguientes términos:

Diego Ramiro Arcos Salvador demanda a Claudia Angélica Arcos Salvador, la impugnación de la paternidad a fin de que mediante sentencia se declare que la demandada no es hija de su difunto padre Vicente Pacífico Arcos Tirira. Expresa en su demanda, que la demandada fue inscrita en 1971 como hija de Mercedes Adela Salvador Zarria y de padre desconocido; que, en 1977 Vicente Pacífico Arcos Tirira contrae matrimonio con Mercedes Adela Salvador Zarria; que, posteriormente, según consta al margen de la partida de nacimiento que adjunta a la demanda, Claudia Angélica Arcos Salvador fue reconocida por su padre Vicente Pacífico Arcos Tirira como hija, lo cual no es verdad, ya que su padre no fue su padre biológico, fue hijastra, pero por un tema económico y médico se vio obligado a reconocerla como hija el 22 de febrero de 1979, por cuanto la demandada sufrió a los 8 años una quemadura grave en su cuello y, para que pueda tener acceso a la atención médica en el Hospital de las Fuerzas Armadas, se debía demostrar que era hija legítima de un militar. Por tanto, en atención a lo dispuesto en los artículos 233 A número 4 y 233 del Código Civil demanda la impugnación de la paternidad referida.

La demandada comparece a fs. 65 de los autos contestando la demanda, y aduce que efectivamente como manifiesta el actor, fue inscrita a su nacimiento como hija de Mercedes Adela Salvador Zarria y de padre desconocido. Pero que posteriormente fue reconocida como hija de del señor Vicente Pacífico Arcos Tirira, el 22 de febrero de 1979, tal como consta al margen de su partida de nacimiento. Agrega que el reconocimiento se efectuó en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes y en plena observancia de los requisitos esenciales de validez exigidos para el acto en cuestión, es decir, plena capacidad del declarante, ausencia total de vicios de voluntad y cumplimiento pleno de los elementos de solemnidad sustancial. Sostiene que el accionante en su demanda no ha

[3] "El derecho a la identidad presupone el libre conocimiento de datos personales y familiares, y acceso a éstos, para satisfacer a una necesidad existencial y salvaguardar los derechos individuales. (…)" Sentencia Corte Constitucional 003-18-SCN-CC. Caso número 157-13-CN. Fecha 06 de junio de 2018.

pretendido ni probado la existencia de elementos que determinen la nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad realizada por Vicente Pacífico Arcos Tirira en 1979; que, el actor funda su pretensión erróneamente en el artículo 233 A, numeral 4 del Código Civil, pese a no existir causa legal para ello, pues debió fundar su pretensión en el artículo 250.2 ibídem, en tal virtud, opone como excepción previa error en la forma de proponer la demanda; y, solicita se declare sin lugar la demanda.

Al respecto, este Tribunal considera:

La Corte Nacional de Justicia respecto de la impugnación de la filiación ha señalado: *"La ley prevé dos formas de impugnación de la filiación: 1. La del hijo nacido dentro de matrimonio; y, 2. La del reconocimiento voluntario. 3.1.1. La acción de impugnación de paternidad del hijo nacido en matrimonio, procedía en los términos previstos en el derogado artículo 236 del Código Civil, a impulso del marido, sujeta a caducidad; de los herederos de éste o de toda persona que tuviera interés actual en ello. Con las reformas introducidas en el Código Civil, por la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de Junio del 2015, pueden proponerla: quien se pretenda verdadero padre o madre; el hijo; quien consta legamente registrado como padre o madre de aquel cuya filiación impugna; y las personas a quienes la paternidad o maternidad impugnable perjudique en sus derechos sucesorios con respecto a quienes constan legalmente como padre o madre, en cuyo caso, la acción caduca en el que el plazo de 180 días a partir de la defunción del padre o madre. (Artículo 233A del Código Civil). 3.1.2. El reconocimiento voluntario de paternidad o maternidad, puede ser impugnado por el reconocido en cualquier tiempo (artículo 250 Código Civil) en virtud de su inalienable derecho constitucional a la identidad, y por cualquier persona que pueda tener interés en ello; el reconociente solo lo puede impugnar por vía de nulidad, cuando al reconocimiento, no concurrieron los requisitos para su validez. (Artículo 250 sustituido por artículo 33 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de Junio del 2015)"*[4]

De los fundamentos esgrimidos por el accionante en el libelo de su demanda, y no objetados por la contraparte, se desprenden los siguientes hechos: Que la demandada nació en el año 1971; que fue reconocida por Vicente Pacífico Arcos Tirira en 1979, es decir cuando Claudia Angélica Arcos Salvador tenía 8 años de edad; y que, Vicente Pacífico Arcos Tirira contrae matrimonio con Mercedes Adela Salvador Zarria en 1977. De lo expuesto, resuelta evidente que nos encontramos frente a una impugnación de reconocimiento voluntario y no de paternidad, pues la demandada no fue concebida dentro de matrimonio y por tanto, no le son aplicables las reglas que rigen la impugnación de paternidad previstas a partir del artículo 233 del Código Civil. No existe duda de que la demandada no es hija biológica de Vicente Pacífico Arcos Tirira, no solo por la línea de tiempo en que ocurrieron los hechos, sino porque existe un examen de ADN que con certeza prueba tal particular; sin embargo, dicho reconocimiento, realizado de manera voluntaria y que según la ley tiene carácter irrevocable no puede ser desvanecido con un examen de ADN, en atención a lo prescrito en el inciso final del artículo 250 del Código Civil que prevé: *"La ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido no constituye prueba para la impugnación de reconocimiento en que no se discute la verdad biológica.",* acción que además, debió haber sido demandada al amparo de las normas que regulan el reconocimiento voluntario de los hijos (artículo 247 y siguientes del Código Civil), y bajo aquellas, demostrarse la existencia de vicios en el consentimiento del reconociente al momento de su otorgamiento; por tanto, la acción en la forma propuesta, deviene en improcedente.

QUINTO: 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"** AL CASAR la sentencia dictada el 7 de agosto de 2019,

[4] Sentencia dictada el 31 de mayo de 2017 por la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio número 17761-2016-0294 (Hidalgo Salavarría vs Hidalgo Villón).

las 10h45, por el Tribunal de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, declara sin lugar la demanda, bajo la motivación que antecede. Sin costas ni multas. En virtud del artículo 2 de la Resolución 018-2017 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 22 de noviembre de 2017, y, en atención a la razón sentada por la Secretaria de la Sala, la presente sentencia se notifica sin la firma del doctor Roberto Guzmán Castañeda. **Notifíquese y devuélvase** los expedientes de instancia para los fines de ley.

f) Dr. Carlos Vinicio Pazos Medina, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. María de los Ángeles Montalvo Escobar, JUEZA NACIONAL; Dr. Roberto Himmler Guzmán Castañeda CONJUEZ NACIONAL.

II

Juicio Nro. *07205-2019-00091*
Resolución Nro. *005-2021*
Fecha: *15 de enero 2021, las 12H04*

TEMA: Aplicación de métodos alternativos de valoración probatoria para la declaración de interdicción civil en los casos de deterioro del estado cognitivo, mental y trastorno como discapacidad intelectual.

ASUNTO

El demandante, mediante acción de declaratoria de interdicción civil, establecida en el artículo 478 del Código Civil, solicita se declare en interdicción al demandado, fundamentando su pretensión en la carente facultad mental que posee el accionado para administrar sus bienes.

En la causa se discute si es procedente la declaratoria de interdicción civil por medio de la utilización de métodos alternativos de valoración probatoria, como el criterio de la sana crítica empleado por el juzgador en los procesos de curaduría o representación.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

La parte actora solicita al juzgador la declaratoria de la interdicción civil para la protección del patrimonio jurídico que adquiera a futuro el demandado; ya que, el accionado padece de deficiencias físicas e intelectuales, mismas que se encuentran avaladas por la Dirección Nacional de Discapacidades, por medio de la calificación realizada de que el demandado consta con un porcentaje muy alto de deterioro y discapacidad mental. El juez, atendiendo al artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, alusivo a la valoración de las pruebas, determina que la prueba pericial no consiguió el resultado médico de demencia, por lo que el juzgador procedió a valorar las pruebas en conjunto, incluyendo la declaración del demandado, por lo que al dictar sentencia, declaró la interdicción civil del demandado, ya que constató que el accionado no contaba con lucidez ni coherencia al proporcionar las respuestas requeridas, corroborando lo afirmado por el accionante en su demanda.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Oro reitera la declaración de interdicción del demandado, inhabilitándolo para administrar bienes y obligarse. Nombra en calidad de curador al hermano y accionante en la causa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 485 del Código Civil.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 07205-2019-00091
Juez Ponente: Dr. Pablo Fernando Valverde Orellana

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.

Quito, 15 de enero 2021, las 12H04.

VISTOS: Viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto en el juicio tramitado en procedimiento sumario; pretensión, declaración de interdicción, propuesto por Edwin Jacinto y Lesther Jhonny Illescas Estupiñan en contra de Denny Eder Illescas Estupiñan y Lourdes del Rocío Benalcázar Castro.

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: Los que suscribimos, doctora María de los Angeles Montalvo Escobar y doctor Pablo Fernando Valverde Orellana (Ponente), hemos sido designados y posesionados como Conjueces Temporales de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución Nº 197-2019 del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura; y Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Conjuez Nacional, somos Jueces Encargados de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, por la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia No. 07-2019 de 11 de diciembre de 2019, por lo que, tenemos competencia en la presente causa, acorde con lo que manda el artículo 184.1 de la Constitución del Ecuador, en correspondencia y armonía con los artículos 184 y 189.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2. ANTECEDENTES: 2.1. Lourdes del Rocío Benalcázar Castro y Denny Eder Illescas Estupiñan, interponen recurso extraordinario de casación impugnando la sentencia dictada el 30 de agosto de 2019, las 08h40, por un tribunal de jueces de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, que desecha el recurso de apelación y confirma en todas su partes la sentencia de primera instancia, que declara la interdicción civil del señor Denny Eder Illescas Estupiñan.

2.2. El Conjuez Nacional Dr. José Layedra Bustamante, en auto de 03 de febrero de 2020, lo admite a trámite por los casos 4 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, -en lo posterior COGEP-.

2.3 Realizado el sorteo correspondiente, fijada la competencia, se convocó a la audiencia prevista en el artículo 272 del COGEP, diligencia en la que, el defensor técnico de los recurrentes Ab. Harry Alvarez Fadul sostiene, en lo principal, que la parte accionante demanda se declare la interdicción de Denny Eder Illescas Estupiñan, hecha la prueba pericial, el precepto jurídico aplicable a su valoración, obliga a que se lo haga de todo, la sala no analizó ni valoró lo actuado en la audiencia, la perito dice que no tiene demencia, incurren en errónea interpretación del artículo 164 del COGEP, que nos lleva a una equivocada aplicación del artículo 478 del Código Civil, norma que exige dos requisitos, demencia y que sea habitual, lo que no se ha demostrado, se dejan llevar porque tiene una discapacidad mental, pero otra cosa es la demencia, concluye solicitado se case la sentencia y se declare sin lugar la demanda.

La contraparte, a través de su defensor técnico Dr. Milton Cajiao Terramova sostiene que lo afirmado por los casacionistas no es correcto jurídicamente, la prueba se ha valorado en su integridad, la perito es clara en su informe, aplican test, el evaluado tiene carnet de discapacidad, hay una disfunción cerebral, constan los antecedentes familiares, el juez de primer nivel le hizo una serie de preguntas cuando le examinó, hay cosas que no puede responder, por eso se aplica el artículo 478 del Código Civil, puede hacer cosas básicas pero no tomar decisiones, no sabe en que día estaban, fecha de nacimiento, valor de las monedas, es manipulable, necesita tener un curador y quien más idóneo que el hermano, concluye solicitando se ratifique la sentencia (sic).

Al final de la diligencia, emitimos la decisión oral, este Tribunal, la sustenta por escrito de manera motivada, en los siguientes términos:

3. DE LA CASACIÓN Y SUS FINES: La impugnación procesal está consagrada como un derecho por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2.h "*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*"; como parte del derecho a la defensa, es una de las garantías básicas

del debido proceso en nuestra Constitución, Art. 76.7.m "*Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*".

Para Enrique Véscovi, la función que acentúa el carácter constitucional del recurso, es la defensa del derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, con ella se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo, Ediciones IDEA, 1979, pág. 25).

Gómez de Liaño González, citado por Alberto Hinostroza Minguez, sostiene que la casación: *"es un recurso extraordinario de carácter jurisdiccional que cabe exclusivamente por motivos determinados frente a resoluciones definitivas, también determinadas dictadas por los Tribunales de instancia. No se trata de una tercera instancia, y en consecuencia para poder ser utilizado precisa no solo lesividad o gravamen de la resolución recurrida, sino de la presencia de unos motivos determinados…"*[1].

La casación contiene una finalidad nomofiláctica, por la cual el Tribunal de Casación, con base en una pretensión por impulso de parte procesal, vigila y fiscaliza la observancia de las leyes por parte de los tribunales, a efecto de que prevalezca la Ley, de modo que, el interés de ley prevalece sobre el privado, se dice que, *"…el recurso de casación controla el correcto entendimiento y aplicación de las normas o jurisprudencia aplicables al fondo de litigios concretos, al tiempo que unifica los criterios a seguir en la interpretación de aquellas cuando hubieran de aplicarse a situaciones similares"*[2].

De acuerdo con el principio dispositivo consagrado en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución, en correspondencia y armonía con el artículo 5 del COGEP, los casos que se invocan en el recurso de casación, que han sido admitidos para conocimiento del Tribunal y que se los ha sustentado en la audiencia, constituyen el límite impuesto por los propios recurrentes para el ejercicio del control de legalidad que debe efectuar el tribunal de casación.

4.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- 4.1. Invocando el caso 4 del artículo 268 del COGEP, acusan por errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; que tanto en primera (sic) como en segunda instancia, los jueces han procedido a aceptar la prueba pericial que se le hizo al señor Illescas Estupiñán; el juzgador en el nuevo sistema procesal, no se puede basar únicamente en el informe pericial sino también en la sustentación; las dos peritos, declararon en la audiencia al sustentar sus informes que no existe Alzheimer-demencia, por lo que no se puede dar un solo valor a un informe pericial sin ver el contexto (sustentaciones de informes), los jueces no han dado valor a sus declaraciones testimoniales, en ellas se señala que el compareciente no tiene alzheimer-demencia, por lo que incurren en errónea interpretación del artículo 164 inciso segundo del COGEP, lo que ha conducido a una equivocada aplicación del artículo 478 del Código Civil.

4.2. Con sustento en el caso 5 del artículo 268 del COGEP, acusa errónea interpretación del primer inciso del artículo 478 del Código Civil: "*El adulto que se halla en estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos*", que no se ha demostrado la habitualidad de la demencia, ni siquiera una demencia aislada, por lo que no se cumple el presupuesto establecido en esta norma sustantiva; las peritos en sus declaraciones que constan en las grabaciones de la audiencia, dicen que el compareciente no tenía dicha enfermedad, por lo que, para que exista una correcta aplicación de esta norma sustantiva, se debe verificar que exista demencia y que sea habitual, lo que no pudo ser corroborado por los peritos.

5. NORMATIVA Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS PARA LA RESOLUCIÓN.-

5.1. Constituyen preceptos jurídicos de valoración de la prueba, aquellas disposiciones legales que dan determinado valor probatorio a un medio de prueba, regulando su eficacia; la acusación de vulneración de un precepto de esta naturaleza, tiene

[1] HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, Derecho Procesal Civil, Medios Impugnatorios, Tomo V, JURISTA EDITORES, 2010, pp. 258.
[2] HINOSTROZA, op.cit.,2010, pp 259.

por objeto denunciar que a un específico medio de prueba no se le ha reconocido el valor que la ley le otorga, o por el contrario, se le ha dado uno que la ley no prevé.

5.2. El caso 4 invocado por los recurrentes, requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos básicos: a) La indicación de la norma(s) de valoración de la prueba que a criterio del recurrente ha sido violentada; b) La forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) La indicación del medio de prueba en que se produjo la infracción; d) La infracción de una norma de derecho ya sea por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) Una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción (norma de valoración de la prueba) y la segunda infracción, de una norma sustantiva o material que ha sido afectada como consecuencia o por efecto de la primera infracción, de tal manera que, es necesario se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre una y otra.

5.3. Por principio general, inmerso en nuestra legislación procesal, la prueba debe apreciarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la que establecida como norma legal en el artículo 164 del COGEP, no excluye que se deban aplicar otros métodos de valoración probatoria cuando la propia ley así lo establece.

5.4. La valoración de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, entendidas como las de correcto entendimiento, limitan la arbitrariedad de los jueces cuando deciden sobre los hechos, implican una serie de elecciones y decisiones que deben manifestarse como rigurosamente racionales y lógicas.

5.5. El caso 5 del artículo 268 del COGEP, configura los vicios de *"Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva"*, con fundamento en esta caso, se debe acusar violaciones directas a normas de derecho sustancial sin consideración a los hechos probados, bajo el entendimiento de que, son normas de derecho sustantivo o material las que declaran, crean, modifican o extinguen derechos, a diferencia de las normas procesales que determinan el modo en que ha de sustanciarse un proceso.

5.6. El reconocido jurista Hernando Devis Echandía, refiriéndose a los vicios de violación directa de la Ley, indica: "*Son totalmente extrañas cualquier consideración acerca de los medios de prueba que aparezcan en el proceso, porque desde el momento en que sea necesario contemplar este aspecto, se tratará ya de violación indirecta y en consecuencia la acusación resultará mal propuesta*.", agregando que, tres son las maneras en las que puede resultar directamente violada una norma legal: por falta de aplicación, por indebida aplicación y por interpretación errónea.[3] El vicio de errónea interpretación según Devis Echandía se refiere al: "*contenido del texto legal y sus efectos, con prescindencia, de la cuestión de hecho, o sea sin discutir la prueba de los hechos y su regulación por esa norma.*"[4], vicio que se configura en la sentencia, cuando siendo la norma, cuya transgresión se acusa, la pertinente a los hechos que se juzgan, el juzgador la entiende y la aplica dándole un sentido y alcance que no le corresponde.

5.7. Interpretar es un proceso intelectual por el cual se entienden y se explican los hechos y actividades humanas, atribuyéndoles un significado; la interpretación jurídica además involucra extraer el verdadero sentido y alcance de una norma legal, aplicando para ello las reglas previstas en la ley, este vicio se observa en la resolución judicial cuando siendo la norma cuya transgresión se acusa, la pertinente al caso, el juzgador la entiende y la aplica dándole un sentido que no le corresponde o un mayor o menor contenido del que efectivamente tiene. De La Plaza, al respecto sostiene: "*La censura de la sentencia, por este concepto específico no podrá hacerse de otro modo que poniendo de manifiesto el desconocimiento de las normas o principios interpretativos que al Juez se ofrecieron*"[5].

[3] Hernando Devis Echandía, Estudios de Derecho Procesal, Zavalia Editor, Buenos Aires, Argentina, pp. 74-75.
[4] Devis Echeandía, op.cit.,p.p. 74, 75.
[5] Manuel de la Plaza, La Casación Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, pág. 215.

6. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS.-
6.1. El artículo 164 del COGEP, contiene mandatos a ser cumplidos obligatoriamente por el juez en la valoración de la prueba, apreciación en conjunto de las solicitadas, practicadas e incorporadas oportunamente, la que se realiza con respecto a cada una de ellas en forma expresa, relacionándolas entre sí, para obtener una conclusión, en cuya formulación utilizará su correcto entendimiento (reglas de la sana crítica), sin descuidar los requisitos de validez previstos en la ley sustantiva, así como su pertinencia y debida actuación según la ley procedimental. El juez en su valoración, para cumplir con el mandato de la norma, debe formar su criterio teniendo en cuenta las razones y las circunstancias de lo percibido por sí mismo cuando la norma así lo exige, con ayuda pericial.
6.2. El artículo 222 del COGEP determina: *"Declaración de peritos. La o el perito será notificado en su dirección electrónica con el señalamiento de día y hora para la audiencia de juicio o única, dentro de la cual sustentará su informe. Su comparecencia es obligatoria. (…);* el artículo 227 del COGEP manda: *"Finalidad y contenido de la prueba pericial. La prueba pericial tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso. (…)";* el artículo 159 inciso cuarto ibidem manda: "*La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley";* de lo que se concluye que, el valor de los informes periciales está determinado por su práctica en audiencia.
6.3. La acusación de errónea interpretación del artículo 164 del COGEP, se deriva de la apreciación de los recurrentes, sobre la actividad probatoria de los jueces de primera (sic) y segunda instancia al aceptar la prueba pericial realizada a Denny Illescas Estupiñán, obviado la sustentación que los peritos hacen de sus informes, que en el caso, las dos peritos declararon en la audiencia al sustentar sus informes que no existe alzheimer-demencia, dejando de valorar dichos testimonios, lo que ha conducido a una equivocada aplicación del primer inciso del artículo 478 del Código Civil, lo que implica que siendo la norma la apropiada al caso, se le ha otorgado un alcance diferente.
6.4. Atendiendo las acusaciones respecto de la errónea interpretación de las reglas de valoración probatoria contenidas en el artículo 164 del COGEP, referida a la omisión por parte del Tribunal de instancia de la apreciación de la prueba practicada (sustentada), en la segunda fase de la audiencia única, este Tribunal establece que, la sentencia escrita impugnada establece como objeto de la apelación: *"Determinar si se ha realizado la valoración de la prueba pericial con la que se establezca el estado de demencia del accionado".*
6.4.1 En la fundamentación escrita del recurso de apelación, señala como motivos de la apelación, que en el informe pericial realizado por la psicóloga clínica Mayra Ordóñez Muñoz, en el numeral 4, específicamente en la parte donde dice "*El Inventario Estructurado de Simulación de Síntomas (SIMS), señala el perito que "no existe sospecha de simulación de síntoma. El evaluado no se observa patología psicótica, síntomas de tipo neurológico ilógicos o muy atípicos…";* que la perito médica general Dra. Ruth Caamaño, marcó que luego de realizarle el índice Barthel el usuario obtuvo un puntaje de 100/100 equivalente a independencia para las actividades diarias, lo que es distinto a lo que indica la otra perito y que también señala el juez en su resolución, dice que, posee capacidad muy limitada para cuidar sus necesidades básicas, requiere ayuda y supervisión permanente. Que la perito médico Dra. Caamaño, señala que en test de mini mental state examination, el usuario obtuvo un puntaje de 17/30 equivalente a deterioro, concluyendo en su diagnóstico, que posee trastorno mental no especificado debido a lesión y disfunción cerebral; que al momento de sustentar su informe, al preguntarles por qué recomienda tratamiento psicológico y neurológico, menciona la perito Caamaño que su punto es determinar la situación física, le corresponde a estos determinar hallazgos y afectaciones, se le preguntó si tiene alzheimer y contestó que no tenía, se le preguntó si sus informes concluyeron que el accionado no tiene demencia y así lo señalaron en la audiencia, por lo que no puede decretar una interdicción por demencia si no está demostrado que la posea.
6.4.2 En audiencia, al hacer valer sus derechos conforme el artículo 258 inciso final, según obra de la sentencia impugnada, expone: *"que se ha dictado sentencia declarando con lugar la demanda, sin considerar que en los informes periciales se determina que no existe demencia del accionado. El Juez dice que existe demencia todo el tiempo. Que el informe pericial realizado por la Psicóloga Clínica Mayra Ordoñez en el numeral 4 dice que, en el inventario estructurado de Simulación de Síntomas no existe sospecha de este síntoma, que no se observa patología*

psicótica, síntomas de tipo neurológico ilógicos y muy atípicos. Que la perito Dra. Ruth Caamaño que es médico general, no es perito en el área que ella ha evaluado, señalo (sic) en su informe que luego de realizar el índice de BARTHEL, el usuario obtuvo un puntaje de 100/100, equivalente a una independencia para las actividades diarias. Que esta conclusión es distinta a lo que expone la otra perito y la conclusión del Juez A quo. Existe contradicción entre los dos informes. Dra. Caamaño dice que el punto de ella como perito es hacer investigación de daños físicos… Que en la parte del Test de mini mental state examination, el accionado obtuvo un porcentaje de 17/30 equivalente a deterioro, determinando que el diagnostico equivale a un trastorno mental no especificado, debido a la lesión u disfunción cerebral. Sin embargo, en la audiencia oral las dos peritos no aportaron con información para que se concluya que el accionado tenga demencia. Porque en el audio ellas determinaron que el accionado no tiene demencia. Invoca el artículo 478 del Código Civil, que dice: "El adulto que se halla en estado de demencia deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lucidos."(sic), por tanto se debe demostrar la demencia y esto no se ha probado en esta causa. No tiene la regla general que es la demencia, por lo tanto tampoco tiene la excepción que es los intervalos lucidos. Si no tiene demencia no pude ser declarado interdicto. El Juez dice que el demandado tiene demencia todo el tiempo y las peritos dicen que no la tiene. el hecho de que se posea una discapacidad que consta en el carnet del CONADIS no quiere decir que padezca de demencia, por tanto no se puede declarar la interdicción porque no posee demencia".

6.4.3 En el considerando OCTAVO: ANALISIS DEL TRINUNAL (sic) se determina: *"En la línea del pensamiento plasmado en el acápite anterior, corresponde determinar entonces cuales han sido los elementos probatorios que llevan a la convicción del Tribunal, sobre el estado mental del supuesto demente. La parte actora presenta la Copia Certificada del carnet el CONADIS, solicita prueba pericial médica y psicológica, los peritos comparecen a la audiencia única defendiendo sus informes, y además de esto, el Juez A quo en cumplimiento de lo determinado en el artículo 482 del Código Civil, examinó al supuesto demente por medio de interrogatorios conducentes a objeto de descubrir el estado de su razón. Por su parte los accionados solicitaron la declaración de parte de los señores Edwin Jacinto Illescas Estupiñan y Lesther Jhonni Illescas Estupiñan. Admitida la prueba se la produce en debida forma, obteniendo en primer lugar con la prueba documental de identidad de las partes, la prueba del parentesco entre los actores y el supuesto demente (hermanos). Así mismo a fs. 2 de los autos, consta la copia debidamente certificada del carnet de Discapacidad otorgado por el CONADIS, en el que consta que Denny Eder Illescas Estupiñan, padece de discapacidad intelectual en un 76%. Consta así mismo la diligencia practicada por el Juez A quo. A fs. 107 a 110 consta el informe médico pericial, realizado por la Dra. Ruth Geanneth Caamaño Torres, en calidad de Médico General, quien en su informe concluye que se trata de una persona de 58 años de edad, de género masculino, huérfano de padre y madre, usuario consiente durante la entrevista, responde a preguntas simples sin problemas, mas no responde coherentemente a preguntas complejas, sin embargo se desenvuelve muy bien para ejecutar actividades básicas de la vida diaria, no se desenvuelve autónomamente fuera de su domicilio, lo hace bajo supervisión y/o acompañamiento. (…) que se presentan antecedentes patológicos familiares de importancia como: Ezquizofrenia padecida por su padre (fallecido hace 4 años). . y que al realizarle el índice de BARTHEL, es una medida de discapacidad física y de actividad básica de la vida diaria, el usuario obtuvo un puntaje de 100/100 equivalente a una independencia para las actividades diarias. .- En cuanto al test del MINI MENTAL STATE EXAMINATION que sirve para determinar el grado de estado cognitivo (orientación, fijación, concentración, cálculo, memoria y lenguaje) del paciente y detectar demencia o delirium. El usuario obtuvo un porcentaje de 17/30, equivalente a deterioro. Con un ID de Trastorno mental no especificado debido a lesión y disfunción cerebral y a enfermedad física CIE 10 (F069) y 76% de Discapacidad Intelectual según el carnet de discapacidad del CONADIS .- Entonces, en base a la valoración médica, el accionado no tiene capacidad de tomar decisiones por sí mismo en razón de su enfermedad. Y esta condición se confirma con el informe pericial psicológico realizado por la psicóloga clínica Psicóloga Mayra Genoveva Ordoñez Muñoz, la misma que concluye: De acuerdo a las observaciones, entrevista, evaluación psicológica pericial. El evaluado Denny presenta discapacidad intelectual que afecta tanto alteración del pensamiento abstracto, la función ejecutiva y de la memoria a corto plazo, así como el uso funcional de las aptitudes como realizar cálculos, solucionar problemas. .- El evaluado presenta habilidades sociales y laborales adecuadas para una autonomía mínima, pero puede necesitar supervisión, orientación y asistencia, especialmente en situaciones de estrés social*

o económico, para la toma de decisiones y soluciones sobre el cuidado de la salud y legal. Existe una incomprensión limitada de riesgo de ser manipulado por otros (ingenuidad) Por lo tanto la importancia de establecer medidas de protección para el respeto a las decisiones relacionadas con la administración de su patrimonio como en lo relativo a su autocuidado, requiriendo la presencia de una figura curadora que vele por su cuidado.". (lo subrayado corresponde a la Sala). Así mismo, para cumplir con lo dispuesto en el Art. 482 del Código Civil que en su parte pertinente dispone, "El juez se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, y oirá el dictamen de facultativos de su confianza, sobre la existencia y naturaleza de la demencia. Pero no podrá decretar la interdicción sin examinar personalmente al demandado, por medio de interrogatorios conducentes al objeto de descubrir el estado de su razón." En el proceso consta que se ha fijado la diligencia para el 10 de mayo del 2019 a las 09H30, en la cual se han encontrado presentes las partes, las peritos y el interdicto, procediendo a interrogar al señor DENNY EDER ILLESCAS ESTUPIÑAN, sobre su nombre y sus actuación dentro de la vida familiar, y sus contestaciones no han sido adecuadas, evidenciando el Juez A quo su incapacidad mental para entablar una conversación adecuada".

6.4.4 Conforme consta en el numeral inmediato anterior, los jueces de segunda instancia dicen específicamente: *"los peritos comparecen a la audiencia única defendiendo sus informes",* para posteriormente referirse al informe médico de fs. 107 a 110, y al informe pericial sicológico, no existe por lo tanto un análisis específico sobre la sustentación de los informes de los peritos en la segunda fase de la audiencia única.

6.4.5. La sentencia impugnada no da respuesta a los motivos en los que se sustenta la impugnación, que se concentran en la supuesta discrepancia entre lo que consta en los informes periciales y lo sustentado en la audiencia por las peritos médica y sicóloga clínica, constituyendo errónea interpretación del primer inciso del artículo 164 del COGEP, la prueba que debe valorarse es la practicada en la audiencia correspondiente, lo que implica que la valoración de la prueba pericial se refiere a la sustentación y defensa de sus informes al tenor del artículo 222 del COGEP: *"Declaración de peritos. La o el perito será notificado en su dirección electrónica con el señalamiento de día y hora para la audiencia de juicio o única, dentro de la cual sustentará su informe.";* lo que es concordante con el inciso tercero de este artículo: "*En caso de inasistencia injustificada, su informe no tendrá eficacia probatoria y perderá su acreditación en el registro del Consejo de la Judicatura".*

Por lo expuesto, este tribunal CASA la sentencia por el vicio de errónea interpretación del artículo 164 del COGEP, lo que ha conllevado a la indebida aplicación del artículo 478 del Código Civil; la procedencia de uno de los cargos imputados, hace innecesario el pronunciamiento sobre los otros casos; y, en aplicación del artículo 273.2 del COGEP, en relación con el numeral 3 segunda parte, emitimos la decisión con la siguiente motivación:

PRIMERO: El recurso de apelación tiene dos motivos: a) apelación del auto interlocutorio que niega la excepción previa respecto de la forma de proponer la demanda, por cuanto los accionantes no han aparejado a la demanda los documentos para demostrar su pretensión conforme el artículo 143.5 del COGEP, que de la revisión del expediente no se evidencian certificados del Registro de la Propiedad ni de la Agencia de Tránsito respecto de los bienes de Denny Eder Illescas Estupiñán. 2) Respecto de los "médicos facultativos" que realizaron exámenes al mencionado señor Illescas Estupiñán; que en el informe pericial realizado por la psicóloga clínica Mayra Ordóñez, en el numeral 4, específicamente en la parte donde dice "*El Inventario Estructurado de Simulación de Síntomas (SIMS), señala la perito que "no existe sospecha de simulación de síntoma. El evaluado no se observa patología psicótica, síntomas de tipo neurológico ilógicos o muy atípicos …"* que la perito médica general Dra. Ruth Caamaño, indicó que luego de realizarle el índice Barthel, el usuario obtuvo un puntaje de 100/100 equivalente a independencia para las actividades diarias, lo que es distinto a lo que señala la otra perito y a lo que señala el juez en su resolución, que dice que posee capacidad muy limitada para cuidar sus necesidades básicas, requiere ayuda y supervisión permanente; que la perito médico señala que en test de mini mental state examination, el usuario obtuvo un puntaje de 17/30 equivalente a deterioro, concluyendo que, posee trastorno mental no especificado debido a lesión y disfunción cerebral; que al momento de sustentar su informe, al preguntarles porqué recomienda tratamiento psicológico y neurológico, menciona la perito Caamaño que su punto es determinar la situación física, le corresponde a estos determinar hallazgos y afectaciones, se le preguntó: si tiene alzheimer y contestó que no tenía, si sus informes concluyeron

que el accionado no tiene demencia y así lo señaló en la audiencia, por lo que no puede decretar una interdicción por demencia si no está demostrado que la posea.

SEGUNDO: Sobre la excepción previa de error en la forma de proponer la demanda, este tribunal señala que es improcedente, en virtud a que, las normas que regulan la curaduría del demente se refieren a la legitimación de quienes pueden provocar la interdicción del demente (artículos 481 y 464 del Código Civil) cónyuge y consanguíneos hasta el cuarto grado, padres, hijos y hermanos, y no hacen relación a la exigencia de probar la existencia de bienes.

TERCERO: Sobre la apelación de fondo, este tribunal examina la audiencia única a fin de establecer la existencia de las discrepancias acusadas.

3.1. La Dra. Caamaño, a las preguntas de la defensa técnica de la parte demandada: que especialidad tiene, medicina general, especialidad medicina ocupacional; cuántos peritajes aproximadamente ha realizado desde que está inscrita en el Consejo de la Judicatura, unos veinte; de los veinte que dice ha hecho, cuántos han sido para una evaluación como la que ha hecho en este informe, todos; porqué usted en su informe pericial recomienda tratamiento sicológico y neurológico?, como lo manifesté inicialmente, mi punto de alguna manera es determinar su situación física, debo también complementar si es que de alguna manera mentalmente él me está dando una información coherente con respecto a ciertos aspectos, valoro inicialmente eso, pero realmente les corresponde a estas áreas determinar con más profundidad los hallazgos y de alguna manera la afectación que él pudiera tener; podía usted indicar si el señor Illescas posee alzheimer?, no porque no tomé ningún test que permita valorar ese tipo, posiblemente el área de sicología consideró; cuál es el porcentaje normal, en una situación normal que se le haga el test de mini mental state examination? Como allí lo dice 17/30, la valoración máxima sería treinta; cualquiera de nosotros debería tener treinta; cuando usted indica que este puntaje de mini mental de 17 puntos equivale a deterioro, eso implica de que ya está con enfermedad o discapacidad o que a futuro va a adquirir una de estas? No, él ya tiene una discapacidad, más bien lo que no sabemos al momento de la evaluación si es que ha avanzado o si se mantiene un puntaje; usted diagnosticó en su informe o en su entrevista con el señor Illescas si él posee demencia?, de hecho, la escala mini mental state examination determina dentro de sus puntajes la determinación de demencia, en el caso de evaluación de él este puntaje no fue tan profundo como para determinar demencia, sin embargo como lo había mencionado, mi orientación siempre es general, considero que el área de sicología posiblemente haya evaluado la profundidad, pero en la escala que yo evalué no determinó demencia, determinó deterioro; en su conocimiento como médica general usted pude indicar, cuál es la rama específica dentro de la medicina, sicología o neurológica para determinar con exactitud, con mayor profundidad una demencia? realmente son ambas, porque de hecho cuando se hace la calificación o recalificación de discapacidades, los médicos necesitan información de todas esas ramas, en el caso de él por ejemplo, necesitan medicina general, sicología, neurología, siquiatría, recaban información de todos estos especialistas para determinar la profundidad del daño; o sea, usted manifiesta de que para determinar una demencia requeriría yo de dos especialistas como sicólogo y neurólogo, o cualquiera independientemente?, el sicólogo podría ayudar bastante, la información para (inaudible) la discapacidad porque él ya tiene una calificación para confirmar esto datos, el área de sicología podría ayudar bastante.

3.2. La sicóloga clínica Mayra Ordóñez Muñoz, al fundamentar su informe, confirma las conclusiones a las que ha arribado en los estudios practicados bajo varias metodologías. Sobre las observaciones del apelante de que en el Inventario Estructurado de simulación de Síntomas (SIMS), la perito determina que no existe sospecha de simulación de síntomas, que no se observa patología sicótica, síntomas de tipo neurológicos ilógicos o muy atípicos, la perito explica el objeto de este tipo de test que es únicamente establecer que el examinado no finja, aparente, simule, determinados síntomas, vale decir actuaciones, actitudes; y es con relación a dicho propósito, que señala las conclusiones sobre patología sicótica, neurológica, etc., es decir no es determinante para las conclusiones a las que arriba: *"De acuerdo a las observaciones, entrevista, evaluación psicológica pericial. El evaluado presenta discapacidad intelectual que afecta tanto la alteración del pensamiento abstracto, la función ejecutiva y de la memoria a corto plazo, así como el uso funcional de las aptitudes como realizar cálculos, solucionar problemas. El evaluado presenta habilidades sociales y laborales adecuadas para una autonomía mínima, pero puede necesitar supervisión,*

orientación y asistencia, especialmente en situaciones de estrés social o económico, para la toma de decisiones y soluciones sobre el cuidado de la salud y legales. Existe comprensión ilimitada de riesgo de situaciones sociales por parte del demandado por lo que corre el riesgo de ser manipulado por otros (ingenuidad). Por lo tanto la importancia de establecer medidas de protección para el respecto de las decisiones relacionadas con la administración de su patrimonio como en lo relativo a su autocuidado, requiriendo la presencia de una figura curadora que vele por su cuidado".

En la audiencia señala que, el examinado tiene dificultad para realizar cálculos, en su función ejecutiva en la toma de decisiones, en entrevista a terceros obtuvo información de que no terminó la escuela por dificultades para captar lo que era en la escuela, por lo que no estudió, que toma medicina para conciliar el sueño, que recibe el bono por la discapacidad, sobre la valoración cognitiva que se realizó, hay parámetros para evaluar para personas con pérdida de memoria, para personas analfabetas o poco alfabetas, la puntuación fue de 13 puntos lo que determina un deterioro cognoscitivo, tiene dificultad para realizar cálculos, que se practicó tres veces y a pesar de ser sencillos no los pudo realizar, no tiene memoria de corto plazo, se le dio más tiempo para realizar el test y no pudo, desubicado en el tiempo, puede manejarse pero no puede valerse por sí solo en todas las situaciones; sobre la simulación de síntomas, test que evalúa si la persona está realizando algún tipo de manipulación en cuanto a la información los síntomas, pero también evalúa el estado cognoscitivo de la persona, neuro cognoscitivo, evalúa también desde el punto de vista sicopatológicos, que está diseñado para ser resuelto en 10 a 15 minutos, cuando se demoran hay sospecha de discapacidad intelectual, que no existe manipulación, que no se sospecha tipo ya sicótico, que tenga síntomas atípicos; si hay deterioro de memoria y de tipo intelectual, que requiere ayuda para su salud, que no va solo al médico; al interrogatorio de la defensa técnica del accionado: respecto al test de manipulación de síntomas, señala que no existe sospecha de manipulación de este síntoma, usted podría indicar a que se refiere de que no existe la sospecha de este síntoma, a que síntoma, concretamente a qué tipo de síntoma neurológico o de patologías? Muy bien como ahí está indicando, este test, el tipo de sospecha a personas que están simulando síntomas, que haya sospecha que esté simulando los síntomas que el presenta, por ejemplo, que se esté haciendo pasar porque tiene discapacidad intelectual, de que tenga un trastorno sicótico, trastorno neurológico, afectivo, él no está simulando que tenga un trastorno ni sicótico ni afectivo, es decir nosotros hablamos de trastorno, es una perturbación mental que de pronto esté, ya de tipo squizofrénico, se puede decir que está para internarlo, no; este es un test que se aplica para averiguar si la persona está simulando, él no está simulando, la puntuación que se verifica en total, cada puntuación indica que el no que no está simulando los síntomas que presenta, si bien es cierto que en la valoración se dijo que no sabe que enfermedad tiene, presenta discapacidad intelectual, se observa, se verifica discapacidad intelectual, de ahí que sea trastorno ya sicótico, que esté en la parte delirante no se verifica eso; el defensor técnico le pregunta: ¿No posee eso?, No. Con lo que acaba de manifestar usted puede señalar si el señor Illescas posee un grado de demencia importante, un grado de alzhemeir que usted pudo detectar? Tiene deterioro cognitivo si, tiene 13 puntos lo que él tiene más bien es, si bien las personas de mas de 59 años, más de sesenta personas más jóvenes, pueden tener demencia, pero en este caso los resultados que arrojan ahí es más para discapacidad intelectual, tiene deterioro cognitivo si, está afectando la memoria, para un grado de demencia son evaluación médica, evaluación más específica, que se esté dando más adelante, (...) la enfermedad cognitiva van avanzado en cuanto la edad que tenga el paciente, por ejemplo recién cumplió 60 años, hay que seguir más adelante, o sea supervisándolo como va mismo su memoria, como va evolucionado, si va deteriorando tipo neurológico. ¿Entonces no pudo detectar si hay demencia o alzheimer? No. Alzheimer no, este tipo de discapacidad intelectual le está afectando la memoria, el pensamiento abstracto, a pesar de que era un prueba muy sencilla, lo que visualicé es discapacidad intelectual, eso si él necesita que le supervisen, que tengan cuidado porque se observa, eso salió en los resultados de los test sicológico que se aplicó para esta situación, como perito desde el año 2014, entonces se visualiza este tipo de observación hacia él. Finalmente quisiera que le certifique al Juez que el señor Denny Illescas Estupiñán conforme la evaluación que usted le ha hecho y el informe emitido está en un estado habitual de demencia si o no? Lo que yo le explico en honor a la verdad, se observa en el señor un estado de discapacidad intelectual, (ininteligible) de deterioro cognitivo, deterioro cognitivo con una puntuación

de 13 puntos, salió mínima en el resultado del test cognitivo MMS para evaluar (ininteligible), al valorar si hubiese salido menos 12 puntos ahí estaríamos hablando de una demencia, se puede decir que hay que seguir evaluando (ininteligible) memoria (ininteligible) eso que yo fui empática con él, mucha paciencia al tomar el test y en los resultados no me salió menos a mí.

CUARTO: 4.1 La perito médico, sostiene las conclusiones de su informe, el examinado responde a preguntas simples sin problema, pero no responde coherentemente a preguntas complejas, se desenvuelve muy bien para actividades diarias, no lo hace autónomamente fuera de su domicilio, requiere supervisión o acompañamiento; con un grado de 100/100 equivalente a independencia en actividades diarias, en tanto que el estado del grado cognoscitivo obtuvo 17/30 (orientación, fijación, concentración, cálculo, memoria y lenguaje), por lo que señala que, el examinado no tiene capacidad para determinar decisiones por sí mismo en razón de su enfermedad. Ante los cuestionamientos deja claro las razones por las que aplica el test mini mental, para establecer que mentalmente está dando información coherente, a la pregunta sobre la determinación de demencia aclara que, en el test por ella aplicado -que si contiene puntaje para demencia- los puntajes no fueron tan profundos, pero que su apreciación es general y corresponde al área de sicología determinarlo, evidencia la existencia de una calificación de discapacidad (intelectual) para lo cual requirió el examinado del concurso de varias especialidades, a la pregunta de la necesidad de concurrencia de especialistas para determinar demencia, aclara que, en vista de la calificación de discapacidad, el sicólogo ayuda bastante; es decir, en la sustentación de su informe no se encuentra contradicción, establece que la independencia física y de actividad básica de la vida diaria cuya calificación es 100/100, no las puede realizar fuera del domicilio, y siempre considerando que su óptica responde a la medicina general. Esto es concordante con lo expresado por la sicóloga clínica respecto de la autonomía mínima, la conclusión sobre la discapacidad intelectual ya establecida por la Institución Pública especializada CONADIS, en un porcentaje del 76%, probado mediante copia notarizada del respectivo carnet, es coincidente con los informes periciales.

4.2. Ante la pregunta directa sobre la existencia de demencia, la sicóloga clínica hace relación a estados sicóticos, delirantes, y a la escala MMSE donde explica que 12 da lugar a calificar demencia, que la calificación obtenida por el examinado es 13, por lo que no determina demencia y que se requeriría estudios especializados, que no tiene cuadros sicóticos o delirantes como para estar internado sino deterioro cognoscitivo, discapacidad intelectual, que requiere supervisión, aseveración de la perito que es el fundamento de la apelación sobre inexistencia de un estado habitual de demencia.

4.3. La perito sicóloga clínica, no obstante determinar que de los test aplicados no se desprende demencia en relación con la escala de MMSE (mini mental state examination), se reafirma en su conclusión sobre: "*discapacidad intelectual que afecta tanto la alteración del pensamiento abstracto, la función ejecutiva y de la memoria a corto plazo así como el uso funcional de las aptitudes como realizar cálculos, solucionar problemas",* por lo que requiere supervisión y ayuda.

4.4. Este tribunal advierte un conflicto entre el requerimiento para la interdicción de un estado de demencia habitual previsto en el artículo 478 del Código Civil, en relación con la discapacidad intelectual determinada en el porcentaje del 76 % por el CONADIS, con las pericias médica y sicológica que establecen alteraciones en el pensamiento abstracto, la función ejecutiva para la toma de decisiones, memoria a corto plazo y las aptitudes para realizar cálculos y solucionar problemas, así como el alto riesgo de manipulación, con la recomendación de tomar medidas respecto a la administración de su patrimonio, al autocuidado (salud) y lo advertido por el juzgador de primera instancia al tenor del marco legal previsto en el artículo 478 del Código Civil: *"El juez se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, y oirá el dictamen de facultativos de su confianza, sobre la existencia y naturaleza de la demencia. Pero no podrá decretar la interdicción sin examinar personalmente al demandado, por medio de interrogatorios conducentes al objeto de descubrir el estado de su razón."* Lo que implica que, cobra trascendencia la percepción directa del juzgador sobre el estado de razón de la persona cuya interdicción se solicita, juez que ha establecido: "*al realizar los interrogatorios por parte del juzgador el supuesto interdicto, no supo ubicarse en el tiempo principalmente, sus contestaciones a las preguntas fueron confusas, como la fecha y el día en que nos encontrábamos"* generado como conclusión: *"sus contestaciones son inadecuadas evidenciándose su incapacidad mental para entablar una conversación adecuadamente*".

4.5. Para dilucidar el conflicto en línea de protección de los derechos del supuesto interdicto (artículo 1 de la Ley Orgánica de Discapacidades), este tribunal recurre a la definición desarrollada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) *"La demencia es un síndrome causado por una enfermedad del cerebro-usualmente de naturaleza crónica o progresiva- en la cual hay una alteración de múltiples funciones corticales superiores, incluyendo la memoria, el pensamiento, la orientación, la comprensión, el lenguaje, la capacidad de aprender y de realizar cálculos, y la toma de decisiones. El conocimiento no se nubla. Las deficiencias de las habilidades cognitivas están comúnmente acompañadas, y ocasionalmente precedidas, por un deterioro del control emocional, del comportamiento social o de la motivación. Este síndrome se produce en un gran número de condiciones que afectan primaria o secundariamente al cerebro*"[6], definición que tiene el carácter de científica, debe ser acogida legalmente, en cuanto el artículo 18 del Código Civil señala: *"Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte"*, por tanto, al ser la demencia una condición de salud, esta es la línea que se debe seguir legalmente, precisando además que, de conformidad con la OMS, la etiología de la demencia es múltiple y sus síntomas abarcan situaciones que no se limitan a cuadros sicóticos, delirantes, violentos, trastornos mentales, pérdida de conciencia, etc., como popularmente se cree y se desprende de la propia definición.

4.6. Si la discapacidad intelectual altera el pensamiento abstracto, la memoria, las aptitudes para realizar cálculos, la orientación, la función ejecutiva para solucionar problemas, la capacidad de aprendizaje, incursiona como un tipo de demencia en los términos establecidos por la OMS respecto de la afectación de las *funciones corticales superiores;* en el caso en juicio, dichas funciones se han visto alteradas, lo que se desprende de la existencia del carnet de discapacidad intelectual en el porcentaje del 76%, que ha sido otorgado bajo requerimientos de equipos profesionales calificadores conforme a la Ley Orgánica de Discapacidades -artículo 9-, Reglamento General a la Ley Orgánica de Discapacidades; Reglamento para la Calificación, Recalificación y Acreditación de Personas con Discapacidad o con Deficiencia o Condición Discapacitante (artículo 4), documento que no se impugna y se acepta, al señalar por parte de la defensa técnica del accionado, que una cosa es tener una discapacidad intelectual y otra cosa es tener demencia; se ratifica con los peritajes médico y sicológico realizados a Denny Eder Illescas Estupiñán en este proceso, cuyas conclusiones determinan la existencia de discapacidad intelectual, deterioro cognoscitivo; con su historia de escolaridad que denotan dificultades serias de aprendizaje, datos que provienen de los test aplicados, y el examen directo del juez de instancia sobre el estado mental del accionado, que le permite concluir que su razón está seriamente afectada y deriva en su convicción de dar lugar a la interdicción, lo que no ha sido cuestionado por las partes que asistieron a la diligencia y constataron el examen realizado por él juzgador.

DECISIÓN: Por las razones 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"**, declara la interdicción del señor Denny Eder Illescas Estupiñán, inhabilitándolo para administrar su bienes y obligarse; se designa como curador del mencionado señor Denny Eder Illescas Estupiñán a su hermano Edwin Jacinto Illescas Estupiñan, a quien queda confiado el cuidado inmediato de Denny Eder y la administración de sus bienes, artículo 485 del Código Civil; y se procederá a su discernimiento conforme lo ordena el artículo 398 ibídem. Inscríbase esta resolución en el Registro de la Propiedad del cantón Machala, publíquese en un periódico de mayor circulación del citado cantón, y fíjese carteles en tres lugares más frecuentados, en aplicación del artículo 468 del Código Civil. **Hágase saber.**

f) Dr. Pablo Fernando Valverde Orellana, JUEZ NACIONAL (PONENTE) (e); Dra. María de los Ángeles Montalvo Escobar, JUEZA NACIONAL (e) Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL (e).

[6] Demencia una prioridad de salud pública Washington, D.C. 2013 ii Edición original en inglés: Dementia: a public health priority. © World Health Organization, 2012 ISBN 978 92 4 156445 8.

III

Juicio Nro. *09113-2020-00055*
Resolución Nro. *76-2020*
Fecha: *8 de junio del 2020, las 15h16*

TEMA: Acción de Hábeas Corpus como garantía jurisdiccional en detenciones por estado de gravidez.

ASUNTO

En una causa penal por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, el Juez de Garantías Penales, debido a la naturaleza de la aprehensión de la procesada en situación de flagrancia, obedeciendo lo dispuesto en cuanto al procedimiento en la norma penal, da lugar a la formulación de cargos y el consecuente inicio de la instrucción fiscal, imponiendo la medida cautelar de prisión preventiva a la justiciable.

La procesada propone acción constitucional de hábeas corpus, fundamentada en el estado de gravidez que poseía al momento de cumplir con la medida interpuesta por el Juez de Garantías Penales, por tanto lo que se discute en el proceso es la sustitución de la medida cautelar de prisión preventiva por la de arresto domiciliario y el uso de dispositivo de vigilancia electrónica, al estar la accionante en estado de gestación, de acuerdo con la disposición del artículo 537.1 del Código Orgánico Integral Penal.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA CORTE PROVINCIAL

El tribunal, luego de un análisis y control de legalidad tanto de la detención como de alguna otra vulneración hacia la legitimada activa, destacando que en ningún momento la procesada hizo conocer el estado de gestación en la cual se encontraba al momento de emitir la medida cautelar, determinando que no hay elementos probatorios y pertinentes que destaquen algún peligro inminente, sostiene que no se ha probado que el Estado Ecuatoriano o sus personeros del centro de detención provisional han causado algún tipo de inconveniente en perjuicio de su estado de gravidez, ni que disminuya su dignidad. El tribunal de la Corte Provincial de Justicia de la Provincia del Guayas declara sin lugar la demanda por la falta de fundamentos presentados en el desarrollo del proceso judicial.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09113-2020-00055

Juez Ponente: Dr. Roberto Guzmán Castañeda

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.

Quito, lunes 8 de junio del 2020, las 15h16,

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

a. De la demanda constitucional de hábeas corpus

1. La señora Rosandry Tineo Alonzo, ha comparecido ante la Corte Provincial de Justicia del Guayas, interponiendo garantía jurisdiccional de hábeas corpus con fundamento en los arts. 89 de la Constitución de la República del Ecuador, 44 "y siguientes" de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.

2. Relata en su demanda constitucional, que se encuentra privada de su libertad, a propósito de una medida cautelar de prisión preventiva dictada dentro de la causa penal radicada con el

No. 09281-2019-05007, el que se ha instaurado por el presunto cometimiento del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas y sujetas a fiscalización.

3. Que al momento, se encuentra en estado de gravidez, conforme documento médico que adjunta a la demanda. Que en virtud de su embarazo y encontrándose privada de la libertad por una medida cautelar, en resguardo de los derechos a la vida, salud e integridad física tanto personal como del hijo/a que espera, propone el hábeas corpus para obtener su inmediata libertad.

4. Adicionalmente, supone que los derechos a la salud e integridad física del hijo/a que espera y la suya, se encuentran seriamente comprometidos por el momento que atraviesa el país por la pandemia y el estado de emergencia sanitaria declarado; pues las condiciones carcelarias aumentan la posibilidad de contagio del virus COVID-19.

5. En este contexto, entiende que la medida cautelar de prisión preventiva, no es proporcional, idónea, razonable, ni necesaria.

b. Actos de sustanciación de la garantía jurisdiccional

6. La acción de hábeas corpus se ha presentado el 22 de mayo de 2020 ante la Corte Provincial de Justicia del Guayas; que luego del sorteo de ley, su conocimiento y resolución ha correspondido a la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de dicha magistratura.

7. Luego de calificada la demanda, la audiencia pública de hábeas corpus se realiza el 23 de mayo de 2020; a las 12:00, en la que, el tribunal de la Sala, decidiera desestimar la demanda de hábeas corpus, bajo el principal argumento, que el estado de embarazo de la accionante, no fue alegado en la fase procesal en la que se impuso la medida cautelar. Adicionalmente, sostienen que la vida, salud e integridad de la señora Rosandry Tineo Alonzo, no se hallan en riesgo, ni ha demostrado encontrarse en condiciones de salud delicadas o bajo amenaza.

8. La sentencia en forma escrita, se ha emitido el 25 de mayo de 2020; a las 10:30, y firmada electrónica por los miembros del tribunal el mismo día.

9. De esta decisión, comparece la accionante, interponiendo recurso vertical de apelación, que ha sido concedido mediante providencia de 28 de mayo de 2020; las 12:15.

10. La garantía jurisdiccional se recibe en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 04 de junio de 2020, a las 13:52, día en el que se realiza el sorteo de ley, correspondiéndole su conocimiento y resolución, a la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores. El tribunal se ha conformado por los jueces nacionales (e): Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, Carlos Vinicio Pazos Medina, y Pablo Fernando Valverde Orellana.

II. COMPETENCIA

11. El tribunal que suscribe tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver la presente garantía jurisdiccional de hábeas corpus, de conformidad con lo previsto en los artículos: 76.7.m), 89 de la Constitución de la República del Ecuador; 169.2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 9.4 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos; 7 y 191.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como por las Resoluciones n.° 197-19 de 28 de noviembre de 2019 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y 06-19 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

12. El artículo 44.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prevé la forma en que se procederá en los casos de apelación de los fallos dictados en garantía de hábeas corpus; remitiendo para el procedimiento de dicho recurso vertical, a las normas comunes contenidas en el artículo 24 de la ley en cita, de cuya lectura no se encuentra regulación alguna que determine ante qué órgano ha de interponerse el recurso de apelación, si el fallo en primera instancia ha sido dictado por una Sala de Corte Provincial de Justicia. Por lo que, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución de 23 marzo de 2009, ha dispuesto que los recursos de apelación en los casos del último inciso del artículo 89 de la Constitución de la República, sean conocidos previo sorteo por una de las Salas de la Corte Nacional de Justicia; en estas circunstancias, ha correspondido al tribunal de la Sala de la Familia Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda (ponente), Carlos

Vinicio Pazos Medina, y Pablo Fernando Valverde Orellana.

III. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

13. El escrito de apelación presentado por la recurrente, es bastante extenso; pero en síntesis, toma los argumentos de la sentencia que reprocha, para derrotarlos, manifestando que su estado de embarazo ya es suficiente motivo para que se declare procedente la acción constitucional, pues se encuentra en una triple condición de vulnerabilidad, sin que tenga que demostrar -adicionalmente- encontrarse enferma, pues el solo estado de gravidez la convierte en una persona que necesita atención prioritaria y por tanto, la sustitución de la prisión preventiva conforme establece el art. 537.1 del Código Integral Penal.

14. Por otro lado, señala que a pesar que se le ha llamado a juicio, por la declaratoria de estado de emergencia sanitaria y debido a la suspensión de plazos en la Función Judicial, ha sido imposible continuar con su causa, lo que agrava aún más su situación de riesgo. Indica además, que las condiciones de hacinamiento de las cárceles del país son -entre otros- factor de contagio de COVID-19, lo que atentaría no solo contra su salud, sino de la vida que está esperando.

15. Insiste en el hecho de que reúne varias condiciones de vulnerabilidad, como su género, encontrarse privada de libertad, condición migratoria, embarazo, condiciones que potencian un estado de discriminación sin que el tribunal a quo, en su decisión, se haya detenido a analizar estos temas de importancia.

16. Señala además, que en la sentencia de la que recurre, se hace hincapié en la gravedad del delito y la conmoción social que este supone, olvidando por completo, que recién se trata de una medida cautelar, y que la garantía de presunción de inocencia constitucional le asiste hasta que no se demuestre lo contrario. Que actuar de esa forma, implica que la medida cautelar se convierta en un adelanto de sentencia condenatoria.

17. Por otra parte, y en el contexto de la pandemia por COVID-19, se refiere al Dictamen de constitucionalidad No. 2-20-EE/20, en el que la Corte Constitucional del Ecuador, insta a las autoridades jurisdiccionales a considerar medidas alternativas a la prisión preventiva en caso de personas en situación de riesgo como lo es el de mujeres en estado de gestación. Lo propio, ha sido dictaminado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante resolución No. 066-2020 de 31 de marzo de 2020 ha dispuesto a los Estados, evaluar la imposición de medidas alternativas la prisión preventiva en casos de mujeres en estado de gestación.

18. Así las cosas, considera que la medida cautelar a que está siendo sujeta, se vuelve desproporcionada e ilegítima, por lo que pide, al tribunal de apelación, considerar sus argumentos y estimar su demanda constitucional de hábeas corpus.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA A RESOLVER

19. De los argumentos expuestos por la legitimada activa, tanto en su libelo de demanda, como en el escrito de apelación, se infiere la cuestión a resolver, y que se refiere al análisis de la medida de prisión preventiva como desproporcionada y/o ilegítima en el contexto de la pandemia por COVID-19, y en consideración de su situación de embarazo.

V. RESOLUCIÓN MOTIVADA DEL RECURSO DE APELACIÓN

a. Del contexto procesal

20. De la sentencia emitida en primera instancia, de la revisión del sistema de consulta de causas de la Función Judicial, e-SATJE, y de los documentos digitalizados enviados a esta magistratura, se tiene el siguiente cuadro procesal que ha provocado la prisión preventiva de la señora Rosandry Tineo Alonzo.

21. La hoy demandante, ha sido detenida el 26 de octubre de 2019 en horas de la mañana, en situación de flagrancia, radicándose la causa penal No. 09281-2019-05007, en la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes con sede en Guayaquil, por lo que, el día 26 de octubre de 2019; a las 21:30, se da inicio a la etapa de instrucción fiscal llevándose a cabo la audiencia de flagrancia y formulación de cargos por el ilícito tipificado en el art. 220.1.d) del Código Integral Penal, esto es, por transporte de sustancias sujetas a fiscalización a gran escala. En la diligencia, el juez de la causa entre otras cosas-, dicta medida cautelar de prisión preventiva en contra de la procesada, señora Tineo Alonzo.

22. Se convoca a audiencia de evaluación y preparatoria de juicio para el 13 de febrero de 2020; a las 10:00. Una vez evacuada la audiencia, la jueza de la Unidad Judicial de Garantías Pena-

les Norte 2 de Guayaquil, emite auto de llamamiento a juicio en contra de la hoy accionante y otros, por el delito descrito en el art. 220.1.d) del Código Integral Penal.

b. De la prisión preventiva

23. La prisión preventiva tiene prescripción constitucional en el artículo 77 de la Carta Fundamental del país, en la parte atinente a las garantías básicas que deben transversalizar todo proceso penal, en el que se decida sobre la libertad de las personas. Entre las configuraciones constitucionales de la prisión preventiva tenemos que: **(i)** no será la regla sino la excepción, es decir, es extraordinaria; **(ii)** su finalidad es de doble vía, por un lado, asegurar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, y por otro lado, garantizar el derecho de la víctima a recibir oportuna y pronta resolución de la administración de justicia y, **(iii)** para asegurar el cumplimiento de la pena.

24. Como consecuencia de ello, el constituyente ha dispuesto además, que el juez/a aplique *medidas cautelares* alternativas a la privación de la libertad conforme a ley; y que, las *sanciones alternativas* se dicten de conformidad con los *casos, plazos, condiciones y requisitos de ley*. La regulación legal de la figura privativa de libertad de la que tratamos, se encuentra legislada en el Código Integral Penal (arts. 534 ss.), y que, es constitucionalmente válida, al establecer filtros previos a la orden de prisión preventiva; dando prioridad a otras cautelares antes que a la prisión preventiva, ésta se dispondrá siempre y cuando las otras medidas no fueren suficientes para evitar que el procesado rehúya la acción de la justicia. Estableciéndose además, que las decisiones que se adopten acerca de la medida cautelar restrictiva de libertad, deberá ser discutida y motivada en audiencia oral pública y contradictoria.

25. Al mismo tiempo se puede decir, que el proceso penal se encuentra inexorablemente vinculado a la presunción de inocencia; la libertad constituye la regla; *máxime* si tomamos en cuenta paralelamente los parámetros delineados por el constituyente y legislador, con los estándares internacionales sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido insistentemente en su jurisprudencia respecto de la prisión preventiva, lo siguiente:

> Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa *no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva*. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. (cursivas no originales)

26. Estándares nacionales e internaciones, que son de obligatoria observancia por quien actúa como juez/a de garantías penales y como jueza o juez constitucional. Estos filtros conceptuales y materiales establecidos constitucionalmente, corresponden a una concepción del derecho penal tendiente a reformar y disuadir, y no a castigar, que es recogida ampliamente por los principios establecidos en la Constitución de la República del Ecuador (art. 77), *máxime* que la prisión preventiva, es de carácter puramente cautelar procede en los presupuestos procedimentales y de objetivos descritos *supra*-, y no de carácter sancionador. Por último, es necesario manifestar que la prisión preventiva como figura cautelar del proceso penal, debe ser analizada y argumentada consistentemente por el juez/a que la dicte, tomando en cuenta no solo la permisión legal para adoptarla, sino la necesidad *in extremis* de dictarla, con razones suficientes que la justifiquen y, enmarcarla en los estándares ya establecidos, que deben guardar estricta coherencia con el tipo de delito que se está investigando, y la peligrosidad que el acto revista. "La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática […]"

27. Son precisamente las recomendaciones dadas al Ecuador por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de la Comisión de Derechos Humanos, en el Informe Anual de 1997, las que han permitido constitucionalizar a la caducidad de la prisión preventiva como una garantía del proceso penal. El establecimiento de la caducidad de la medida cautelar, fue realizada por primera vez en la Constitución de 1998 y que fuera luego también recogida en la actual Constitución.

28. Entre las recomendaciones realizadas por la Comisión (CIDH) al Ecuador, se tienen:

> El Estado debe tomar las medidas necesarias

para garantizar que la detención preventiva sea aplicada como una medida excepcional, justificada sólo cuando se cumplan los parámetros legales aplicables en cada caso individual; y donde esos criterios no se cumplan, deben adoptarse medidas para garantizar la liberación inmediata del detenido. *El Estado debe adoptar las medidas necesarias para asegurar que las personas que se hallan justificadamente en situación de detención preventiva sean sometidas a un juicio con una sentencia final sin una demora indebida*, o a que sean puestas en libertad sin perjuicio de la continuación del procedimiento.

29. Es decir, que la premisa de la que trata el Derecho Internacional de Derechos Humanos es que una persona -detenida- debe ser juzgada y sentenciada dentro de un tiempo y plazos razonables y prudenciales; de lo contrario, ha de ser puesta en libertad sin perjuicio que el proceso penal continúe. Esta idea es compatible con lo dicho anteriormente; que la prisión preventiva a más de ser excepcional no ha de contraponerse con la garantía de presunción de inocencia; por tanto, la prisión preventiva no debe contraponerse al respeto y garantía del derecho al debido proceso, a la presunción de inocencia, así como a los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica.

c. Del hábeas corpus

30. La garantía constitucional de hábeas corpus, es una institución jurídica constitucional de especialísimo contenido y procedimiento respecto a la urgencia en su tratamiento por parte de la autoridad jurisdiccional. Urgencia en cuanto al tiempo de resolución cuya razón de ser, se asienta en uno de los derechos históricamente-primigenios del ser humano: la libertad. Considerando la sensibilidad neurálgica que reviste el derecho de libertad, en cuanto es condición de desarrollo y ejercicio de otros derechos, el Constituyente, ha establecido un procedimiento de informalidad condicionada, a efectos de conseguir de la autoridad jurisdiccional el control constitucional de una detención que revista vicios ya sea de ilegalidad, arbitrariedad o ilegitimidad.

31. Por otra parte, de los arts. 89 y 43 de la Constitución de la República del Ecuador y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su orden, se desprende en forma clara y expresa el objeto de la garantía jurisdiccional de hábeas corpus, cual es, recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, con indiferencia, si la privación de libertad la ha ejecutado una persona particular o un funcionario público. La acción de hábeas corpus además, se encuentra configurada para garantizar el respeto de los derechos a la vida e integridad física de las personas privadas de libertad. Las y los jueces constitucionales han de disponer la inmediata libertad de la persona que activa la garantía jurisdiccional, si se verifica que la restricción de libertad es ilegal, arbitraria o ilegitima; o en su defecto, si los derechos a la vida y/o integridad física de la persona privada de libertad se encuentran amenazados.

32. El hábeas corpus además se erige como un recurso sencillo, eficaz y expedito conforme así lo exige el Derecho Internacional de Derechos Humanos. Los art. 7.6 y 25 de la Convección Americana de Derechos Humanos, establecen:

> Art. 7.6 [toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.]
>
> Art. 25
>
> 1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución*, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
>
> 2. Los Estados Partes se comprometen:
>
> a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
>
> b) a desarrollar las posibilidades de re-

curso judicial; y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

33. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que "los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 [de la Convención] y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática" Bajo esta misma perspectiva, se ha señalado que para que un Estado parte, cumpla con lo dispuesto en el referido artículo 25.1 de la Convención, no basta con que los recursos existan formalmente en la legislación interna, sino es indispensable que sean efectivos; esto es, que el derecho de libertad a través de la garantía de hábeas corpus pueda ser verdaderamente tutelada.

34. Por tanto, las autoridades jurisdiccionales que conozcan las acciones de hábeas corpus, han de verificar que los derechos de libertad, vida e integridad física de las personas privadas de libertad no se vean amenazados. Precisamente para esto, el Constituyente ha previsto la acción de hábeas en contra de decisiones judiciales, es pos de precautelar los derechos de libertad, vida e integridad así como otros conexos- de las personas detenidas por órdenes judiciales; de ahí que, el juez constitucional está en la obligación de analizar si la medida restrictiva es o no violatoria a la libertad o si constituye una amenaza cierta a los derechos de vida e integridad; sin que esto signifique entrometerse en aspectos estrictamente penales, como cambiar el tipo penal, o desvanecer la imputación por ejemplo. En definitiva, por mandato constitucional, la o el juez constitucional se hallan en la obligación de analizar la medida restrictiva de libertad dentro del contexto material y procesal de la persona cuyos derechos se aleguen vulnerados; solo de esta forma, se cumpliría con el diseño de la garantía jurisdiccional de que tratamos y con su mandato de ser eficaz.

d. Análisis del caso concreto

35. Como bien señala la legitimada activa en su escrito de apelación, el art. 537.1 del Código Orgánico Integral Penal, dispone:

> Art. 537.- Casos especiales.- ***Sin perjuicio de la pena con la que se sancione la infracción, la prisión preventiva podrá ser sustituida*** por el arresto domiciliario y el uso del dispositivo de vigilancia electrónica, en los siguientes casos:
>
> 1. ***Cuando la procesada es una mujer embarazada*** y se encuentre hasta en los noventa días posteriores al parto. En los casos de que la hija o hijo nazca con enfermedades que requieren cuidados especiales de la madre, podrá extenderse hasta un máximo de noventa días más (…) (negritas y cursivas no originales)

36. Como se ve, el legislador, de manera taxativa y explícita ha establecido casos especiales en los que se deberá considerar medidas alternativas a la prisión preventiva, como lo es, el de una mujer en estado de gestación.

37. El texto legal en comentario guarda la necesaria coherencia que el principio de irradiación exige, (esto es, la necesaria correspondencia de la legislación con la constitución) con aquellas disposiciones constitucionales que establecen mecanismos reforzados de protección jurídica a personas o grupos de personas que han sido sistemática e históricamente excluidos del ejercicio de los derechos o que debido a sus condiciones, puedan ser colocadas en situaciones de desigualdad o de mayor riesgo o amenaza, como son las mujeres, personas privadas de libertad, condiciones de género en relación con sus derechos reproductivos, población en situación de movilidad humana, entre otras (arts. 11.2, 35, 40 CRE).

38. En una parte de la sentencia recurrida, el tribunal de la Sala Especializada lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, escribe:

> 13.6) Debe señalarse que ni a la fecha de detención del expediente de procesamiento, coinciden el tiempo que se inició la detención (26 de Octubre de 2019) con las semanas de embarazo señaladas en el certificado médico incorporado a esta acción. Además, el estado de gravidez al no haber sido objeto de alegación, no pudo ser atendido por los jueces que conocieron el proceso; por ello, no hay arbitrariedad en lo actuado por ambos; ***sin perjuicio que, del tipo penal por el cual es procesada, tiene una pena de 10 a 13 años de privación de libertad, y existen normas expresas que restringen las medidas alternativas a la prisión preven-***

tiva en estos casos. (cursivas y negritas no originales)

39. Nótese que el tribunal de grado, afirma que existen prescripciones normativas expresas -dice- que restringen la imposición de medidas distintas la prisión preventiva, en tratándose de delitos cuya pena rebasa los 10 años. Frente a esta afirmación, caben algunas reflexiones; en primer lugar, el juzgador plural, ni siquiera enuncia cuáles son las normas a las que se refiere, lo cual, torna en deleznable por decir lo menos- su aseveración; en segundo lugar, soslayan por completo el análisis normativo del art. 537.1 del Código Integral Penal, que sí- establece de forma expresa que «sin perjuicio de la pena con la que se sancione la infracción» se deberán considerar medidas cautelares alternativas en casos de mujeres embarazadas, disposición que como se manifestó *supra*, guarda coherencia constitucional. En tercer lugar, el *a quo*, tampoco analiza la inescindible relación entre la garantía de presunción de inocencia y la prisión preventiva, mucho menos, que esta es una medida de última ratio.

40. Adicionalmente, en la sentencia bajo análisis, se hace énfasis en que la situación de gravidez no fue alegada al momento de imposición de la medida cautelar restrictiva de libertad; mas, constatan que en efecto, la legitimada activa cursa aproximadamente 22 semanas de embarazo, cuando en la audiencia pública de hábeas corpus le preguntan sobre este hecho, lo que hace presumir, que el tribunal de instancia se cercioró de su condición. Adicionalmente, no puede perderse de vista el certificado médico notariado anexo a la demanda, conferido por el Ministerio de Salud Pública, el 11 de mayo de 2020, en el que la obstetra Gloria Pilla Guamán, afirma que la señora Tineo Alonzo Rosandry del Valle, quien se halla recluida en el centro de privación de libertad femenino del Guayas, se encuentra a ese entonces- con 19 semanas de embarazo.

41. En estas circunstancias, el tribunal de primera instancia, emite un argumento eminentemente reduccionista, al manifestar que en la fase del proceso penal en el que se impuso la medida, el hecho del embarazo no fue conocido. Y es reduccionista, pues limita el ámbito y objeto de protección de la garantía de hábeas corpus, ya que los jueces/zas constitucionales se hallan en la obligación de desplegar un ejercicio amplio de estudio y análisis con el propósito de defender y garantizar los derechos que se aleguen vulnerados, en cualquier momento que las circunstancias o hechos se modifiquen respecto de aquel en el que se impusiera la medida cautelar.

42. Si bien es cierto, al imponerse la medida restrictiva de libertad, no se conoció procesalmente del estado de gestación, no es menos cierto, que este hecho es real, y que acontece, ante lo cual, el ordenamiento jurídico ha previsto medidas distintas a la privación de libertad en pos de proteger el adecuado desarrollo del embarazo así como la salud de la madre y del feto. En definitiva, el juzgador plural de instancia, debió analizar el hábeas corpus en el contexto actual y no solo en el histórico al imponerse la medida-; habiendo actuado de este modo, contraviene el sentido de eficacia y protección para el cual ha sido diseñada la garantía jurisdiccional de hábeas corpus.

43. Además de lo manifestado, no puede perderse de vista el momento que atraviesa el mundo y el país con ocasión de la pandemia por COVID-19, de la magnitud de los problemas que esta ha causado en forma general, y de los posibles problemas que podía causar a la población carcelaria en particular. Recuérdese que los Estados se encuentran en la obligación de garantizar irrestrictamente los derechos a la vida, integridad física y salud de las personas privadas de libertad, máxime si de personas en múltiples condiciones de vulnerabilidad se trata, como el caso de mujeres, personas en situación de movilidad, mujeres embarazadas, entre otros. En una parte de la resolución n.º 1/2020 del Comisión Interamericana de Derechos Humanos, escribe:

> (…) al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del COVID-19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas traba-

jadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas.

44. Asimismo, frente al hacinamiento carcelario y en tratándose de medidas cautelares, -sin sentencia- la Comisión IDH, manifiesta:

> Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva para identificar aquéllos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes.

45. La Corte Constitucional de Ecuador, dentro del caso n.º 2-20-EE, en el que se analiza lo formal y material del Decreto Ejecutivo 1052 en el que se amplía el plazo de emergencia sanitaria-, reafirma lo expresado anteriormente, respecto la necesidad de otorgar atención prioritaria a personas privadas de libertad en el contexto de la pandemia y del estado de hacinamiento. En este sentido, con base en los pronunciamientos de organismos internacionales que instan a las autoridades jurisdiccionales y estatales, evaluar el hecho de conceder regímenes de libertad o prelibertad o medidas distintas a la prisión preventiva en tratándose de personas en situación de riesgo. En los párrafos 48 y 49 de la sentencia constitucional en cita, se lee:

> La Corte exhorta a jueces, juezas, tribunales, fiscales, el presidente de la República, la Asamblea Nacional, según corresponda de acuerdo a sus competencias y deberes constitucionales y legales, a tener las anteriores consideraciones a la hora de decidir, conforme a derecho, sobre indultos, amnistías, medidas cautelares y penas alternativas a la privación de libertad, la prelibertad y la libertad condicional.
>
> ***Estas autoridades tendrán en cuenta al momento de tomar dichas decisiones particularmente*** a las personas adultas mayores, quienes padecen enfermedades catastróficas y respiratorias, las ***mujeres embarazadas***, las personas adolescentes, ***las privadas preventivamente de la libertad***, siempre que se trate de personas con condenas por delitos que no revistan gravedad, no generen riesgos o potenciales daños a víctimas por violencia de género, o no provoquen conmoción social.

46. Esta propia Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte nacional de Justicia, en ocasiones anteriores, a propósito de acciones de hábeas corpus, ha considerado que la especial situación que atraviesa el país y el mundo (COVID-19) en relación con medidas cautelares, obliga a la autoridad constitucional al estudio minucioso, exhaustivo y crítico de la medida privativa de libertad, en pos de resguardar la salud de las personas privadas de libertad sin sentencia.

47. Así, en las causas constitucionales por hábeas corpus n.º 17133-2020-00005, 09124-2020-00013, se concedieron medidas alternativas a la prisión preventiva, tomando en cuenta las particularidades de cada caso. En el último proceso en cita, la Sala, manifestó:

> La Constitución de la República, señala que el sistema nacional de salud, a través de las instituciones que lo conforman, garantizarán la promoción de la salud, prevención y atención integral, familiar y comunitaria; que, la prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional, siendo el Estado responsable de formular políticas públicas que garanticen la promoción, prevención, curación, rehabilitación y atención integral en salud y fomentar prácticas saludables en los ámbitos familiar, laboral y comunitario, así como también, "Brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución", grupo de atención prioritaria entre los cuales se encuentran las personas privadas de libertad, según lo determina el artículo 35 *ibídem*. De tal forma que desde la óptica universal de observancia a los derechos humanos en el marco de las Políticas Públicas de salud, así como de la Resolución N. 01/2020 de la CIDH, como acción preventiva a la preparación, prevención y control del COVID19, se enfoca en la protección del derecho a la vida y a la in-

tegridad física de las personas privadas de la libertad, aspectos abordados en el contexto de la pandemia COVID-19, y de las directrices de la OMS (Organización Mundial de la Salud), por lo que en sujeción a lo expuesto, atendiendo la esfera de la tutela efectiva de derechos, en observancia del principio *pro homine*, cabe paralelamente la protección de los accionantes (…)

48. Con base en lo expuesto, se puede concluir, que si bien, *a priori,* al momento de la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, esta se podría reputar legal y legítima, no es menos cierto, que *a posteriori*, por las condiciones que han sucedido, embarazo de la procesada y el contexto actual, aunado a las condiciones de género de la procesada, así como su situación de movilidad; la medida restrictiva de libertad cambia de panorama y deja de ser necesaria e idónea, tanto más, si se toma en cuenta la disposición del art. 537.1 del Código Orgánico Integral Penal en relación con los textos de los arts. 11.2, 35 y 40 de la Constitución de la República del Ecuador.

49. Finalmente, se debe manifestar la acción de hábeas corpus es un medio sencillo y eficaz de protección de los derechos a la libertad, vida, integridad física y otros conexos de la personas privadas de libertad, que en casos, como el presente se debe materializar como un verdadero mecanismo de defensa de esos derechos; y que como se vio, en el caso concreto, se reúnen las condiciones fácticas y jurídicas para dictar medidas distintas a la prisión preventiva.

VI. DECISIÓN EN SENTENCIA

50. Por las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, "**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**", acepta el recurso de apelación interpuesto, y revoca la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, firmada electrónicamente el 25 de mayo de 2020 y notificada el mismo día a partir de las dieciséis horas y cincuenta y tres minutos.

51. Por expreso mandato del art. 537.1 del Código Orgánico Integral Penal, se dispone que la señora Rosandry Tineo Alonzo, cumpla a partir de la notificación de esta resolución la medida cautelar de arresto domiciliario y el uso de dispositivo de vigilancia electrónica.

52. Copia certificada del presente fallo remítase a la Corte Constitucional para los fines previstos en el artículo 86.5 de la Constitución de la República del Ecuador.

53. Con el ejecutorial se dispone la devolución del expediente al tribunal de origen. **Notifíquese.**

f) Dr. Roberto Guzman Castañeda, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. Pablo Fernando Valverde Orellana, JUEZ NACIONAL; Dr. Carlos Vinicio Pazos Medina, JUEZ NACIONAL (E).

IV

Juicio Nro. *01613-2019-00320*
Resolución Nro. *080-2021*
Fecha**:** *15 de junio de 2021, las 14h39*

TEMA: Revocabilidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad por medio del error que vicia el conocimiento y causa su invalidez.

ASUNTO

El demandante propone acción de impugnación del reconocimiento voluntario, fundamentando su pretensión en el artículo 247 del Código Civil. La controversia se centra en la declaración de nulidad del reconocimiento voluntario por medio de vicios de consentimiento.

Puntualmente el actor señala el engaño realizado por la demandada, la cual lo habría inducido mediante error a manifestar su voluntad, estableciendo la filiación y la correspondiente paternidad, ya que el reconocimiento fue con base en el engaño del que alude fue víctima, atentando contra la autonomía de su voluntad, confiando en la buena fe de la demanda.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de la Unidad Judicial de Santa Isabel determinó que la carga probatoria es insuficiente, debido a que, dentro de un procedimiento de impugnación de paternidad por reconocimiento voluntario, la única vía para revertir dicho acto es comprobar la existencia de un vicio del consentimiento.

En la presente causa, el actor argumentó que fue inducido por medio de engaño a realizar dicha acción, a lo cual el juzgador señala que, a partir de la prueba practicada, no se aprecia la existencia de error esencial, ya que el actor al realizar el reconocimiento, entendía perfectamente la naturaleza del acto que ejecutaba. Por lo tanto, declara improcedente y sin lugar a la demanda.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Azuay, acepta el recurso de apelación interpuesto por el accionante, declarando con lugar la demanda, ya que el accionante, mediante la producción de la prueba en segunda instancia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, respecto a la prueba para mejor resolver, llevó a la mayoría del tribunal a que se tome en consideración el examen de ADN, mismo que corrobora la carencia de vinculo biológico entre el solicitante y la parte demandada, pudiendo probar uno de los vicios del consentimiento alegados para la existencia de la nulidad, gozando esta prueba de utilidad, pertinencia y conducencia de acuerdo al artículo 161 ibídem.

En la causa se violentó una tutela judicial al negar una prueba esencial como es el ADN, pues si bien el Código Civil señala que el vínculo sanguíneo no constituye prueba, no quiere decir que no se la acepte dentro del proceso, existiendo prueba testimonial que asevera la pretensión del recurrente señalando el error o vicio del consentimiento, por lo que su consentimiento no fue verdadero; debido a que hubo una falsa apreciación en los hechos reales respecto a la relación monogámica que se presumía con la progenitora, hechos que lo impulsaron a reconocer al menor como hijo biológico del actor.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01613-2019-00320

Juez Ponente: Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.

Quito, 15 de junio de 2021, las 14h39.

El Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Roberto Guzmán Castañeda, doctor David Isaías Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, habiendo sido designados y posesionados

conforme al orden jurídico constituido y por el sorteo de ley realizado en esta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, pronuncian la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Es la sentencia dictada por la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, de 19 de mayo del 2020, en la presente causa ordinaria de nulidad de reconocimiento de paternidad, seguida por Franklin Adrián Rodríguez Sichique (en adelante "*accionante*" o "*solicitante*") en contra del niño Alex Xavier Rodríguez Sichique representado por su madre la señora Alicia Beatriz Sichique Tigre (en adelante "*opositora*", "*casacionista*" o "*recurrente*").

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció debido al recurso de apelación deducido por el accionante contra la sentencia emitida por el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente de Santa Isabel, de 16 de enero de 2020, en la que se declaró sin lugar la demanda de impugnación de reconocimiento voluntario por vía de nulidad presentada por el accionante.

1.2.- Satisfecho el trámite de dicho Recurso de Apelación, la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, resuelve aceptar el recurso de apelación interpuesto por el accionante y en consecuencia declarar con lugar la demanda de nulidad de reconocimiento voluntario realizado por el demandante a favor del niño Alex Xavier Rodríguez Sichique.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, la señora Alicia Beatriz Sichique Tigre, por los derechos que representa del niño Alex Xavier Rodríguez Sichique, deduce Recurso de Casación, convirtiéndose de esta manera en sujeto activo e impulsor del medio impugnatorio casacional.

3.- Causales Admitidas en el Recurso de Casación: Remitido el recurso interpuesto, por sorteo, es resuelto por el Conjuez Nacional, doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, quien, mediante auto de 2 de octubre de 2020, luego del estudio formal del escrito contentivo de Casación, admite el mismo por los casos tres y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. En consecuencia, la actividad jurisdiccional de los jueces de casación, queda fijada en los términos de los cargos admitidos en fase de calificación y de la sustentación en la audiencia oral, pública y contradictoria efectuada en los términos del artículo 272 *ibídem*.

II. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente, señora Alicia Beatriz Sichique Tigre, por parte de su defensa técnica, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, el cual fue debatido por la contra parte, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

5.- Defensa técnica de la parte recurrente: En lo sustancial, expresó que se debe fijar la atención jurídica en dos escenarios concretos. El primero: El actor demandó la impugnación del reconocimiento libre y voluntario de la paternidad realizado a favor de su hijo, según consta de la partida de nacimiento, alegando que fue engañado por la madre del menor; demandó amparándose en el artículo 1475 del Código Civil, es decir, que existieron vicios del consentimiento en ese reconocimiento, implicando que el proceso tenía que ventilarse de manera clara, precisa y congruente en función de los puntos materia del proceso y del litigio. Antes de este proceso, el actor voluntariamente invitó a la madre del niño a realizar una prueba de ADN, dando el resultado de negativo; y la demanda es mal planteada, al alegar que habían vicios para el reconocimiento, sin que le sirva la prueba de ADN conforme lo señalan varias resoluciones jurisprudenciales, debiendo necesariamente, probar que para realizar el reconocimiento fue objeto de engaño, error, fuerza o dolo que son los vicios del consentimiento, contemplados en el ordenamiento jurídico, colocando eso en la demanda y aportando pruebas. En primera instancia, por falta de prueba, se declara sin lugar la acción propuesta; por lo que, el actor interpone recurso de apelación y la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, por voto de mayoría, resuelve aceptar el recurso de apelación y se produce la inobservancia de los casos del artículo 268 del COGEP que han sido admitidos este recurso. La sentencia acusada, dice que el examen de ADN determina que no existe un vínculo sanguíneo entre el señor Rodríguez Sichique y su hijo y acepta el recurso de apelación, contraviniendo a la congruencia, al aceptar el examen de ADN como prueba de que el padre del menor no tiene vínculo sanguíneo con su hijo quien fue reconocido voluntariamente. En este sentido, la sentencia

recurrida resuelve asuntos sin ser materia del proceso, ya que el ADN no fue alegado en la demanda como causal de impugnación de la paternidad, dando la misma sentencia, más allá de lo que le correspondía al actor, aceptando una prueba sin ser materia del litigio y concediendo una sentencia favorable, siendo incompatible con el numeral 3 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. Respecto al segundo escenario, en función del numeral 5 del artículo 268, es por cuanto hay resoluciones de la misma Corte Nacional y de la Corte Constitucional, que determinan expresamente que la prueba de ADN o la inexistencia de vínculo sanguíneo no es prueba en los juicios de impugnación de paternidad por no estar en discusión la verdad biológica; en este sentido, esta causal determina que las sentencias deben observar obligatoriamente, los preceptos jurisprudenciales de manera obligatoria; por lo que, habiendo precedentes jurisprudenciales, tanto de la Corte Nacional y de la Constitucional, de que los exámenes de ADN no son prueba en los juicios de paternidad, al acoger esta prueba, la Corte Provincial de Justicia del Azuay, viola el numeral 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

6.- Efectivización del principio de contradicción: Por principio de contradicción, expone la contra parte de manera oral, en lo puntual, que el recurso de casación es extraordinario, debiendo cumplir formalidades expresas determinadas por la ley en materia de casación, no se trata de un alegato a breves rasgos o en general de una omisión o violación, se tiene que identificar plenamente, conforme a la fundamentación por escrito, las causales que, a decir del recurrente, se ha dado por el Tribunal de instancia. Las causales por las que se ha admitido el recurso de casación son las del artículo 268 numerales 3 y 5; y en esta etapa, el recurrente debía fundamentar su recurso, pero lo que ha dicho, es que el Tribunal ha violentado las normas del artículo 268 en los numerales 3 y 5; esas son normas procedimentales que establecen las causales para el recurso de casación; en especial el numeral 3, sin embargo, de la fundamentación oral que realiza el recurrente, nada se ha dicho al respecto, ni en qué parte de la sentencia es que se resuelve más de lo que se ha propuesto en la demanda inicial o menos, como si se han tratado temas que no eran objeto de la Litis u objeto de debate dentro de la audiencia respectiva o dentro del proceso como tal. Lo trata de decir es que existe una valoración de prueba, de un examen de ADN; sin embargo, este recurso es extraordinario y no acepta valoración de prueba, salvo que exista de acuerdo a la causal establecida en el artículo 268 la violación de preceptos de valoración de prueba de forma directa y, de forma indirecta, la violación de una norma sustantiva; sin embargo, nada se dijo sobre cuál ha sido el error cometido por el Tribunal de Instancia. En relación a vicios de incongruencia o inconsistencia, no se especificó en qué parte de la sentencia es que se adolece de este vicio, ya que en el recurso de casación debe existir tanto el nexo lógico como el del hecho reclamado en esta audiencia. Pese a lo expuesto, en primer término indica el recurrente que hay violación o no observancia, dos términos contradictorios, por cuanto si existió violación como es que existe la no observación, porque las causales establecidas en el numeral 5, falta de aplicación o errónea interpretación son excluyentes entre sí, entonces se debía alegar expresamente en cuál de las causales y cuáles han sido los precedentes jurisprudenciales obligatorios violentados a decir del recurrente, así como las normas de derecho sustantivo que se han aplicado erróneamente o respecto a las cuales habido esa falta de aplicación de acuerdo al principio de oralidad. Verdad es que el sistema procesal es no oral en estricto sentido, sin embargo, en esta diligencia se debió fundamentar en forma clara, precisa y concreta, cuáles son las violaciones cometidas en Instancia, lo cual no se escuchó en esta audiencia, ya que lo manifestado por el recurrente, es que no se considere el examen de ADN; sin embargo, no ha dicho cuáles son los vicios de las causales 3 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, teniendo en cuenta que la pretensión establecida era la de impugnación de reconocimiento voluntario. El Tribunal de Instancia, aplicó el error sustancial o el error obstáculo que lo llama la doctrina, en el cual es el error que vicia el consentimiento, dicho error, es el que impide la existencia del consentimiento y eso fue uno de los criterios que acogió el Tribunal de Instancia y por ello, en sentencia estableció la declaratoria de la nulidad del reconocimiento voluntario del señor Alex Xavier Rodríguez. Solicita se deseche el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida.

III. CONSIDERANDOS

7.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 172, 183 nu-

meral 6, 184, 189 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos; de conformidad con la resolución número 03-2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y por el sorteo de ley; los suscritos Magistrados de esta Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, poseen jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

8.- Validez Procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, lo cual, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violado solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

IV. DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación del Recurso de Casación)

9.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación.

10.- Contenido de la causal invocada, admitida en fase previa de admisibilidad: Tal como ha quedado establecido, en el párrafo 3 del fallo, los casos admitidos por vía casacional, son el tres y el cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, atinente a los vicios de:

> *"3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia*
>
> *5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto."*

10.1.- El caso tres invocado, se produce por vicios de inconsonancia o incongruencia en la sentencia, ya sea por conceder más de lo pedido (ultra petita), por conceder menos de lo pedido (citra petita) o por conceder algo distinto a lo pedido (extra petita), constituye una vulneración al principio dispositivo consagrado en los artículos 168.6 de la Constitución de la República y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que ordena que las juezas y jueces deben resolver de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

10.2.- El caso quinto atiende a vicios *in iudicando,* atinentes a normas de derecho pertenecientes a la órbita sustantiva y han de ser invocados siempre que hayan sido determinantes o decisivos en la parte dispositiva de la sentencia. En cuanto a los vicios que incorpora el caso invocado - falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación - aquellos responden a conceptos propios de infracción disimiles entre sí, de allí la necesidad de diferenciarlos al formular el cargo, radicando la aplicación indebida en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador elige una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la acertada para solucionar la cuestión; por su parte la falta de aplicación, en lo esencial es un vicio donde el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar el problema jurídico; por último, la errónea interpretación, es un yerro donde si bien el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución del problema jurídico, se aleja del

espíritu de su esencia dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra destinada la norma para dar la solución al conflicto jurídico.

11.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: En la especie, conforme al principio dispositivo, se tiene que la parte recurrente ha invocado los casos tres y cinco sin señalar norma alguna o precedente jurisprudencial para ligar tales acusaciones, no obstante, este Tribunal, pasará a analizar las alegaciones efectuadas en consonancia con los casos 3 y 5 invocados, en respeto al principio dispositivo.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- Como ya ha quedado determinado, se procede a verificar lo impugnado por la casacionista conforme los cargos expuestos en la audiencia de fundamentación oral.

12.1.- Los cargos acusados: Los dos cargos propuestos, se centran en la siguiente abstracción: Que se impugnó el reconocimiento libre y voluntario de paternidad a favor del hijo como consta en la partida de nacimiento, alegando engaño de la madre del niño al amparo del artículo 1475 del Código Civil, por vicios del consentimiento al reconocerlo. Debió la causa ventilarse de forma clara, precisa y congruente en función de los puntos materia del litigio. Antes del proceso, el actor voluntariamente invitó a la madre del niño a realizarse un examen de ADN, que dio como resultado negativo y se planteó mal la demanda, al alegar vicios en el reconocimiento, sin que sirva el examen de ADN, acorde a resoluciones jurisprudenciales. La necesaria obligación era probar que para reconocer, fue objeto de engaño, error, fuerza o dolo (vicios del consentimiento). En primera instancia, por falta de prueba, se desechó la demanda; al apelar el actor, el *Ad- quem*, acepta tal recurso, causando la inobservancia de los cargos admitidos para casación. El fallo acusado, dice que el examen de ADN establece la inexistencia de vínculo sanguíneo entre el demandante y su hijo, aceptando el recurso de apelación, contraviniendo a la congruencia, al admitir dicho examen como prueba de que el padre carece de vínculo sanguíneo con su hijo reconocido voluntariamente. Se resolvió asuntos sin ser materia del litigio, sin alegarse al ADN como causal de impugnación de la paternidad, yendo más allá de lo demandado, aceptando una prueba sin ser materia del litigio. Hay resoluciones de la Corte Nacional y de la Constitucional, que determinan que el examen de ADN o la inexistencia de vínculo sanguíneo carece de eficacia en estos juicios, ya que la verdad biológica es un aspecto distinto al discutido; y, las sentencias deben observar de forma ineludible, los preceptos jurisprudenciales obligatorios. Habiendo precedentes jurisprudenciales, ordinarios y constitucionales, de que en los juicios de paternidad se excluyen los exámenes de ADN y al acogerse esta prueba, se produce la vulneración.

12.3.- Problema a dilucidar: De la abstracción realizada a los dos cargos acusados, se establece el siguiente problema jurídico a resolver: ¿Cómo impacta el error de voluntad en la irrevocabilidad del reconocimiento de paternidad?, interrogante que se pasa a desarrollar en los párrafos siguientes:

¿Cómo impacta el error de voluntad en la irrevocabilidad del reconocimiento de paternidad?

13.- De la filiación.- El artículo 24 del Código Civil señala: "*Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.*" Se entiende por filiación en sentido genérico a aquel lazo *"…que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y la filiación, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos."*[1] Por lo tanto, alude a la procedencia de los hijos respecto a sus progenitores y a la relación existente entre ellos, caracterizada por una serie de derechos y deberes recíprocos e interrelacionados entre sí, como son: el derecho al

[1] Varsi R, Enrique. Filiación, Derecho y Genética. Aproximaciones a la Teoría de la filiación biológica. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima. 1999. P.31.

nombre, a conocer a sus progenitores y descendencia, de alimentos, sucesorios, entre otros. Se la considera como una relación jurídica recíproca entre los progenitores legalmente establecidos o dígase reconocidos y por otro los hijos – relación jurídica – que representa el origen del torrente de derechos y obligaciones exigibles entre progenitores e hijos. Al sustentarse en el vínculo de la generación, origina un estado, determinante de la posición que la individualidad humana ocupa en la familia como hijo, derivándose en prerrogativas y responsabilidades. De esta relación filial se ocasiona entre otros aspectos el parentesco, la patria potestad y a partir de ella, se establece una comunidad de carácter familiar que identifica a los grupos humanos dentro de la sociedad.

13.1.- La filiación puede ser por naturaleza, identificada como aquella que posee una base biológica, cuyo criterio legal fundamental para establecerla es la fijación del hecho biológico de la generación, dándose un reconocimiento legal a las más frecuentes relaciones familiares dentro de las cuales el hijo desarrolla su personalidad, se integra a la sociedad y se asegura, de forma natural, la atención moral y económica de sus progenitores. Esta clase de filiación, es de la que habla el artículo 24 del Código Civil, la cual puede ser marital y extramarital, iguales en efectos y distintas por su origen en una unidad familiar o fuera de ella. La filiación extramarital tiene igualdad de derechos con la marital, pues ambas determinan el establecimiento de una idéntica relación jurídica entre los progenitores y el hijo. Las únicas diferencias entre estas filiaciones, están en las formas de reconocimiento o determinación legal de éstas. Así por ejemplo la marital se sitúa en el artículo 24 letra a, del Código Civil, por haberse concebido al hijo dentro del matrimonio verdadero, asimilándose a éste el matrimonio aparente o putativo de los progenitores, como también a la unión de hecho estable y monogámica reconocida legalmente; situaciones en las cuales, la ley presume esa paternidad o maternidad de manera automática. La extra marital se revela en el artículo 24 letra b, del Código Civil, por el hecho de reconocerse al hijo voluntariamente por el padre o la madre o por ambos, al no existir matrimonio entre ellos. De manera general, se asimila también el supuesto de la letra c, del artículo 24 del Código Civil, cuando ha sido necesaria la intervención judicial para que se declare hijo de determinados padre o madre. En cambio otra es la filiación por efecto de la adopción, establecida en el artículo 314 y siguientes del Código Civil, aspecto que no se aborda en esta sentencia. En el caso *in examine* se está ante una declaración extra marital de filiación, subsumible al artículo 24.b del Código Civil (reconocimiento voluntario).

13.2.- El reconocimiento voluntario, esta normado a partir del artículo 247 del Código Civil. Es un acto unilateral, personalísimo, formal y sobre todo, irrevocable, que únicamente pierde su fuerza legal si se acredita que se ha incurrido en vicio de la voluntad al realizarlo; ya que debe de surgir de manera libre y voluntaria. La ley lo considera un acto irrevocable, pues teniendo presente la teoría de los actos propios, se *"… considera que el reconocimiento de la paternidad y la maternidad como acto propio libre y voluntario, constitutivo del estado civil, genera vínculos legales y afectivos y sobre él se construye la identidad del reconocido, y por ello se impone el deber jurídico de respeto y sometimiento a la situación jurídica generada por la conducta del reconociente, en resguardo del derecho e interés del reconocido; en el caso en análisis un niño, cuyo derecho a la identidad, en virtud del interés superior del niño, prevalece sobre el de las demás personas."*[2] Tal reconocimiento para entrañar la propiedad de la incorruptible voluntad, debe carecer de vicios en el consentimiento. Pues son actos realizados por el imperio de la voluntad, gobernados por la buena fe como fuente de exigencia en el ejercicio de los derechos, reflejado en el proceder de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y sometimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena que a la luz de la buena fe, integra la teoría de los actos propios, cuyo fundamento vierte de la protección de la confianza que con la buena fe, impone un deber de coherencia y auto limita la libertad de actuación

[2] Sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores dentro de la causa 17761-2014-0095, de fecha 19 de agosto de 2014 (Caso Chamba vs Chamba).

cuando se han creado expectativas razonables, declarando así mismo que sólo merecen esta consideración aquellos actos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definen de forma inalterable la situación jurídica de su autor o de aquéllos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho. Cuestiones que no pueden predicarse en los supuestos de error donde se engloba la ignorancia, el conocimiento equivocado, la mera tolerancia; tampoco en los presupuestos de fuerza o violencia; y menos aún, en los de dolo. Por lo que, el reconocimiento voluntario de paternidad es un acto propio que tiene las siguientes características: a) Unilateralidad, al realizarse el reconocimiento, no requiere aceptación de la persona reconocida; b) Personalísimo, sólo quien reconoce es la única persona que conoce y puede declarar de las relaciones mantenidas con el otro progenitor del que ha nacido la persona a quien se reconoce; c) Es formal y expreso, se consigna por escritura pública, acto testamentario, instrumento privado reconocido judicialmente o al momento de la inscripción del nacimiento del hijo; d) Es un acto puro, sin sometimiento de término o condición; y, e) Es un acto irrevocable, pero no absoluto, al existir la posibilidad de ser sometido a impugnación, ya que pierde su fuerza legal si únicamente se acredita que se ha incurrido en un vicio de la voluntad. Es importante precisar que si bien, la misma ley es expresa al disponer que el padre no es legitimado activo para demandar la impugnación del reconocimiento voluntario *per se*, más sin embargo, sí está legitimado para impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad, demostrando que, al momento de efectuarlo, no se verificó la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez, es decir, que su consentimiento se encontraba viciado de error, fuerza o dolo. En la presente causa, la pretensión contenida en la demanda es que se declare *"… LA NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD que el compareciente FRANKLIN ADRIAN RODRIGUEZ SICHIQUE realizó respecto del menor ALEX XAVIER RODRIGUEZ SICHIQUE, a quien lo reconoció en base al engaño flagrante del que fue víctima, y que finalmente le indujo al error de apreciarlo como su hijo y consecuencia de ello registrarlo como tal, en la institución pública correspondiente del Registro Civil."* (Sic) siendo evidente que el reconociente no ha demandado la impugnación del reconocimiento voluntario efectuado por él, sino la nulidad del acto del reconocimiento por existir error – vicio del consentimiento – al momento de otorgarlo, por lo que la sentencia no es casable desde esta perspectiva.

14.- De los vicios del consentimiento: Como se señala, no basta con que exista consentimiento para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, sino que aquel consentimiento no adolezca de vicio y se haya dado en condiciones regulares. El artículo 1467 del Código Civil, dispone que los vicios de los que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo. Alegado como ha sido en el presente caso la existencia de error, este Tribunal se concretará en analizar la existencia del mismo, en concordancia con lo manifestado en la sentencia impugnada.

14.1.- El error es por su naturaleza, contrario al consentimiento y puede definirse como *"…la disconformidad de [las] ideas con la naturaleza de las cosas, o sea, el concepto inexacto que [se tiene] de la ley, de una persona o de una cosa. Consiste en creer verdadero lo que es falso, o creer falso lo que es verdadero."*[3] En el estudio del error, se identifican dos clases de errores: el de hecho y el de derecho; pudiendo viciar el consentimiento sólo los errores de hecho, pues la ley (derecho) se asume conocida por todos y su ignorancia no excusa a persona alguna. Con esta precisión, los casos en que el error de hecho puede viciar el consentimiento, por imperio de la ley, se delimita en tres ámbitos: 1. Cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra: como si una parte entiende préstamo y la otra donación; 2. Cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata: como cuando el vendedor cree vender una cosa determinada y el comprador entendiese comprar otra; y, 3. Cuando recae sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el contrato o es diversa de lo que se cree: como si una de las partes cree

[3] Barros Errázuriz, Alfredo. Curso de Derecho Civil. De los contratos y demás fuentes de las obligaciones. Segundo Año Segunda Parte. Cuarta Edición Corregida y Aumentada. Editorial Nascimiento. Volumen III. 1932. Santiago – Chile. P. 22

que compra una barra de plata pero realmente es una barra de otro metal. Avanzando, según el criterio de gravedad, el error puede clasificarse en:[4] a) Error esencial que destruye el consentimiento: como el que recae sobre la especie del acto o sobre la identidad de la cosa específica, por cuanto en aquellos existe ausencia absoluta de consentimiento, no hay acuerdo porque las partes quieren cosas diametralmente distintas o porque la voluntad no recae en la misma cosa; b) Error sustancial que vicia el consentimiento: como (i) el que recae sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el contrato, (ii) el que recae sobre una cualidad naturalmente accidental, pero esencial en concepto de las partes (pero solo si esa calidad es el principal motivo para contratar, si por ejemplo una parte compra una obra de arte pensando que es de determinado artista pero resulta que no lo es, en ese caso para las partes esa cualidad era sustancial y no accidental) y, (iii) el que recae sobre la persona con quien se tiene intención de contratar (salvo que la consideración de la persona sea la causa principal del contrato); y, c) Error accidental que no alcanza a viciar el consentimiento, que es todo aquel que no se enmarca en las categorías señaladas anteriormente.

14.2.- Explica la sentencia acusada que el motivo de la demanda es por haberse realizado un reconocimiento voluntario de paternidad con vicio de voluntad, individualizado en el error; acción que corresponde a quien hubiere otorgado tal acto de reconocimiento con dicho vicio. En la especie, no se discuten verdades biológicas, lo discutido es el reconocimiento del actor bajo creencia de que reconocía a un hijo producto de su engendramiento, y en esas circunstancias, el demandante presta su consentimiento; por tanto, reluce el vicio del consentimiento al enterarse en el futuro que su creencia era errada, configurándose un reconocimiento voluntario con la creencia que reconocía transmitiendo su generación al producto de su engendramiento, sin que haya consistencia entre lo que cree que es verdad y la inquebrantable realidad, creencia errada producto de un engaño al no saber que no era la única persona que mantenía relaciones sexuales con la madre del niño y por ese pensar de exclusividad sustentado en una inquebrantable buena fe, que reviste al principio de confianza, presta su consentimiento dando el reconocimiento voluntario de paternidad. La discusión en el caso *sub judice*, se ha puntualizado en ese vicio del consentimiento y no en la verdad biológica. El centro de la discusión es la verdad material a cuya consecución se orienta la ley para responder al interés superior de las personas en minoría de edad y de la familia, sin que pueda servir como elemento distorsionador del orden interno. De generarse una irrevocabilidad del reconocimiento de paternidad otorgado con vicios del consentimiento a pretexto de solventar una verdad material, sería a su vez impedir el goce de los derechos de la persona en minoría de edad de conocer y relacionarse con sus progenitores naturales y forjarle artificialmente una identidad filial (distinta a la del nombre) contra la voluntad de quien no ha prestado libre y voluntariamente su consentimiento, para con dicho vicio, exigir al reconociente la satisfacción de los derechos y obligaciones paterno filiales, pese a no haber expresado su voluntad libre y haberse generado un reconocimiento con dicho vicio. Por lo que desde este extremo tampoco procede el recurso de casación.

15.- Como queda anotado, el error se esgrime como el falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, al cual puede arribarse por el engaño, al transmitirse ese falso conocimiento. En la especie, la recurrente acusa a la sentencia de resolver asuntos que no son materia del proceso, por cuanto el examen de ADN no se alegó en el libelo de demanda como causal de impugnación de la paternidad y se ha concedido la acción con fundamento en una prueba que no era materia del litigio. Al revisar la sentencia impugnada, se desprende que aquella, deja sentados los siguientes hechos: *"…el señor Franklin Rodríguez y Alicia Sichique mantuvieron una relación sentimental a la época de la concepción del ni*ño…, *que incluso en la demanda y en la declaración de parte de la señora demandada insiste y persiste que el niño es hijo del hoy actor, a pesar de la existencia de un examen de ADN que desmiente su aseveración, los testigos son concordantes en indicar que ellos sabían de la relación sentimental, que fruto de la misma nació el niño…,*

[4] Op. cit. Pp. 22-26.

que precisamente por esa relación amorosa que tenían actor y demandado ha reconocido a su hijo, sin sospechar siquiera que la demandada había mantenido relaciones sexuales con otra persona. En otras palabras, debido a la confianza que tenía en su pareja el señor Rodríguez Sichique reconoció a su hijo, pues estaba convencido de que él *nació fruto del amor y relaciones que mantuvieron con Alicia Sichique, convencimiento que terminó fruto de las sospechas infundidas por personas que los conocían y ratificada por el examen de ADN practicado."* (Sic) análisis por el cual, en su considerando SEXTO, decide *"…aceptar el recurso de apelación presentado por Franklin Adrian Rodríguez Sichique, en consecuencia declarar con lugar la demanda propuesta, por lo que se declara la nulidad del reconocimiento voluntario que el indicado ciudadano ha realizado al niño Alex Xavier Rodríguez Sichique. Como el derecho a la identidad de Alex Xavier Rodríguez Sichique es un derecho humano, se dispone que el indicado niño conserve sus apellidos Rodríguez Sichique, salvando su derecho de reclamar en el futuro su derecho a conocer su verdadera filiación como parte de su identidad consagrado en la Constitución (Art. 45), en la Convención de los Derechos del Niño (Art. 8) y en el Código de la Niñez y Adolescencia (Art. 33, 34 y 35.); el señor juez de ejecución oficiará a la Oficina de Registro Civil del cantón Santa Isabel para que tome note en la partida de nacimiento del indicado niño sobre lo resuelto."* (Sic) Por tanto, analizada la pretensión o propuesta fáctica contenida en la demanda, la propuesta contra fáctica (que se limitó a negar los hechos y oponer falta de legitimación y error en la forma de proponer la demanda) así como la decisión adoptada en la sentencia impugnada, resulta evidente que el *Ad quem*, resolvió en consonancia y congruencia sobre lo que ha sido materia del proceso, esto es, la nulidad del acto de reconocimiento de paternidad efectuado sobre el niño, declarando con lugar la acción al considerar que ha existido error esencial que ha llevado al accionante a reconocer como suyo al referido niño, construyendo tal conclusión fáctica, con las premisas instruidas por la declaración de la parte demandada, de testigos, complementados con el examen de ADN sin que ello signifique que se desvíe a centrar la atención en una verdad biológica, ya que lo discutido es una verdad material, insumos que integran el acervo probatorio, conforme a las reglas propias según la naturaleza de la causa y que no han sido impugnadas; por tanto, tampoco resulta cierto que la sentencia haya acogido una prueba que no era parte del litigio como aduce la recurrente. En consecuencia, el cargo acusado al amparo del caso tres del artículo 268 ídem carece de asidero, siendo importante precisar, que la recurrente tampoco estableció qué conjunto de normas se han vulnerado en la sentencia.

16.- Respecto a la acusación de que la sentencia impugnada incumple resoluciones de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional, que determinan expresamente que la prueba de ADN o la inexistencia de vínculo sanguíneo no es prueba en los juicios de impugnación de reconocimiento voluntario porque no se discute la verdad biológica. Este Tribunal precisa que, aclarado que ha sido que se demandó la nulidad del reconocimiento voluntario de paternidad y jamás se demandó impugnando el reconocimiento libre y voluntario de la paternidad efectuada sobre el niño Alex Xavier Rodríguez Sichique, al revisar la sentencia impugnada se desprende que aquella, cumple con los estándares normativos propios para el caso que la regula, así pues, el fallo, en su considerando cuarto, anota los antecedentes de hecho y en uno de sus apartados establece con claridad, que *"…el Tribunal en uso del Art. 168 del COGEP, ha dispuesto acoger prueba para mejor resolver, y la misma no es otra cosa que el examen de ADN practicado por la señora Nora Ugalde documento que consta de autos…"*, es decir, en uso de sus atribuciones el Tribunal ha acogido una prueba para mejor resolver y más adelante ha señalado: *"…debido a la confianza que tenía en su pareja el señor Rodríguez Sichique reconoció a su hijo, pues estaba convencido de que él nació fruto del amor y relaciones que mantuvieron con Alicia Sichique, convencimiento que terminó fruto de las sospechas infundidas por personas que los conocían y ratificada por el examen de ADN practicado…"* A este punto el Tribunal Ad quem aplica la norma sustantiva del artículo 1469 del Código Civil, que establece que el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, pero como se dejó explicado en el numeral 15.1 de la presente sentencia, tal error no puede ser mínimo, tiene que ser de tal trascendencia y magnitud que provoque que el justiciable no pueda realizar otra cosa que la que el error le llevó a hacer, por lo tanto, el error tiene que ser, como la doctrina conoce, error esencial, por tanto, demostrado que ha sido aquel vicio de consentimiento en el que ha incurrido el accionante al momento de realizar el acto de reconocimiento del niño, constituye un supuesto distinto al precedente jurispru-

dencial 05-2014[5] emitido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, ya que aquel se refiere al reconocimiento voluntario de hijas o hijos que tiene el carácter irrevocable y la mera ausencia de vínculo sanguíneo establecida con examen de ADN, no es causa para proceder con la impugnación del reconocimiento, ya que no se discute la verdad biológica, al contrario este alto Tribunal determina que lo discutido siempre ha de ser la verdad material; y, conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 250 del Código Civil, el reconociente solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad a fin de demostrar que al momento de otorgarlo no se verificó la concurrencia de requisitos para su validez, situación que ha sido justificada en la presente causa y que, llevó a los juzgadores de instancia, a declarar con lugar la demanda al haberse probado la existencia de error al momento del reconocimiento que es un presupuesto nuclear de validez. Por tanto, el cargo acusado al amparo del caso 5 del artículo 268 del COGEP, deviene en improcedente.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

17.- La filiación, paternidad y maternidad se establece: al concebir a una persona en el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o en una unión de hecho; o, con el reconocimiento voluntario del padre o madre, o ambos, al inexistir relación marital entre ellos; o, con declaración judicial. La filiación atiende a la procedencia de hijos respecto a sus progenitores y a la relación entre ellos, por medio de derechos y deberes recíprocos; siendo el vínculo de la generación, que establece la posición ocupada por una individualidad en la familia como hijo. Cuando es por base biológica, como criterio legal establece frecuentes relaciones familiares donde el hijo desarrolla su personalidad, se integra a la sociedad y se asegura, de forma natural, la atención moral y económica de sus progenitores. Tal filiación puede ser marital y extra marital, iguales en efectos y derechos; diferenciándose por las formas de reconocimiento o determinación legal. El reconocimiento voluntario, es extra marital, con carácter irrevocable que pierde fuerza legal si se acreditan vicios del consentimiento al otorgarse. Esta clase de reconocimiento, es un acto de libre voluntad y buena fe, con conducta ética y valores de honradez, lealtad, justa responsabilidad y sometimiento a las consecuencias de que todo acto libre y consciente, en el campo de la confianza ajena, impone un deber de coherencia limitando la libertad de actuar, al crear expectativas razonables. Es infructuoso si dicho acto se realiza con algún vicio del consentimiento. El reconocimiento voluntario de paternidad, es: unilateral, sin mediar la voluntad de la persona reconocida; personalísimo, sólo quien reconoce, sabe y puede declarar las relaciones sostenidas con el otro progenitor del que nació la persona que se la reconoce; formal y expreso, se consigna por escritura pública, testamento, instrumento privado reconocido judicialmente o al inscribir el nacimiento del hijo; puro, sin condición alguna; e, irrevocable, con posibilidad de impugnación, mermando su fuerza legal al acreditarse algún vicio de voluntad. El error es el falso conocimiento de la realidad, que dirige la voluntad a realizar una declaración indeseada. Al individualizarse el error, la acción compete a quien lo otorgó con ese vicio, sin discutirse verdades biológicas, sino la verdad material que orienta la ley precautelando el interés superior del niño, la familia y el derecho. De aceptarse la irrevocabilidad del reconocimiento con vicios del consentimiento para idear una verdad material, sería limitar el goce de derechos del niño y forjar una identidad filial con voluntad viciada del reconociente y sin nexo sustentable que lo obligue.

[5] "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."

Por lo que el error que vicia el conocimiento en el acto del reconocimiento voluntario de paternidad, permite su revocabilidad, desvaneciendo los derechos y obligaciones filiales, precautelándose solo el nombre de la persona en minoría de edad.

VI. RESOLUCIÓN

18.- Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, decide:

18.1.- Rechazar el recurso de casación planteado por la demandada Alicia Beatriz Sichique Tigre, por los derechos que representa del niño Alex Xavier Rodríguez Sichique, respecto de la sentencia dictada por la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, de 19 de mayo del 2020.

18.2.- Devolver los expedientes de instancia para la ejecución de la sentencia, con la razón de ejecutoría de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.- **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL PONENTE (E); Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL (E); Dr. David Isaias Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E).

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

El primer ejemplar de la "GACETA JUDICIAL" fue una publicación semanal y vio la luz un 28 de mayo de 1895. Su primer número apenas constaba de cuatro carillas con un breve sumario en la parte superior izquierda que informaba a la ciudadanía su contenido.

El señor Ministro del Interior, Rafael Barba y Jijón, informa al señor presidente de la Corte Suprema de Justicia, José Modesto Espinosa, que amparado en el artículo 6 del numeral 13 de la Ley de Instrucción Pública, está facultado para fomentar los estudios de jurisprudencia, por lo que halla oportuno cooperar para la fundación de un periódico donde se pueda registrar las decisiones del más alto tribunal de la República. Es así que el 21 de mayo de 1895, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador promete cooperar con el mayor éxito, remitiendo el despacho diario del Tribunal con las resoluciones que se adoptan, naciendo a la vida institucional esta publicación, la más antigua del Estado ecuatoriano.

Esta edición corresponde al quinto número de la Serie XIX, que contiene los fallos pronunciados en el año 2020, con lo cual la Corte Nacional de Justicia cumple 125 años de continua publicación de su obra.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta
Judicial