

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

JUICIO PENAL: No. 191-2011

RESOLUCION: No. 972-2013 - SALA PENAL, PENAL
MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

PROCESADO: BORJA CEDEÑO HUGO ALEXANDER

OFENDIDO: BANCO BOLIVARIANO C.A.

RECURSO: CASACION

POR: PECULADO

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

JUEZA PONENTE: Dra. Lucy Blacio Pereira

Juicio No. 0191-2011-LBP

Quito, 29 de agosto de 2013.- Las 11H25.-

VISTOS.-

I. HECHOS

Hugo Alexander Borja Cedeño ingresó a laborar para el Banco Bolivariano C.A. el 5 de julio de 1999, en las funciones de cajero (recibidor/pagador) en la agencia ubicada en las calles Clemente Ballén No. 838 y Lorenzo Garaicoa, con horario diferido. Posteriormente fue nombrado cajero senior o supervisor operativo, en horario normal, hasta que presentó su renuncia el 8 de octubre de 2002. En su reemplazo el banco designó a la señora Karina Pazmiño, quien encontró un faltante de ciento noventa mil dólares de los Estados Unidos de Norte América, aproximadamente, diferencia encontrada luego de realizar el cuadro del cajero automático. Una vez comunicado este hallazgo el banco ordenó se realice una auditoría de los cajeros automáticos y la bóveda de la agencia del Mercado Central, específicamente en las cuentas 1101.0501-NUMERARIOS y 11.01.05.05.01-CAJEROS AUTOMÁTICOS, pudiendo determinar un faltante de USD 191.392,00 (ciento noventa y un mil trescientos noventa y dos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norte América) que según auditoría fue producto de la alteración de los reportes del movimiento en los cajeros automáticos, en los casilleros de los totales de cajero ATM, totales de dinero dispensado y reservas de cajero automático, entre el 22 de enero de 2002 y el 7 de octubre de 2002.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

El Segundo Tribunal de Garantías Penales del Guayas dictó sentencia mediante la cual ratificó la inocencia del señor Hugo Alexander Borja Cedeño el 18 de enero de 2011, a las 09h00.

De la sentencia emitida por el *Segundo Tribunal de Garantías Penales del Guayas* los sujetos procesales señores Hugo Boja Cedeño y Jorge Roditi Caputi interpusieron recurso extraordinario de casación.

Mediante auto de 18 de octubre de 2011, a las 08h17 la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia avocó conocimiento de los recursos de casación interpuestos por los sujetos procesales, disponiendo que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha del juicio, se fundamenten dichos recursos en el plazo de diez días.

III. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

3.1. Escrito presentado por el abogado Jorge Aníbal Roditi Caputi, en calidad de apoderado especial y procurador judicial del Banco Bolivariano C.A.

El apoderado especial y procurador judicial del Banco Bolivariano C.A., fundamentó su recurso de casación mediante escrito presentado el 31 de octubre de 2011, y en lo principal manifestó lo siguiente:

3.1.1. Negativa infundada de recursos horizontales interpuestos a la sentencia del Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas.- El recurrente sostiene que el tribunal citado mediante auto de 9 de febrero de 2011, negó infundadamente los recursos horizontales de aclaración y ampliación interpuestos de la sentencia, por considerar que no es factible la presentación de ambos recursos a la vez, que con dicha negativa se interpretó erróneamente el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil, lo que provocó la privación del derecho a la defensa por parte del acusador particular establecido en el artículo 76.7 de la Constitución de la República del Ecuador. Que existió contravención expresa a lo dispuesto en el artículo 76.7.I) de la Constitución de la República del Ecuador, y del artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.1.2. Fundamentación del recurso de casación: El recurrente realizó una descripción de los hechos con base a los cuales se inició el proceso y que fueron conocidos por el Tribunal de

Garantías Penales dentro del juicio; además manifestó que los actos juzgados se adecuan al tipo penal descrito en el artículo 257 del Código Penal.

3.1.2.1. Contravención expresa de la ley.- Refirió que dentro de la sentencia impugnada se han violado, por contravención expresa de su texto, los artículos: A) 76.7.I) de la Constitución de la República del Ecuador; B) 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial; C) 29 incisos 1 y 2 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, D) 115 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil;

3.1.2.2. Falsa aplicación del texto de la norma.- En la fundamentación del recurso de casación el acusador particular manifestó que en la sentencia impugnada se ha incurrido en una falsa aplicación de los artículos: A) 80 del Código de Procedimiento Penal; B) 76. 4 de la Constitución de la República del Ecuador; y, C) 304 A del Código de Procedimiento Penal.

Para concluir, la fundamentación, el recurrente solicitó que: *"[...] la Sala case la sentencia revocando el fallo de mayoría, corrija los errores de derecho y condene al procesado Hugo Alexander Borja Cedeño al máximo de la pena, considerando el delito y los perjuicios que a la fecha causó al Banco Bolivariano C.A."*¹

3.2.- Contestación de la fundamentación del recurso de casación por parte del procesado Hugo Borja Cedeño.- Mediante escrito de 28 de noviembre de 2011, el procesado indicó textualmente *"[...] No siendo recurrente mediante recurso de casación de la SENTENCIA ABSOLUTORIA de mayoría dictada a mi favor dentro de la presente causa, de conformidad con el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, vigente al inicio del proceso y con el que se tramita hasta el final, vuestra decisión de considerarme recurrente es errónea y respetuosamente solicito la revoquen para los fines de ley consiguientes. [...]"*²

3.3. Contestación de la fundamentación del recurso de casación por parte de la Fiscalía General del Estado³- Mediante decreto de 2 de diciembre de 2011, a las 11h07, legalmente notificado el 5 de diciembre de 2011, la Sala de lo Penal de la Corte Nacional puso en

¹ Cuaderno de Casación de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, foja 21.

² Ibidem, foja 22

³ Ibidem fojas 05 a 06 vuelta.

conocimiento de los sujetos procesales la fundamentación del recurso de casación realizada por el acusador particular, concediéndose el plazo de diez días para su contestación, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha de inicio del proceso. Con fecha 22 de marzo de 2012, la Fiscalía General del Estado contestó la fundamentación del recurso de casación fuera del plazo previsto por el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha de inicio del proceso.

En la mencionada contestación el señor Fiscal General del Estado supo manifestar que en la sentencia impugnada ha existido violación expresa del texto de los artículos: A) 257 del Código Penal; y, B) 304-A (304.1) del Código de Procedimiento Penal. Por ésta razón solicitó se case la sentencia impugnada revocando el fallo de mayoría y corrigiendo los errores en derecho.

IV.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

4.1.- Competencia del Tribunal.- El Consejo de la Judicatura de Transición, por mandato constitucional nombró y posesionó a 21 Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 22 de julio de 2013, integró sus seis Salas Especializadas conforme dispone el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, que sustituye el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1 reformado del Código Orgánico de la Función Judicial y de acuerdo al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Este Tribunal está conformado por la doctora Lucy Blacio Pereira, Jueza Nacional Ponente, doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional y doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, todos quienes de acuerdo al artículo 5, de la resolución No 04-2013, de la Corte Nacional de Justicia, de 22 de julio del 2013, somos competentes para conocer la presente causa, así también lo dispone los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 349 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha de inicio del proceso penal.

4.2.- Validez Procesal.- El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75 y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto del Código de Procedimiento

Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, al haberse observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de todo lo actuado.

4.3.- Del Trámite.- Debido a la fecha en que se ha presentado el recurso corresponde aplicar las reglas vigentes a tal tiempo, en cumplimiento a lo dispuesto por la Segunda Disposición Transitoria de la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555 de 24 de marzo de 2009, por lo que se ha formalizado por escrito el recurso de casación.

4.4.- Naturaleza jurídica del recurso de casación.- La casación es una institución procesal, recurso extraordinario, no constituye una nueva instancia de análisis sobre los hechos presentados en el caso, sino que realiza únicamente un análisis *in iure* de la sentencia de segunda instancia para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una incorrecta aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente, como dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Se constituye en un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales de las partes en el ámbito penal. Forma parte de los medios de impugnación que nuestro sistema procesal penal proporciona a los sujetos procesales para defender el imperio del derecho en las decisiones judiciales. En el Ecuador rige el Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que el recurso de casación pasa de cumplir la función de control de la aplicación de la ley hecha por los tribunales de instancia y la unificación de criterios jurisprudenciales, a la función de tutela de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos y de las normas formal y materialmente conforme a sus disposiciones.

Luis Cueva Carrión señala que: "...el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las partes..."⁴. El Tribunal de Casación, por disposición expresa de la ley⁵, está impedido de realizar una nueva apreciación de las pruebas que han sido consideradas por el juzgador en la sentencia, excepto cuando éste comete errores de derecho en la valoración

⁴ Luis Cueva Carrión, *la Casación en Materia Penal*, Ediciones Cueva Carrión. Segunda Edición, Quito, 2007, Pág. 146.

⁵Código de Procedimiento Penal, Art. 349 "...No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba".

de la prueba. En este caso es procedente que se examine la forma en que se valoraron las pruebas, con el fin de analizar el juicio de derecho que respaldó al fallo. Mediante esta sentencia se materializa la tutela judicial efectiva y la motivación como derecho del debido proceso.

4.5.- Análisis de la argumentación del recurso de casación

4.5.1.- Con respecto a la contravención expresa de los artículos: 76.7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador; 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial; 29 inciso 1. y 2. del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 115 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil.- El acusador particular en la fundamentación de su recurso alegó contravención expresa del texto de los siguientes artículos:

4.5.1.1.- Artículo 76.7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial:

“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.”⁶

La Constitución de la República del Ecuador determina como una de las garantías del debido proceso al derecho a la defensa. Este derecho consagra dentro de sus garantías mínimas la obligatoriedad de los jueces de motivar sus resoluciones, lo que implica que deben citar las normas legales en que fundan sus conclusiones y explicar su pertinencia a los hechos conocidos en el juicio. En el caso que nos ocupa es el acusador particular, el sujeto procesal, que alegó una violación a su derecho a la defensa, derecho que dentro del sistema adjetivo penal ecuatoriano se encuentra expresamente limitado al procesado que debe defenderse y contradecir cada uno de los cargos expuestos por la o el Fiscal y el acusador particular, por ello,

⁶ Constitución de la República del Ecuador Artículo 76 numeral 7 literal l).

es imperativo que las y los jueces garanticen la defensa del procesado y argumenten sus resoluciones convincentemente para suspender la presunción de inocencia y de ésta manera poder condenar. Toda vez, que el acusador particular no es titular del derecho a la defensa; este Tribunal de Casación considera que la argumentación expuesta por él no es pertinente.

Sin perjuicio de lo manifestado en el párrafo anterior, el acusador particular puede exigir que las y los jueces motiven las sentencias y resoluciones, pero no como consecuencia del derecho a la defensa, sino como consecuencia de la obligación del Estado ecuatoriano de prestar una tutela efectiva⁷ de sus derechos que evite las arbitrariedades de las o los servidores judiciales, lo que se subsume en el derecho de acceso a la justicia que tienen las víctimas de un delito. Al respecto, el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial expresamente dispone:

"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 las 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; [...]"⁸

Con base a la norma citada, es necesario analizar si dentro de la sentencia impugnada se enunció las normas y principios jurídicos en que los jueces fundaron su conclusión, y si se explicó la pertinencia de la aplicación de las normas a los hechos conocidos en el juicio, caso contrario la resolución carecería de validez jurídica.

Con respecto a la motivación de la sentencia "[...] la expresión <<falta de motivación>>, ha venido siendo sustituida por la de vicios de motivación o defectos de motivación, por resultar menos llamada a equívocos, mucho más amplia, y ser comprensiva con de los cuatro fenómenos que pueden presentarse en el desarrollo del deber de motivación de la sentencia: ausencia de motivación, motivación deficiente, motivación equivocada y motivación falsa o sofisticada. Ahora bien, la Corte entiende que una cosa es la sentencia como acto procesal y otra

⁷ Ibidem, Artículo 75: "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley."

⁸ Código Orgánico de la Función Judicial Artículo 130 numeral 4.

como decisión. También entiende que las tres primeras constituyen en estricto rigor técnico error *in procedendo*, y la cuarta un error *in iudicando* [...]”⁹; desde la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador¹⁰ y con posterioridad con la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial¹¹ ésta distinción se hace relevante debido a que ambos cuerpos legales consagran la posibilidad de declarar la nulidad de las sentencia recurridas por vicios de motivación, situación que solo puede darse en el caso de existir una vicio de motivación por (i) ausencia de motivación; (ii) motivación deficiente; y, (iii) motivación equivocada. En cuanto a la motivación falsa o sofisticada al constituir un error *in iudicando* no cabe la nulidad, y debe ser corregida mediante la resolución del recurso de casación.

La ausencia de motivación se refiere a la “[...] ausencia de una exposición de motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma de ese hecho, y que comprenda todas las cuestiones.”¹². Es obligación de las juezas y jueces hacer constar en sus resoluciones una exposición de los motivos por los cuales adoptan la resolución que contenga la descripción de los hechos analizados (en el caso de las sentencias que contengan los hechos y actos probados en la audiencia de juicio), las normas jurídicas aplicables, la relación lógica entre los hechos analizados, las normas jurídicas y las conclusiones.

La motivación aparente o sofisticada es la motivación que se aparta de los hechos y actos probados dentro de la audiencia del juicio, situación que acarrea un error *in iudicando* de la sentencia impugnada, que debe ser corregido por el Tribunal de Casación en la resolución del recurso de casación, debido a que no se refiere a un error formal (*in procedendo*) por el cual se deberá declarar la nulidad de la sentencia impugnada para que vuelva a construirse con base a las normas adjetivas que fueron violadas por el juzgador que la dictó. La motivación sofisticada ataca a los derechos de los procesados por cuanto no recoge la realidad de lo probado en el juicio. Orlando Rodríguez indica que:

“[...] en este tipo de error existe una motivación; pero ocurre que es aparente, falsa, no corresponde con la objetividad probatoria y la legalidad jurídica, que

⁹ Orlando Rodríguez Ch., Casación y Revisión Penal, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2008, páginas 321 y 322.

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador 2008 Artículo 76 numeral 7 literal I).

¹¹ Código Orgánico de la Función Judicial Artículo 130 numeral 4.

¹² Ob. Cit. Orlando Rodríguez, página 322.



No. 0191-2011-LP

desemboca en una decisión arbitraria. Se pueden presentar tres situaciones distintas: (I) se hace una exposición de un razonamiento que no se adecúa a la realidad probada en el juicio oral y público; (II) lo que se plantea no tiene relación con el proceso; (III) se hace una relación o resumen de los actos procesales o de las pruebas, que no tienen relación con el mismo. [...]”¹³

La motivación anfibológica o ambigua se da cuando el juzgador ha realizado un razonamiento obscuro y utiliza construcciones ambiguas que no permiten distinguir con claridad las razones por las cuales llegó a su conclusión, al respecto es preciso señalar que:

“[...] Cuando el juzgador no expone unas razones decisorias claras, precisas, y por el contrario, recurre a la ambigüedad o a lo farragoso, indudablemente está afectando esta garantía para el usuario de la administración de justicia. Pero el defecto de claridad solo producirá la nulidad cuando por la obscuridad de los conceptos no se pueda inferir el pensamiento del juzgador, los aspectos constitutivos de la especie legal o tipo legal de cuya aplicación se trata, los hechos principales de la causa y el derecho a ellos aplicable. [...] La motivación, para ser completa, debe referirse al hecho y al derecho, valorando las pruebas y suministrando las condiciones a las que llegue el órgano judicial de instancia sobre su examen, sobre la subsunción del hecho comprobado en un proceso penal y sobre las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan. [...]”

¹⁴

La motivación contradictoria la encontramos cuando dentro de la sentencia impugnada el juzgador utilizó motivos contrarios entre sí, que apoyen la tesis tanto de ratificar la inocencia como la de condenar, o que la parte expositiva de la sentencia sea contradictoria a la conclusión final, en definitiva la motivación contradictoria se da:

“[...] cuando existe un insanable contraste entre los fundamentos que se aducen, o entre estos y la parte resolutive, de tal modo que se excluyen entre sí y se neutraliza, por lo que el fallo queda así sin motivación; o, cuando en las mismas se hacen argumentaciones de exculpación y de responsabilidad de manera simultánea, situación que se evidencia en casos en los que se reconoce la existencia de una causal de “ausencia de responsabilidad”, pero al mismo tiempo se argumenta a favor de la responsabilidad del procesado. En una exposición de razones sin lógica no coherencia, que causa contradicciones. Este tipo de argumentación adolece de falta de prueba o claridad, por lo que se presentan interpretaciones fabuladas, ambiguas o equivocadas. Esta es la que, haciendo gala de una gran dosis de aparente

¹³ Ibidem, páginas 323 y 324.
¹⁴ Ibidem, página 324.

erudición, se escuda en la falacia para dar un ropaje de motivación, cuando ciertamente no se cumple con el deber constitucional de motivar. [...]”¹⁵

Una vez que, éste Tribunal de Casación ha determinado cuales son los vicios de motivación en los que pudo haberse incurrido en la sentencia impugnada, cabe analizar si la misma infringió alguno de ellos y sus repercusiones dentro de la resolución final del Segundo Tribunal de Garantías Penales del Guayas.

a) Ausencia de motivación (Forma).- La sentencia impugnada¹⁶ se compone de doce considerandos dentro de los cuales se ha omitido el “SEXTO” ya que del “QUINTO” se pasa al “SÉPTIMO”; dentro de los referidos considerandos, el Tribunal de Garantías Penales analizó en lo principal lo siguiente: PRIMERO: se declaró la validez procesal; SEGUNDO: se declaró la competencia del Tribunal de Garantías Penales; TERCERO: Se realizó la relación circunstanciada de los hechos a ser juzgados; CUARTO: se indicó la pruebas solicitadas por el Fiscal; QUINTO: se transcribió la exposición de motivos expuesta por el acusador particular, se exponen las pruebas por él solicitadas; y, se transcriben los testimonios de las siguientes personas: a) Ingeniero Leoncio Guerra Ramírez; b) Ingeniero Douglas Torres Feraud; c) Janeth Margarita Palacios Saltos; d) Mariela Verónica Castro Ramírez; y, e) Érica López Sarmiento; SÉPTIMO: se indica que el acusador particular acogió como suya la prueba de la Fiscalía; OCTAVO: se realizó una relación sobre los testimonios de las personas indicadas en el considerando “QUINTO” sin llegar a ninguna conclusión; NOVENO: se describe lo manifestado por el Fiscal, el acusador particular y la defensa en la etapa de debates; DÉCIMO: el Tribunal de Garantías Penales realizó la valoración de los testimonios presentados en la audiencia; DÉCIMO PRIMERO: el Tribunal llegó a la conclusión de que hubo manipulación de la prueba (diarios de caja); DECIMO SEGUNDO: se realizó un análisis sobre la teoría de los Frutos del Árbol envenenado y la sana crítica con la cual el Tribunal de Garantías Penales analizó la prueba actuada en la audiencia de juicio, concluyendo con la absolución del procesado.

Formalmente la sentencia impugnada realiza una exposición de motivos que justifica la convicción del tribunal juzgador, y presenta las razones jurídicas que, a su juicio, determinan la aplicación de las normas al hecho juzgado, razón por la cual, no existe motivo para declarar la

¹⁵ *Ibidem*, página 325.

¹⁶ Cuaderno del Segundo Tribunal de lo Penal del Guayas, fojas 1543, 1544, 1545, 1546, 1547, 1548, 1549, 1550, 1551, y 1552.

nulidad de la sentencia impugnada con base a lo dispuesto por el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

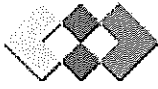
b) Motivación aparente o sofisticada.- Para determinar si la sentencia impugnada ha recurrido a una motivación aparente o sofisticada es necesario analizar si la conclusión se aparta de los hechos y actos probados en la audiencia de juicio. Para ello se debe determinar la sentencia impugnada realizó: 1) una exposición de un razonamiento que no se adecúa a la realidad probada en el juicio oral y público; 2) lo que se plantea no tiene relación con el proceso; y, 3) hace una relación o resumen de los actos procesales o de las pruebas, que no tienen relación con el mismo.

Es importante acotar, que para que la motivación de la sentencia no sea aparente o sofisticada el tribunal juzgador debió cumplir con las reglas de la apreciación de la prueba¹⁷ determinadas en la ley adjetiva penal. Por ello debemos remitirnos a verificar si las conclusiones realizadas por el tribunal juzgador, sobre las pruebas presentadas y contradichas en la audiencia de juicio, responden a la experiencia común, las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano¹⁸. El último inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, prohíbe a éste Tribunal de Casación valorar nuevamente la prueba actuada, pero ésta prohibición no se extiende a analizar si el tribunal juzgador, respetó las reglas de la sana crítica al momento de emitir la sentencia impugnada, razón por la cual, es preciso analizar el razonamiento realizado sobre las pruebas dentro de la sentencia impugnada. Respecto de la apreciación de la prueba, con base a la cual el juzgador llegó a su decisión final, encontramos los considerandos: "DÉCIMO", "DÉCIMO PRIMERO" y "DÉCIMO SEGUNDO", donde se manifestó:

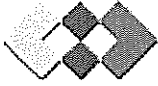
"[...] DÉCIMO.- Este Tribunal al valorar los testimonios analizados anteriormente y que fueron aportados por las partes establecen lo siguiente: 1) De la declaración testimonial rendida ante el tribunal por el auditor general de

¹⁷ Código de Procedimiento Penal 2000, artículo 86: "Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica."

¹⁸ "[...] La sana crítica obliga al juez a "[...] apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. [...] el magistrado debe imperativamente expresar cuales son las razones que, surgidas sólo de las pruebas, determinan la decisión adoptada, indicando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a esa conclusión y no solo el resultado de la operación mental. Esto impide que el órgano jurisdiccional pueda decidir basado solo en su capricho, en simples conjeturas o en su íntimo convencimiento. Así, es menester que esas razones se extraigan sólo y directamente de las pruebas producidas en la causa y no en el conocimiento privado del juez o en constancias no introducidas regularmente al proceso. A su vez, el recorrido de cada razonamiento debe estar claramente sustentado en los principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano. La omisión de cumplimentar con estos requisitos torna arbitraria por inconstitucional la sentencia, y como tal su nulidad. [...]" tomado de: Sentencia Casación de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, recurso extraordinario de casación No. 402-2012, las 15:15, jueza ponente Dra. Lucy Blacio Pereira.



banco Bolivariano en esa época Ing. Leoncio Guerra Ramírez se extrae que ordenó un arqueo a la agencia del banco conformado un equipo de trabajo y acepta el hecho de que en esa época tuvieron que reconstruir los diarios de caja hechos por el Sr. Hugo Borja Cedeño solicitándole el archivo general del banco las tiras auditoras y a una pregunta del fiscal en cuanto a la elaboración de los diarios contesta si se reconstruyeron los diarios. Para el tribunal esta declaración determina que los diarios de caja no existían físicamente y fueron reconstruidos por el banco para dar paso a una auditoría, lo que en sí constituye un forjamiento de un documento bancario y todo eso se constituyó en la fuente de documento para la pericia contable que le fue proporcionada por el banco Bolivariano al perito de la Fiscalía, todo esto concuerda con el testimonio Erika López Sarmiento auditora junior del banco quien indica que le Sr. Hugo Borja Cedeño elaboraba los diarios de caja manualmente. 2) Del testimonio de la señorita Mariela Castro Ramírez se extrae que indica que el señor Borja alteraba los diarios de caja bajándolos a un disquete y poniéndolos en una computadora de la agencia y los mandaba a Excel y de ahí los manipulaba, pero al responder contesta "uno tenía que poner el disquete en cajero automático y guardarlo en la computadora". A otra aclaración solicitada por la Presidenta del Tribunal de que como era posible que en ocho meses no se haya dado cuenta que estaban sacando dinero de la bóveda, indica que "se podía alterar en ese tiempo los diarios físicos a conveniencia, confirmando con esto que los diarios de caja existieron físicamente, pero al perito contable de la Fiscalía le fueron entregados para su experticia los diarios de caja reconstruidos según el testimonio del auditor general del banco Ing. Leoncio Guerra Ramírez. Por lo que el Tribunal considera que hubo manipulación de esas pruebas. 3) Del testimonio de Erika López Sarmiento se establece que efectivamente los diarios de Caja eran elaborados manualmente por el Sr. Hugo Borja Cedeño y que para establecer el faltante solicitaron las tiras auditoras y ahí se pudo evidenciar que los totales reflejados en los diarios de caja no eran iguales a los impresos en el sistema contable, lo que no concuerda con el testimonio de Mariela Castro que dice que todo lo que ingresaba quedaba registrado en la Contabilidad. Para el Tribunal este testimonio confirma que todo movimiento bancario queda registrado en la contabilidad del banco, la cual se nutre de todos los informes emitidos. 4) Del testimonio del Ing. Douglas Torres Feraud perito de la Fiscalía se establece que todos los documentos que le entregaron provinieron de la contraloría del Banco, pero el perito no indica a éste Tribunal que los diarios de caja a él entregados eran reconstruidos según la declaración testimonial del Auditor General del Banco. DÉCIMO PRIMERO.- Del análisis y la valoración final de las pruebas de cargo presentadas por la Fiscalía éste Tribunal observa claramente que al proporcionar los documentos bancarios necesarios para el peritaje contable entre ellos los diarios de caja, estos fueron reconstruidos según el testimonio del auditor general, para el Tribunal esta acción hace entrever que los diarios de caja existieron físicamente y que eran elaborados manualmente por el señor Borja según testimonio de Erika López, de otra parte el perito de la Fiscalía indica enfáticamente que los documentos fuentes para la elaboración de la pericia contable fueron entregados a él por



representantes del banco, sin embargo no hace ninguna referencia sobre los diarios de caja reconstruidos, es decir que asumió que los mismos eran originales y no reconstruidos, sin embargo este Tribunal considera que reconstruir significa volver a construir algo que ya fue hecho, es decir el banco reconstruyó los diarios de caja porque los elaborados manualmente ya no existían, es en esta parte donde se manipuló esta prueba para que conjuntamente con los demás documentos bancarios den un resultado deseado, existiendo la duda sobre su contenido porque el perito de la fiscalía indica que en esos diarios habían rubricas y nombres de algunas personas entre ellas la del Sr. Borja y que todos los documentos fuentes fueron entregados por la Contraloría del Banco.- DÉCIMO SEGUNDO.- Siendo el procedimiento indispensable para la aplicación de la Ley, la prueba es un punto capital y atendible dentro de la manifestación material de la verdad, que no es nada más ni nada menos que la salvaguarda del principio constitucional de justicia en donde convergen las reglas soberanas de la libertad de conciencia del juzgar, pero dentro del marco de la ley. Es así que la sana crítica comporta ciertamente la aplicación de la razón, de la lógica, de las reglas de la teoría del conocimiento y para que el tribunal utilice éstas reglas para apreciar y valorar las pruebas en éste juicio debe tener la certeza absoluta la cuál se refleja en el fallo más allá de toda duda razonable. En este caso el Tribunal considera que al no desechar esa prueba dentro del peritaje realizado sería aceptar una prueba fruto del árbol envenenado según la doctrina penal universalmente aceptada, éste Tribunal considera que la presunción de inocencia tiene relevancia constitucional y solo puede ser destruida esta presunción cuando la culpabilidad sea probada mediante el sustento argumentado de prueba de cargo no viciada de nulidad y que no tengan ineficacia probatoria acore a lo prescrito en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, y la reconstrucción de los diarios de caja vulneran las garantías constitucionales establecidas en el artículo 76 No. 4 de la Constitución de la República, en este sentido es primordial el respeto a las reglas de la sana crítica que nos dan da el control en la racionalidad para la apreciación y valoración de la prueba aportada durante el juicio, y si no existiera esa prueba o la misma ha sido manipulada nace por lo menos la duda en cuanto a su autenticidad y por ende la duda en cuanto a la responsabilidad penal del acusado por que se han violado las reglas del debido proceso establecidas en el primer inciso del artículo 76 de la Constitución de la República. [...]"¹⁹ [Sic] (el subrayado y resaltado es nuestro)

b.1) Respecto del considerando "DÉCIMO":

Debemos tomar en cuenta que la sentencia debe constituir un fiel reflejo de los hechos discutidos en la audiencia de juicio, el acta de audiencia se convierte en un elemento indispensable a ser analizado al momento de determinar si la sentencia impugnada incurrió en

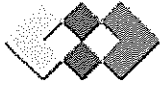
¹⁹ Cuaderno del Segundo Tribunal de Garantías Penales, fojas 1551 vuelta, 1552.

un vicio de motivación por motivación aparente o sofisticada. En el presente caso es necesario indicar que de fojas 1545 vuelta, 1546, 1547, 1548 y 1549 de la sentencia impugnada, se encuentra transcrita parte de las declaraciones de los testigos, pero para ser objetivos en el análisis, a ser realizado por éste Tribunal de Casación, se transcribirá los textos pertinentes de los testimonios constantes en el acta de audiencia:

i) Ing. Leoncio Guerra Ramírez: "[...] FISCAL.- Y qué revisaron ellos posteriormente para verificar de manera fehaciente que había ese faltante?.- Se tomaron los diarios de caja y como no se podía saber el origen del faltante hubo necesidad de reconstruir los diarios y se pidió al departamento de sistemas o al archivo general del Banco las tiras auditoras, para poder elaborar nuevamente el diario, y comprobar si había un mal arrastre, había diferencias. Entonces a través de las tiras auditoras del archivo general de caja se pudo reconstruir y comprobar el faltante. [...]”²⁰ [Sic] (El resaltado y subrayado es nuestro)

Con base a lo manifestado por el Ing. Leoncio Guerra Ramírez dentro de la audiencia de juicio mismo que fue transcrito en el párrafo anterior, el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas, concluyó: “Para el tribunal esta declaración determina que los diarios de caja no existían físicamente y fueron reconstruidos por el banco para dar paso a una auditoría, lo que en si constituye un forjamiento de un documento bancario”. Dentro de las reglas de la sana crítica era primordial que los razonamientos del Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas respondan a la lógica, por ello es necesario analizar si la construcción realizada tiene una estructura racional. El Ing. Leoncio Guerra Ramírez manifestó cuatro premisas: 1) Se tomaron los diarios de caja; 2) como no se podía saber el origen del faltante hubo necesidad de reconstruir los diarios; 3) se pidió al departamento de sistemas o al archivo general del Banco las tiras auditoras, para poder elaborar nuevamente el diario, y comprobar si había un mal arrastre, había diferencias, 4) a través de las tiras auditoras del archivo general de caja se pudo reconstruir y comprobar el faltante. En base a los cuatro argumentos expuestos por el testigo dentro de la sentencia impugnada el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas concluyó: 1) esta declaración determina que los diarios de caja no existían físicamente; 2) fueron reconstruidos por el banco para dar paso a una auditoría; 3) lo que en si constituye un forjamiento de un documento bancario. Como queda evidente la abstracción lógica realizada por

²⁰ Ibidem, foja1516 vuelta.



el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas no responde a la ~~verdad~~ de lo manifestado por el testigo Ing. Leoncio Guerra Ramírez en la audiencia de juicio, ya que modifica de forma arbitraria su testimonio y llega a conclusiones que no fueron dichas por el testigo, en otras palabras el tribunal juzgador puso en boca del testigo argumentos que nunca fueron expuestos por él. Para éste Tribunal de Casación, el testigo señor Ing. Leoncio Guerra Ramírez refirió la existencia de los diarios de caja al manifestar: "Se tomaron los diarios de caja y como no se podía saber el origen del faltante hubo necesidad de reconstruir los diarios y se pidió al departamento de sistemas o al archivo general del Banco las tiras auditoras, para poder elaborar nuevamente el diario, y comprobar si había un mal arrastre, había diferencias. Entonces a través de las tiras auditoras del archivo general de caja se pudo reconstruir y comprobar el faltante."; en base a lo prescrito por el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha de la realización del juicio, y en especial uno de los componentes de la sana crítica, denominado lógica, es claro que el señor Ing. Leoncio Guerra Ramírez aceptó la existencia de los diarios de caja originales, al manifestar "Se tomaron los diarios de caja"; también aceptó que no se pudo determinar el origen del faltante, e indicó que por tal motivo hubo la necesidad de reconstruir dichos diarios; pero la lógica nos indica que dicha reconstrucción fue la comprobación y verificación de la información constante en los diarios en base a los datos de las tiras auditoras, operación contable que sirvió tanto al Banco como al perito contable para llegar a la conclusión sobre el faltante de dinero en el Banco.

ii) **Mariela Castro Ramírez:** "[...] **FISCAL.-** *Qué faltantes encontraron ustedes?.- R.- Faltantes en el cajero automático.- FISCAL.-* *Lograron determinar cuál era el mecanismo para que haya estos faltantes?.- R.- Se alteraron los diarios de caja y las tiras auditoras.- FISCAL.-* *Puede explicar en qué consisten las tiras auditoras?.- R.- Es el registro del cajero automático donde registraba todo lo que hace el cajero automático, ingresos y egresos, es toda la historia del cajero.- FISCAL.-* *De qué forma se alteraba esto?.- R.- Lo bajaban a una computadora el disquete en Excel y ahí lo alteraban en los totales.- FISCAL.-* *Este es el documento al que se refiere?.- R.- Si, este es del 15 de febrero.- FISCAL.-* *Encontraron alguna diferencia entre el diario elaborado por el señor Borja y que elaboraron ustedes basados en el sistema?.- R.- Encontramos diferencias en los totales.- FISCAL.-* *Las alteraciones de que cantidades eran?.- FISCAL.-* *R.- Eran fuertes.- FISCAL.-* *Se había realizado las alteraciones a través de que?.- R.- Sistemáticamente.- FISCAL.-* *El Banco no descubrió a tiempo las estas alteraciones?.- R.- Lo*

que pasa es que el alteraba lo que es el diario de caja, entonces se podría determinar simplemente con un arqueo físico.- FISCAL.- Usted se recuerda como auditora las funciones del señor Borja, como supervisor operativo? R.- Custodiar los valores a su cargo, el dinero de la agencia.- FISCAL.- El dinero de la agencia estaba a cargo de el?.- R.- Si, el era el supervisor operativo.- FISCAL.- Solo del cajero automático o también de la bóveda?.- R.- De todo, de la bóveda, cajero automático y también supervisor de ventanillas.- FISCAL.- Y el señor Jefe de la agencia qué hacía?.- R.- Tenía que supervisarlo.- FISCAL.- Cómo hicieron la alteración de las tiras auditoras?.- R.- El las bajas a un disquete, las ponía en una computadora de la agencia y de ahí las mandaba a Excel y las manipulaba.- AB. ACUSACIÓN PARTICULAR.- Podría explicar al Tribunal lo que se refiere a la alteración de los valores de la tira auditora cómo era el mecanismo?.- R.- Metía el disquete en el computador del cajero automático, se lo lleva a su computadora personal del Banco, los trasladaba a Excel y ahí comenzaba a borrar los valores que le convenía y con eso se transformaba la tira auditora y con eso se hacía los cuadros. Aparte también alteraba lo que es el cuadro del cajero.- AB. LEYTON.- Acláreme algo usted elucubra que el lleva a la computadora personal de el y hacía los cambios o eso fue lo que pasó?.- R.- Lo que pasa que en ese tiempo eso era lo que se hacía, uno tenía que poner el disquete en el cajero automático y guardarlo en la computadora, ni siquiera alterarlo, esa era parte de su trabajo y meterlo en la computadora sin tocarlo, solamente guardarlo.- PRESIDENTA.- Acláreme dice que sacaba la tira auditora que se la lleva a su computadora, que la debía guardar pero no alterar y entonces salían otros valores y alteraban los cuadros también. Y eso no tenía que coincidir con el dinero que estaba en la bóveda, durante, durante ocho meses no se dieron cuenta de que se estaba sacando dinero de la bóveda?.- R.- Lo que pasa es que ellos no pueden alterar la contabilidad del Banco, se puede alterar en ese tiempo eran los diarios físicos, a conveniencia, pero la contabilidad no, por eso cuando se hizo el arqueo contra contabilidad pasó. [...]”²¹ [Sic]

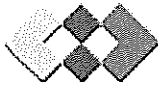
Con base a lo manifestado por Mariela Castro Ramírez, el tribunal juzgador, dentro de la sentencia impugnada concluyó: “[...] A otra aclaración solicitada por la Presidenta del Tribunal de que como era posible que en ocho meses no se haya dado cuenta que estaban sacando dinero de la bóveda, indica que “se podía alterar en ese tiempo los diarios físicos a conveniencia, confirmando con esto que los diarios de caja existieron físicamente, pero al perito

²¹ Ibidem, foja 1519 vuelta y 1520.

contable de la Fiscalía le fueron entregados para su experticia los diarios de caja reconstruidos según el testimonio del auditor general del banco Ing. Leoncio Guerra Ramírez. Por lo que el Tribunal considera que hubo manipulación de esas pruebas. [...]” [Sic]. La construcción lógica a la que llega el tribunal juzgador tiene los siguientes elementos: 1) se podía alterar en ese tiempo los diarios físicos a conveniencia; 2) confirmando con esto que los diarios de caja existieron físicamente; 3) pero al perito contable de la Fiscalía le fueron entregados para su experticia los diarios de caja reconstruidos según el testimonio del auditor general del banco Ing. Leoncio Guerra Ramírez; 4) Por lo que el Tribunal considera que hubo manipulación de esas pruebas. Para analizar la construcción lógica realizada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas, es necesario empezar por la conclusión: “El Tribunal consideró que existió manipulación de los diarios de caja”, para llegar a ésta conclusión utilizó tres premisas: a) Que se podía alterar los diarios físicos a conveniencia; b) confirmando con esto que los diarios de caja existieron físicamente; y, c) al perito contable de la Fiscalía le fueron entregados para su experticia los diarios de caja reconstruidos según el testimonio del auditor general del banco Ing. Leoncio Guerra Ramírez. Como podemos observar las premisas no son concordantes con la conclusión volviéndola arbitraria y contradictoria a la lógica, lo que se ratifica aún más con el análisis realizado al testimonio del Ing. Leoncio Guerra Ramírez, se puede determinar que dicho profesional manifestó “[...] Se tomaron los diarios de caja y como no se podía saber el origen del faltante hubo necesidad de reconstruir los diarios y se pidió al departamento de sistemas o al archivo general del Banco las tiras auditoras, para poder elaborar nuevamente el diario, y comprobar si había un mal arrastre, había diferencias. [...]” [Sic], dentro de los testimonios transcritos, éste Tribunal de Casación, no encuentra que el Ing. Leoncio Guerra Ramírez haya manifestado que “[...] al perito contable de la Fiscalía le fueron entregados para su experticia los diarios de caja reconstruidos [...], o que haya admitido expresamente el hecho de haber manipulado la prueba; por lo que este Tribunal de Casación concluye que el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas, realizó una motivación aparente o sofisticada en lo que se refiere a la valoración del testimonio de Mariela Castro Ramírez, ya que la conclusión no responde a la lógica, constituyéndose en arbitraria.

iii) Ing. Douglas Torres Feraud: “[...] FISCAL.- Usted ha sido citado para que rinda su testimonio en esta audiencia de juzgamiento, como testigo de la Fiscalía, por cuanto usted realizó la experticia financiera del Banco al momento en que se dieron los hechos. Quiero poner

en sus manos el informe que emitió para que lo revise y verifique el contenido y si la firma que consta en el mismo es la suya?.- R.- Si es mi firma.- FISCAL.- Cuál es su profesión y a que se dedica?.- R.- Tengo título de tercer nivel, Contador Público autorizado, de Cuatro Nivel, Master en Finanzas y Master en Publicación.- FISCAL.- Cuando usted realizó este peritaje se encontraba acreditado por el Ministerio Público como perito?.- R.- Correcto, como perito contable, bancario y financiero.- FISCAL.- Usted tiene experiencia en este campo, ha realizado algunos peritajes financieros, contables?.- R.- Previamente a ser perito yo fui auditor de la Superintendencia de Banco y Seguros durante cinco años.- FISCAL.- Usted se acuerda cual fue el objeto de peritaje que se realizó en la agencia del Banco Bolivariano, en el Mercado Central?.- R.- Fue la inspección ocular y la práctica de un reconocimiento en los libros contables de los reportes diarios de caja y los documentos solicitados y reportados por la Contraloría del Banco y la auditoría interna del propio Banco Bolivariano. Además se analizan los soportes documentales de estos diarios, ubicados en el área física de la agencia del Mercado Central y poder determinar y verificar el faltante del dinero en esa etapa de indagación.- FISCAL.- Se acuerda usted que documentos contables revisó en su trabajo?.- R.- Bueno, el arqueo, los diarios preliminares, definitivos. En el informe en los puntos de la pericia esta la parte del procedimiento que se realizó para ello: Revisión de los diarios preliminares del cajero automático, los diarios preliminares que corresponden al arqueo efectuado por el supervisor en esa época, todos los días de la mañana; también la revisión del arrastre de los saldos del cajero automático; revisión del intercambio de efectivo entre bóveda del arrastre de los saldos del cajero automático; revisión del intercambio de efectivo entre bóveda y cajero automático; revisión de los registros contables manuales en la cuenta de cajas, estos fueron los puntos fundamentales. Y también se solicitó el manual de funciones, es clarísimo e importante conocer eso, para saber la función de cada uno de los intervinientes.- FISCAL.- Usted se entrevistó con el señor Borja para realizar su trabajo?.- R.- No, yo me entrevisté con el Contador y otros señores de la agencia, ellos son los custodios de la documentación.- FISCAL.- por qué no se encuentra con el señor Borja?.- R.- No recuerdo, no lo conozco tampoco.- FISCAL.- Quién era la persona según su investigación, de realizar el diario de caja?.- En los documentos se encontraba nombres como por ejemplo del señor Borja, firmas, rúbricas de algunas personas, también había una asistente, pero todos estos documentos eran proporcionados por la Contraloría.- FISCAL.- Quién era la persona que elaboraba ese informe diario de caja?.- R.- Eso no me compete, pero si puedo indicar.- AB. DEFENSOR,- Esa pregunta dicta culpabilidad y no



procede creo yo.- **PRESIDENTA.**- Ha lugar a la objeción, porque el perito está diciendo lo que el ha hecho en base a los documentos que le entregó la Contraloría del Banco y acaba de manifestar que aparecen algunas firmas, del señor Borja, de una señorita Mariela, entonces pienso yo que las preguntas tienen que ser sobre el informe que el ha elaborado.- **FISCAL.**- Quién era el responsable según el manual de funciones para elaborar ese informe diario de caja?.- **R.**- En los manuales de funciones básicas del supervisor.- **FISCAL.**- En su trabajo qué novedades encontró?.- Al verificar o determinar todos los documentos que habían detectado y revelado lo que es a Contraloría Interna del Banco y Auditoría Interna del Banco y lo fundamental está aquí en el cuadro, lo que es el saldo arqueado en página 2, donde está el saldo arqueado de 93.000 menos el saldo contable donde observa la cuenta 1101050501 es cuenta contable de acuerdo al catálogo de cuentas, entonces lo arqueado versus lo contable hay una diferencia. Esa diferencia con su mínimos de débito y créditos de 191.392 dólares, entre lo arqueado versus el saldo contable, eso fue lo que se verificó.- **AB. ACUSACIÓN PARTICULAR.**- Cuáles son las conclusiones de su informe pericial?.- **R.**- Que se puede segregar, inspeccionar y verificar documentadamente los débitos valorados en la documentación sustentatoria se determina que el saldo no justificado y apropiado por el imputado Hugo Alexander Borja Cedeño es de 191.392 dólares, cabe indicar que los documentos fuentes para la realización del informe fueron proporcionados por el representante legal del Banco Bolivariano, ahí están los anexos 1, 2 y 3.- **AB. ACUSACIÓN PARTICULAR.**- Puede indicar al Tribunal si realizó una ampliación a este informe?.- **R.**- Sí, pedido que versa sobre la inspección contable de 22 de enero del 2002 al 07 de Octubre de 2002.- **AB. ACUSACIÓN PARTICULAR.**- Cuáles fueron las conclusiones que llegaron a ese informe de ampliación?.- **R.**- Como usted observará en la ampliación, más que todo es conceptualizar al diario preliminar y el diario definitivo, más un muestreo de todas las transacciones que internamente de un período a otro, de una hora a otra, eso es lo único que se podía indicar y además algo interesante que cuando concluyo digo que esta ampliación al informe ratifica elementos de juicio técnicos necesarios, para segregar, inspeccionar y verificar documentadamente los débitos y créditos valorados en la documentación sustentatoria ampliados por el Banco se determina que el saldo no justificado y apropiado por el imputado Hugo Alexander Borja Cedeño es de 191.392 dólares. En el segundo párrafo me permito indicar que el imputado con relación a la elaboración de los documentos fuentes contables estaban bajo su exclusiva responsabilidad porque las funciones que poseía le dan autoridad para ejercer en la práctica la elaboración de los diarios preliminares, arqueaba,

aperturaba, cerraba los diarios, tenía excesiva discrecionalidad, diarios preliminares, y definitivos y como sabemos son las fuentes bancarias donde se puede alegar la autoría de acuerdo al manual de responsabilidades de los actos contables de elaboración de datos, documentos fuentes e informes respectivos. Cabe indicar que los documentos fuentes para la elaboración de la pericia fueron proporcionados por el representante legal del Banco.- AB. DEFENSOR.- Nos ha informado que tiene dos masterados y amplios conocimientos de contabilidad y costos y recordado que usted ha sido juramentado, no se si usted conozca que un perito no puede establecer la culpabilidad o responsabilidad de la persona que ha manejado una contabilidad para efectos de su informe final. El perito se dedica a ser su pericia, sino para que juzgamos si usted ya determina su responsabilidad. Recuerda usted si se juramentó cuando se posesionó de perito?.- R.- Debe estar en las hojas, no me acuerdo, por supuesto que como perito debe haber un acta de posesión.- FISCAL.- Objeción.- AB. ACUSACIÓN PARTICULAR.- El señor perito nunca ha sido juramentado como la ley manda, esto fue en el 2002, en Guayaquil 25 de Noviembre del año 2002 siendo las 08H00, ante la señorita agente Fiscal, Dra. Alexandra Castro Coronel, e infrascrito secretario, Abogado Nicolás Pulecio Montalvo, comparecen el señor Ing. Douglas Torres Feró, con cédula de ciudadanía, no consta, con el objeto de tomar posesión del cargo de perito dentro de la indagación previa 1351-2002 en este acto la señora Fiscal le concede el plazo de cinco días conforme está ordenado para la presentación del informe donde empezará a recurrir desde la presente fecha, firmado para constancia. Es decir no hay prueba del cuerpo del delito. FISCAL.- Objeto la pregunta porque da la impresión que esta intimidando al testigo, en segundo lugar de acuerdo al Art. 79 del Código de Procedimiento Penal Vigente a la época la prueba se practica aquí en la audiencia de juzgamiento y aquí se juramentó y aquí lo juramentó.- EL perito es un testigo experto y según la doctrina no solo los peritos expertos deben llegar a una conclusión pericial, lo que no puede llegar a establecer como responsable a alguien.- AB. DEFENSOR.- Quería demostrar que según mi tesis jurídica, apoyada por el Dr. Zavala Baquerizo, al no estar juramentado el perito al momento de hacer su experticia pericial contable, no encontró delito, ni la figura del delito.- [...] [Sic]

Con base a lo manifestado por el Ing. Douglas Torres Feraud, el Tribunal juzgador, dentro de la sentencia impugnada concluyó: "4) Del testimonio del Ing. Douglas Torres Feraud perito de la Fiscalía se establece que todos los documentos que le entregaron provinieron de la contraloría del Banco, pero el perito no indica a éste Tribunal que los diarios de caja a él entregados eran



reconstruidos según la declaración testimonial del Auditor General del Banco, se analizó la totalidad del testimonio del perito de la Fiscalía Ing. Douglas Torres Feraud, se puede determinar que la conclusión a la que llegó el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas carece de toda lógica, ya que el tribunal juzgador llegó a una conclusión con base al supuesto silencio del testigo, ya que el mismo no indicó que los diarios de caja analizados fueron reconstruidos. No se explicó las razones por las cuales el tribunal juzgador infirió un hecho afirmativo partiendo del silencio del testigo. Todo lo manifestado vuelve arbitraria la interpretación realizada por ese tribunal juzgador, ya que carece de lógica y no responde a la realidad de los hechos tratados y controvertidos en la audiencia de juicio.

Con base en lo indicado en el párrafo anterior, sobre la falta de lógica en las conclusiones del tribunal juzgador, se desprende claramente que el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas, incurrió en una contravención a la ley por falta de aplicación del artículo del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha de la tramitación del juicio; debido a que, las conclusiones a las que se llegó en la sentencia no responden a la realidad de los hechos tratados en la audiencia de juicio, sin existir un lineamiento lógico entre lo dicho por los testigos y las conclusiones a las que llegó del Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas.

b.2) Respecto del considerando “DÉCIMO PRIMERO”:

Es preciso señalar que el considerando DÉCIMO PRIMERO, toma como elementos en su construcción el razonamiento realizado por el tribunal juzgador en el considerando DÉCIMO, razón por la cual parte de un razonamiento sofisticado, carente de lógica, mismo que no reflejó la realidad de los elementos tratados en la audiencia de juicio, situación que sin más análisis constituye un vicio de motivación de la sentencia. Sin embargo es preciso analizar si la conclusión a la que se llegó en la sentencia responde a las reglas de la sana crítica.

[...] DÉCIMO PRIMERO.- Del análisis y la valoración final de las pruebas de cargo presentadas por la Fiscalía éste Tribunal observa claramente que al proporcionar los documentos bancarios necesarios para el peritaje contable entre ellos los diarios de caja, estos fueron reconstruidos según el testimonio del auditor general, para el Tribunal esta acción hace entrever que los diarios de caja existieron físicamente y que eran elaborados manualmente por el señor Borja según testimonio de Erika López, de otra parte el perito de la Fiscalía

indica enfáticamente que los documentos fuentes para la elaboración de la pericia contable fueron entregados a él por representantes del banco, sin embargo no hace ninguna referencia sobre los diarios de caja reconstruidos, es decir que asumió que los mismos eran originales y no reconstruidos, sin embargo este Tribunal considera que reconstruir significa volver a construir algo que ya fue hecho, es decir el banco reconstruyó los diarios de caja porque los elaborados manualmente ya no existían, es en esta parte donde se manipuló esta prueba para que conjuntamente con los demás documentos bancarios den un resultado deseado, existiendo la duda sobre su contenido porque el perito de la fiscalía indica que en esos diarios habían rubricas y nombres de algunas personas entre ellas la del Sr. Borja y que todos los documentos fuentes fueron entregados por la Contraloría del Banco. [...]" (el resaltado y subrayado es nuestro)

El tribunal juzgador vuelve a aseverar que con base al testimonio del auditor general del Banco Bolivariano, se determinó que los diarios de caja no existían, hecho que como ya se analizó responde a una interpretación arbitraria, carente de toda lógica realizada por ese tribunal. Sin embargo, es preciso indicar textualmente la nueva conclusión a la que se llegó: "[...] este Tribunal considera que reconstruir significa volver a construir algo que ya fue hecho, es decir el banco reconstruyó los diarios de caja porque los elaborados manualmente ya no existían, es en esta parte donde se manipuló esta prueba para que conjuntamente con los demás documentos bancarios den un resultado deseado [...]". No consta de las pruebas descritas en la sentencia evidencia alguna que permita concluir la inexistencia de los diarios de caja, lo que constituye en una arbitrariedad la conclusión del tribunal juzgador en la sentencia cuando se manifiesta: "porque los elaborado manualmente ya no existían, es en esta parte donde se manipuló esta prueba", hecho que atenta a la motivación de la sentencia, ya que las conclusiones no responden a las pruebas tratadas y controvertidas en la audiencia de juicio.

b.3) Respecto del considerando "DÉCIMO SEGUNDO":

DÉCIMO SEGUNDO.- Siendo el procedimiento indispensable para la aplicación de la Ley, la prueba es un punto capital y atendible dentro de la manifestación material de la verdad, que no es nada más ni nada menos que la salvaguarda del principio constitucional de justicia en donde convergen las reglas soberanas de la libertad de conciencia del juzgar, pero dentro del marco de la ley. Es así que la sana crítica comporta ciertamente la aplicación de la razón, de la lógica, de las reglas de la teoría del conocimiento y para que el tribunal utilice éstas reglas para apreciar y valorar las pruebas en éste juicio debe tener la certeza



absoluta la cuál se refleja en el fallo más allá de toda duda razonable. En este caso el Tribunal considera que al no desechar esa prueba dentro del peritaje realizado sería aceptar una prueba fruto del árbol envenenado según la doctrina penal universalmente aceptada, éste Tribunal considera que la presunción de inocencia tiene relevancia constitucional y solo puede ser destruida esta presunción cuando la culpabilidad sea probada mediante el sustento argumentado de prueba de cargo no viciada de nulidad y que no tengan ineficacia probatoria acore a lo prescrito en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, y la reconstrucción de los diarios de caja vulneran las garantías constitucionales establecidas en el artículo 76 No. 4 de la Constitución de la República, en este sentido es primordial el respeto a las reglas de la sana crítica que nos dan da el control en la racionalidad para la apreciación y valoración de la prueba aportada durante el juicio, y si no existiera esa prueba o la misma ha sido manipulada nace por lo menos la duda en cuanto a su autenticidad y por ende la duda en cuanto a la responsabilidad penal del acusado por que se han violado las reglas del debido proceso establecidas en el primer inciso del artículo 76 de la Constitución de la República. [...]"²² [Sic] (el subrayado y resaltado es nuestro)

Como hemos analizado no consta dentro de las pruebas tratadas y contradichas en la audiencia de juicio evidencia alguna que permita concluir la existencia de prueba que contravenga lo prescrito por el artículo 76.4 de la Constitución de la República²³; además dentro de la sentencia impugnada el tribunal juzgador no indicó la norma adjetiva penal que supuestamente fue violada en la obtención de las pruebas.

Es preciso resaltar la ligereza con la cual el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas argumentó: "[...] el Tribunal considera que al no desechar esa prueba dentro del peritaje realizado sería aceptar una prueba fruto del árbol envenenado según la doctrina penal universalmente aceptada [...]". Para entender la teoría del fruto del árbol envenenado, es preciso señalar que dicha teoría es una consecuencia lógica de las reglas de exclusión de la prueba y consiste "[...] en que la obtención de algún elemento probatorio practicado en violación a las garantías constitucionales es inválida, excluyéndose no sólo esa prueba sino también todas aquellas que se hayan obtenido con posterioridad como consecuencia del conocimiento de ella. De modo que la ilegalidad inicial se proyecta a la exclusión de toda prueba posterior que sólo pudo conocerse y obtenerse mediante su relación con la primera y no existían

²² Ibidem, fojas 1551 vuelta, 1552.

²³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 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: [...] 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

*circunstancias que pongan en evidencia con toda certeza que las mismas pudieron haber sido incautadas del modo por otro medio. [...]*²⁴.

En el caso *sub iúdice* para que se pueda aplicar la teoría del fruto del árbol envenenado era preciso la existencia de algún elemento probatorio practicado con violación a las garantías constitucionales (regla de la exclusión de la prueba) que obligue a que otros elementos probatorios obtenidos con posterioridad como consecuencia del primero, se encuentren viciados de ilegalidad por haber sido producto del primer elemento probatorio ilegal. Como es evidente dentro de la sentencia impugnada no existen elementos que permitan concluir a éste Tribunal de Casación la existencia de elementos probatorios viciados de ilegalidad que fueron producto directo de un primer elemento probatorio que fue consecuencia de las reglas de exclusión de la prueba, situación que vuelve en aparente o sofisticada la motivación de la sentencia del Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas ya que las conclusiones no reflejan la realidad de los hechos tratados en la audiencia de juicio.

Para aclarar la confusión del tribunal juzgador es necesario indicar lo que son las reglas de exclusión probatoria (pruebas ilegales). El artículo 76.4 de la Constitución de la República determina que las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria, por exigencia constitucional todo elemento de convicción que se actúe y se analice dentro de la audiencia de juicio debe respetar las normas constitucionales y adjetivas penales para su obtención y producción, caso contrario resultarían sin valor probatorio alguno. Por ello, era obligación del tribunal juzgador determinar qué norma constitucional o adjetiva penal se violó en la obtención y producción de la prueba pericial realizada por el señor Ing. Douglas Torres Feraud, hecho que no consta dentro de la sentencia impugnada. Como consecuencia de la prohibición de afectación de una norma legal al momento de la obtención y producción de las pruebas dentro del juicio, se debe distinguir tres tipos de pruebas ilegales según las causas que originaron dicha ilegalidad: a) Pruebas expresamente prohibidas por la ley; b), Pruebas Irregulares o defectuosas; y, 3) Pruebas obtenidas o practicadas con violación a derechos fundamentales.²⁵

²⁴ Eduardo M. Jauchen, Tratado de la Prueba en Materia Penal, Reimpresión, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina, 2006, páginas 627 y 628.

²⁵ *Ibidem*, páginas 621 y 622.



A decir del Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas la prueba ilegal fue el peritaje realizado por el señor Douglas Torres Feraud, toda vez que consideró la existencia de una manipulación de los diarios de caja por parte del Banco Bolivariano C.A. Es preciso señalar que los peritajes se encuentran expresamente determinados por las normas procesales, y el peritaje realizado no se encuadra dentro de las pruebas expresamente prohibidas por la ley. A las pruebas prohibidas por la ley se las puede ejemplificar como: "[...] *Un ejemplo concreto de ellas es la norma procesal que impone el deber de abstención de declarar sobre hechos secretos a los sacerdotes, abogados, procuradores, escribanos, médicos, farmacéuticos, parteras, militares y funcionarios públicos sobre secreto de Estado. [...]*"²⁶, cuando exista norma adjetiva expresa que prohíba la obtención y producción de una prueba específica dicha prueba no tiene valor jurídico alguno. En el caso analizado no existe prohibición legal de realizar el peritaje que se presentó a juicio, razón por la cual no podemos hablar de prueba expresamente prohibida por la ley.

Con respecto a las pruebas ilegales o defectuosas, éstas son "[...] *aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley [...]*"²⁷, la sentencia impugnada no indica la forma como el informe pericial realizado por el señor Ing. Douglas Torres Feraud pudo contravenir la legalidad o las formalidades establecidas, razón por la cual, no se puede hablar de prueba irregular o defectuosa.

Las pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales son todas "[...] *aquellas pruebas en cuya obtención o producción se ha vulnerado, de cualquier forma, algún derecho fundamental de las personas consagrado en la Constitución [...]* La violación puede ser expresa o implícita."²⁸. Una vez analizada la sentencia impugnada no consta referencia alguna al derecho fundamental que supuestamente fue violado por el perito señor Ing. Douglas Torres Feraud al momento de presentar su informe pericial, razón por la cual tampoco puede hablarse de prueba obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales.

²⁶ Ibidem, página 621.

²⁷ Ibidem, páginas 621 y 622.

²⁸ Ibidem, página 622.

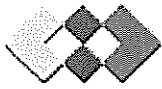
El último inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, manifiesta: *"No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba"*, es necesario aclarar que el control de constitucionalidad y legalidad de la obtención de la pruebas dentro del proceso no constituye una revalorización de la prueba, debido a que *"La sentencia que se sustente en prueba ilegal o irregular es nula, y en consecuencia, susceptible de ser casada o anulada, mediante el acogimiento de los recursos de casación o de nulidad, según sea la legislación aplicable."*²⁹. El Tribunal de Casación solo analiza las normas adjetivas que regulan la obtención de la prueba dentro del proceso. Además era una obligación de los jueces del Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas verificar si las pruebas actuadas en la audiencia, que sirvieron de base para declarar la responsabilidad del procesado, fueron pedidas y actuadas de conformidad con las reglas del Código de Procedimiento Penal, al respecto la doctrina manifiesta *"Por tratarse de una cuestión de orden público, la incorporación al proceso de una prueba ilegal conlleva el deber de declararse de oficio por el órgano jurisdiccional la regla de la exclusión de la misma."*³⁰

Es preciso señalar que no toda violación de la norma procesal conlleva la invalidación de las pruebas, ésta infracción a las normas de procedimiento debe acarrear una limitación a los derechos constitucionales de los litigantes, *"la infracción de una norma procesal infraconstitucional que suponga una limitación en algún aspecto del derecho a la defensa de las partes, y la exclusión o aminoración en el curso de la actividad probatoria de alguna de las garantías que afectan a un derecho fundamental sustantivo"*³¹. Como se ha analizado, dentro de la sentencia impugnada, no consta elemento alguno que permita determinar que el informe pericial realizado por el Ing. Douglas Torres Feraud se adecuó a la "teoría del fruto del árbol envenenado", o que exista alguna causa de la "exclusión probatoria", razón por la cual, a criterio de éste Tribunal de Casación no se ha cumplido los requisitos determinados en el artículo 76.4 de la Constitución de la República para excluir dicha prueba, esto es la existencia de la violación de un precepto constitucional o legal, lógicamente determinado. Con base a lo manifestado, éste Tribunal de Casación, considera que dentro de la sentencia impugnada ha existido una motivación aparente o sofisticada.

²⁹ Ibidem, páginas 616 y 617.

³⁰ Ibidem, página 625.

³¹ Jorge Barreiro, Alberto, en La prueba ilícita en el proceso penal, Plan Territorial de Extremadura, CGPJ, 1992, vol. II. Citado en: Eduardo M. Jauchen, Tratado de la Prueba en Materia Penal, Reimpresión, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina, 2006, páginas 623 y 624.



Como conclusión de este apartado se puede decir que la sentencia impugnada ha contravenido expresamente el artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, por cuanto se ha incurrido en una motivación aparente o sofisticada, al haberse contravenido expresamente el texto del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal con relación a la apreciación lógica de la prueba, debido a que lo manifestado por el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas no se adecuó a la realidad de lo probado en la audiencia del juicio.

4.5.1.2.- Artículo 29 inciso 1. y 2. del Código Orgánico de la Función Judicial: *"Al interpretarse la ley procesal, 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. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. Cualquier vicio en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal."* Encontramos, que dentro de la fundamentación del recurso no se determinó de qué forma se vulneró los numerales 1 y 2 del artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, por su contravención expresa, razón por la cual, éste Tribunal de Casación no puede pronunciarse al respecto.

4.5.1.2.- Artículo 115 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil: *"Las pruebas serán apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas."*

Con respecto al cargo que se refiere a la contravención expresa del texto del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, se debe manifestar que las normas procesales penales rigen expresamente la tramitación de los procesos penales, en materia probatoria las normas que rigen la actividad probatoria en materia penal se encontraban expresamente determinadas en Libro Segundo del Código de Procedimiento Penal, situación que vuelve en impertinente lo

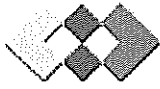
argumentado por el recurrente debido que el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil se aplica dentro de los procesos civiles.

4.5.2.- Con respecto a la falsa aplicación del texto de los artículos: 80 del Código de Procedimiento Penal; 76.4 de la Constitución; y, 304 A del Código de Procedimiento Penal.- El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal determina específicamente los casos en los cuales procede el recurso de casación, al decir textualmente: *“El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. [...]”*; las normas adjetivas penales corresponden a la esfera del derecho público, razón por la cual, dentro de la interposición del recurso de casación es obligación del recurrente determinar específicamente si las normas que aduce fueron violadas cumplieron alguno de los requisitos: a) contravención expresa de su texto; b) indebida aplicación; y, c) errónea interpretación. En el caso que nos ocupa el recurrente manifestó que ha existido una *“Falsa aplicación del texto de la norma”*³², toda vez, que la norma adjetiva que regula la interposición del recurso de casación no determina la causal de *“Falsa Aplicación”*, éste Tribunal de casación no entra a analizar las normas supuestamente violadas en la sentencia.

Por las consideraciones antes expuestas, éste Tribunal de Casación, considera que dentro de la sentencia impugnada ha existido una expresa violación del texto de los artículos: i) 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, ii) 86 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la apreciación de la prueba referente al peritaje realizado por el Ing. Douglas Torres Feraud, careció de toda lógica, desembocando en una conclusión errada y sofística.

A criterio de éste Tribunal de Casación, conforme las pruebas aportadas por la Fiscalía dentro de la audiencia de juicio, y en especial el peritaje realizado por el señor Ing. Douglas Torres Feraud, se ha llegado al convencimiento de que los actos realizados por el procesado señor Hugo Alexander Borja Cedeño, se adecúan al presupuesto de hecho del tipo descrito en el artículo 257.1 del Código Penal, con relación al 257.5 ibídem que disponen: *“[...] 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*

³² Cuaderno de Casación de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, foja 18, 19 y 20.

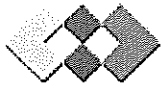


beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma 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 [...] 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. [...]". Por cuanto se ha demostrado que el procesado señor Hugo Alexander Borja Cedeño (sujeto activo), en su calidad de empleado del Banco Bolivariano C.A. (sujeto pasivo), se apropió (desfalco) de dinero que se encontraba a su cargo perteneciente a la mencionada entidad financiera (conducta), por un valor de USD 191.392,00 (ciento noventa y un mil trescientos noventa y dos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norte América).

En mérito de lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito,

RESUELVE:

1. Aceptar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusador particular por haberse demostrado los errores de derecho en la sentencia de mayoría emitida por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Guayas; por lo que, al enmendarlos, se declara al señor Hugo Alexander Borja Cedeño como autor y responsable del delito tipificado y sancionado en el artículo 257.1 del Código Penal, sin haberse comprobado atenuantes, imponiéndole una pena de OCHO años de RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, que será cumplida en el centro de rehabilitación social de varones de Guayaquil; para lo cual, una vez ejecutoriada se oficiará al Director Nacional de la Policía Judicial, con el objeto de localizar y capturar al sentenciado para que cumpla con la pena impuesta.



2. Se declara con lugar la acusación particular y se ordena el pago de daños y perjuicios.
3. Devuélvase al Tribunal de origen, notifíquese y cúmplase.

Actúe la Dra. Martha Villarroel Villegas, como Secretaria Relatora Encargada, de acuerdo a la acción de personal No. 2692-DNP-MY de 23 de julio de 2012.-


Dra. Gladys Terán Sierra
JUEZA NACIONAL



Dra. Lucy Blacio Pereira
JUEZA NACIONAL PONENTE


Dra. Aida Palacios Coronel
CONJUEZA NACIONAL


Dra. Martha Villarroel Villegas
SECRETARIA RELATORA ENCARGADA

Certifico.-

En la ciudad de Quito, a los veintinueve días del mes de agosto de dos mil trece, a partir de las quince horas con diez minutos, notifiqué con la sentencia que antecede, al Fiscal General del Estado, por boleta dejada en el casillero judicial N° 1207; al Procurador General del Estado, por boleta dejada en el casillero judicial N° 1200; al Contralor General del Estado, por boleta dejada en el casillero judicial N° 940; a Hugo Alexander Borja Cedeño, por boletas dejadas en los casilleros judiciales Nos. 5004, 4032, 3123, 847 y 4820, y correo electrónico plazaverduga@hotmail.com; y, a Jorge Roditi Caputi, por boletas dejadas en los casilleros judiciales Nos. 2154 y 3549, y correos electrónicos jroditicaputi@hotmail.com y monicamanuela@hotmail.com.- Certifico.-

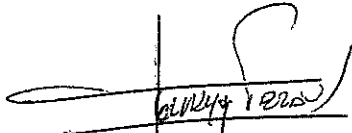

Dra. Martha Villarroel Villegas
SECRETARIA RELATORA ENCARGADA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

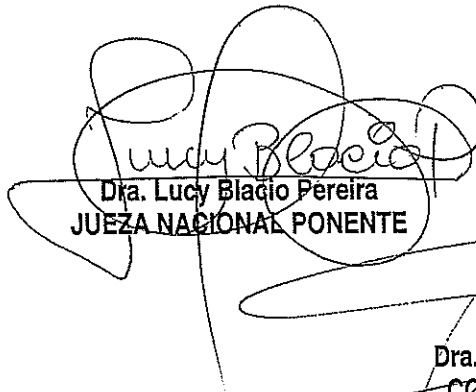
Quito, 24 de septiembre de 2013, las 09H30.-

VISTOS: (0191-2011) Agréguese a los autos el escrito presentado por el señor abogado Jorge Aníbal Roditi Caputi, en su calidad de apoderado especial y procurador judicial del BANCO BOLIVARIANO C.A., de fecha 9 de septiembre de 2013, a las 14H00; escrito mediante el cual da contestación a la providencia emitida por este Tribunal de Casación con fecha 5 de septiembre de 2013, decreto con el cual se puso en conocimiento el pedido de "AMPLIACIÓN Y MOTIVACIÓN" de la sentencia dictada por este Tribunal de la SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA con fecha 29 de agosto de 2013, las 11h25, presentado por el procesado HUGO BORJA CEDEÑO. Una vez, que este Tribunal de Casación ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, encontrándose la solicitud de ampliación presentada por el procesado HUGO BORJA CEDEÑO en estado de resolver, se realizan las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** Mediante auto de 13 de junio de 2013, las 16H33, debidamente perfeccionado por auto de 9 de agosto de 2013, las 14H00, el presente Tribunal de Casación, de conformidad a lo establecido por el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha de inicio del proceso, declaró la deserción del recurso de casación interpuesto por el procesado HUGO BORJA CEDEÑO, por cuanto, no se fundamentó dentro del término legal. Las consecuencias jurídicas de la deserción del recurso de casación conllevan a una imposibilidad para el Tribunal de casación de conocer dicho recurso, por cuanto, el señor HUGO BORJA CEDEÑO no especificó las causales, que a su criterio, debían aceptarse para modificar la sentencia por existir una contravención expresa de la ley en la misma, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha de inicio del proceso. **SEGUNDO:** El artículo 283 del Código de Procedimiento Civil (norma supletoria en materia penal) determina: "[...] y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. La negativa será debidamente fundamentada. Para la aclaración o la ampliación se oirá previamente a la otra parte.", para que proceda la ampliación, como solicita el procesado, es preciso que la sentencia no haya resuelto cada uno de los puntos controvertidos. La controversia dentro de la presente causa penal se apoyó en la imputación realizada por la Fiscalía, mediante la cual se determinaron los puntos en base a los cuales (principio de congruencia) los Jueces han procedido a resolver la etapa de juicio y la etapa de impugnación. Dentro de la casación este Tribunal conoció y resolvió cada uno de los puntos expuestos por el recurrente abogado Jorge Aníbal Roditi Caputi quien fue el único sujeto procesal que presentó y fundamentó conforme a derecho su recurso de casación. Del mismo modo se procedió a analizar si la sentencia recurrida, émitida por el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Guayas, violó la ley, situación ampliamente explicada y resuelta en la sentencia de casación emitida por este


Tribunal. Por lo manifestado, era obligación del procesado determinar específicamente los puntos, en base a los cuales, consideró que la sentencia de casación omitió resolver. Al partir de la solicitud de ampliación presentada por el procesado HUGO BORJA CEDEÑO, encontramos que dicha petición se limitó a solicitar la motivación de diversos actos procesales que constan del expediente en los numerales 1., 2., 3., 4., 5., 6., 7., y 8. Es preciso señalar que dicha petición no especificó, ni indicó, cuáles fueron los puntos que a criterio del procesado debían ser ampliados. Por las consideraciones expuestas, toda vez que, el procesado señor HUGO BORJA CEDEÑO no ha determinado los puntos, que a su criterio, se han omitido resolver dentro de la sentencia de casación, puntos que, a criterio de este Tribunal, se encuentran resueltos. Por las consideraciones expuestas se niega la solicitud de ampliación por improcedente.- NOTIFÍQUESE.



Dra. Gladys Terán Sierra
JUEZA NACIONAL

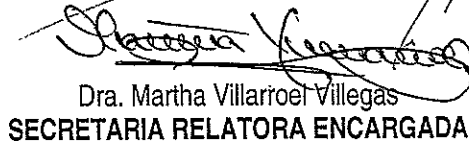


Dra. Lucy Blacio Pereira
JUEZA NACIONAL PONENTE



Dra. Aida Palacios Coronel
CONJUEZA NACIONAL

Certifico.-



Dra. Martha Villarroel Villegas
SECRETARIA RELATORA ENCARGADA

En la ciudad de Quito, a los dos días del mes de octubre de dos mil trece, a partir de las diez horas, notifiqué con el auto que antecede, al Fiscal General del Estado, por boleta dejada en el casillero judicial N° 1207; al Procurador General del Estado, por boleta dejada en el casillero judicial N° 1200; al Contralor General del Estado, por boleta dejada en el casillero judicial N° 940; a Hugo Alexander Borja Cedeño, por boletas dejadas en los casilleros judiciales Nos. 5004, 4032, 3123, 847 y 4820, y correo electrónico plazaverduga@hotmail.com; y, a Jorge Roditi Caputi, por boletas dejadas en los casilleros judiciales Nos. 2154 y 3549, y correos electrónicos jroditicaputi@hotmail.com y monicamanuela@hotmail.com.- Certifico.-



Dra. Martha Villarroel Villegas
SECRETARIA RELATORA ENCARGADA