

Juicio No. 04281-2018-00683

**CONJUEZ PONENTE: LUIS ADRIAN ROJAS CALLE, CONJUEZ NACIONAL
(PONENTE)**

AUTOR/A: LUIS ADRIAN ROJAS CALLE

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 7 de marzo del 2023, las 11h52. **VISTOS:** Encontrándose el recurso en estado de emitir la sentencia escrita y motivada, para hacerlo se considera lo siguiente:

PRIMERO

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

1.1 El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, está conformado por el Dr. Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, quien actúa en reemplazo de Dr. Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional ponente, de conformidad con el acta de fecha 09 de noviembre del 2022, las 15h01 debidamente suscrita por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia; Dr. Walter Macias Fernandez, Juez Nacional; y Dr. Byron Guillen Zambrano, Juez Nacional.

1.2 Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, es competente para conocer y resolver los recursos de casación y revisión, conforme a lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 186.1 y 192.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y los demás previstos en la ley. No se ha impugnado la competencia del Tribunal ni a los Jueces que lo integramos.

SEGUNDO

VALIDEZ PROCESAL:

2.1. El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75 y 76, numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en el capítulo I y IV del Título Noveno del Código Orgánico Integral Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del

debido proceso, el proceso es válido.

TERCERO

ANTECEDENTES PROCESALES:

3.1. El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Tulcán, provincia de Carchi, en sentencia de 06 de diciembre del 2021, las 14h17, declaró a Jacinto Orlando Uzuay Herrera, como autor directo del delito de estafa, infracción penal tipificada y sancionada en el Art 186 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal; consecuentemente se le impone la pena de cinco años de privación de libertad. De esta decisión se interpuso recurso de apelación.

3.2. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, en sentencia 03 de febrero del 2022, las 16h32, rechazó el recurso de apelación interpuesto por el procesado Jacinto Orlando Uzuay Herrera, y confirmó la sentencia subida en grado.

3.3. Una vez que ha sido notificada la sentencia señalada, el procesado, interpone recurso de casación, una vez entregado el proceso al Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Crimen Organizado y Corrupción de la Corte Nacional de Justicia con fecha 14 de noviembre del 2022, las 11h00, se procedió a dictar la resolución oral, correspondiendo emitir a escrito la sentencia de manera unánime, la cual incluye una motivación completa y suficiente de conformidad con lo establecido en el Art. 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, en razón de las siguientes consideraciones:

CUARTO

CONSIDERACIONES DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. La doctrina es colectivamente coincidente en describir al recurso de casación como un medio de impugnación extraordinario, que tiene como fin revisar exclusivamente los yerros de derecho en que pueda incurrirse en una sentencia, partiendo de que los elementos fácticos que constituyen el objeto del proceso han sido dados por ciertos, mediante la valoración probatoria realizada por los jueces de instancia. Por lo tanto, se debe tener claridad del objeto limitado que tiene el recurso de casación y sus finalidades referidas al imperio del derecho y a la uniformidad de la jurisprudencia.

Debe recordarse, que ^a *el recurso extraordinario de casación penal no entra a analizar el fondo de la controversia, no pudiéndose con este recurso analizar aspectos vinculados a cuestiones de hecho y de*

*prueba, limitando su análisis solo a aspectos de derecho, es decir, que su revisión se restringe solo a aspectos formales por entenderse que la Sala Penal de la Corte Suprema no podría ni debería cumplir el papel de ser una instancia ordinaria*¹.

4.2. El recurso de casación, trata del *“medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable”*²

Sobre el objeto del recurso de casación, el profesor colombiano Heliodoro Fierro, indica y aclara:

*“La casación no es una tercera instancia de plena justicia en la cual resulte procedente la continuación del debate jurídico y probatorio llevado a cabo en el curso del proceso. Es una sede única que parte del supuesto que el juicio ha fenecido con al proferirse el fallo de segundo grado, en la cual el ejercicio del derecho a impugnar debe orientarse a demostrar que la declaración judicial del derecho material se apartó de la voluntad de la ley.”*³

4.3. En razón de lo anotado, se advierte que el recurso de casación tiene particularidades técnicas y de excepcionalidad, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la sentencia de segunda instancia, por lo que -respetando su naturaleza-, le conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *“in iudicando”* existentes en la sentencia del Tribunal *ad quem*, aplicando inexorablemente los presupuestos normativos, jurisprudenciales y los principios rectores que informan el recurso de casación (autonomía, taxatividad, trascendencia, prioridad, no contradicción, limitación, no debate de instancia, presunción de acierto y legalidad, debida fundamentación y demostración; y, no agravación)⁴, aplicables al caso concreto.

Para el profesor Fernando De La Rúa, la casación *“es un medio de impugnación con particularidades, pero genéricamente idéntico a los demás recursos, de cuyas características fundamentales participa; con un ámbito limitado al examen de los errores de derecho; de carácter público, pero no diverso del que tiene el mismo derecho procesal y la Corte de Casación es, simplemente, el tribunal encargado*

1 Nuñez Perez, F. “El derecho fundamental a recurrir integralmente el fallo condenatorio cuando el órgano judicial decida aplicar la institución procesal de la condena del absuelto, conforme a lo previsto por la CIDH, en la sentencia del caso Mohamed vs. Argentina” Gaceta Penal n° 43 enero del 2013, pág. 298.

2 LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado. San José. Editorial, Jurídica Continental, 4ta Edición, 2009. En OLMEDO CLARIA, Jorge Tratado, T. V. pág. 442

3 FIERRO-MÉNDEZ Heliodoro. Casación y Revisión Penal, Requisitos de lógica y debida fundamentación. Leyer Editores. Bogotá, D.C., 2018, pág. 111.

4 Luis Gustavo Moreno Rivera, Obra. - La casación Penal, Ediciones Nueva Jurídica, 2013 pág92-102

*de juzgar de ese recurso*⁵

Respecto a la importancia de las causales de casación, es posible determinar lo siguiente: existe contravención expresa al texto de la ley, cuando el Juzgador al momento de construir su decisión, por omisión, deja de utilizar determinada norma jurídica, siendo ésta necesaria para la resolución del caso en concreto; concurre en indebida aplicación de la ley, cuando el juzgador al momento de resolver la causa, yerra en el ejercicio típico de adecuación de los hechos, a la norma jurídica, aplicando un precepto impertinente; por último, existe errónea interpretación de la ley cuando, el Juzgador al resolver el caso sometido a su conocimiento, aplica la disposición jurídica pertinente, no obstante, para la resolución de la causa, le da un sentido o alcance diferente al expresado por su tenor literal.

Así también, en el mismo contenido del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, se extrae la prohibición de solicitar la valoración de la prueba en el recurso de casación, sobre este punto de derecho, la Corte Constitucional del Ecuador ha dicho:

*“ (...) 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(...)”*⁶.

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, en relación a su naturaleza jurídica y ámbito conceptual, el profesor Claus Roxin señala que: *“...La casación es un recurso limitado, dado que solo permite el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal...”*⁷.

Concluimos, que la casación es un recurso extraordinario, limitado y especialísimo que consiste en mantener la exactitud y uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los distintos tribunales al derecho objetivo examinando, solo en cuanto a la discusión de las cuestiones de derecho, y la búsqueda de la justicia al caso concreto sometido a evaluación. (función nomofiláctica y dikelógica)

5 DE LA RÚA, Fernando El recurso de casación en el derecho positivo argentino. Editorial Víctor P., Buenos Aires, 1968, pág. 26.

6 Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 001-13-SEP-CC, de 6 de febrero de 2013, caso 1647-11-EP.

7 Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466.

QUINTO

AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA.

Acorde con lo dispuesto en el artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 660 del mismo cuerpo legal, se llevó a cabo la audiencia oral y contradictoria, en la que los sujetos procesales expresaron:

5.1. Fundamentación del recurso de casación, por el Dr. Paúl Guerrero Godoy, Defensor Público, en representación del procesado recurrente Uzuay Herrera Jacinto Orlando, quien señala:

El recurso de casación se interpuso de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, que en lo principal ratificó la sentencia del Tribunal de Garantías Penales, rechazando el recurso de apelación de mi defendido que lo declaró culpable en calidad de autor directo del delito tipificado y sancionado en el Art. 186 inciso primero del COIP e impuso la pena privativa de la libertad de cinco años.

De conformidad con el artículo 656 del COIP, la causal que se identifica como error de la ley en la sentencia, es la indebida aplicación, indicando que por parte de los Jueces del Tribunal Ad quem, se aplicó indebidamente el Art. 186 inciso primero del COIP, que en lo principal detalla el delito de estafa considerando la defensa que la norma correcta a ser aplicada, es la tipificada y sancionada en el Art. 187 inciso primero del COIP, que habla del abuso de confianza y en principal establece que la persona que disponga para sí o para una tercera persona bienes, activos patrimoniales entregados con la condición de restituirlos, usar de un modo determinado será sancionado con pena privativa de libertad de 1 a 3 años.

El error alegado por indebida aplicación se encuentra identificado en la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, en el considerando 3 numeral 1 parte final de dicha sentencia ya que en lo principal los jueces para resolver indican que cuando la víctima se refiere al procesado, habla de una persona honesta que parecía ser un buen hombre.

Además, dicho error *in iudicando* se encuentra igual en el considerando octavo de la sentencia de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, que lo titulan como argumentación y fundamentación de la Sala y en su parte específica indican que del tipo penal citado se extrae que el bien jurídico protegido es el patrimonio de las personas. Estafa es un tipo penal que se encuentra dentro de las defraudaciones, es decir, que aquellas lesiones patrimoniales producidas por fraude, de manera que éstas son el género y tiene como especies la estafa o el abuso confianza. Además, indican que la víctima a quien refiere que el hoy procesado con quien realizó un negocio de compra de siete

computadores por el valor de 3.000 USD, aduciendo ser comerciante se hizo entregar el dinero, el cual, fue cancelado en cuotas.

Cómo ha influido este error en la decisión de la causa, al haber los jueces de la Corte Provincial de Carchi aplicado una norma a este determinado caso que es la del delito de estafa, cometieron un error, ya que de los hechos sentados, dados por probados, que son inamovibles, en este recurso extraordinario se establece que mi defendido dispuso del dinero de la víctima, esto es, 3.000 USD con la condición de restituirlos o usarlos de modo determinado, es decir, hacerle la entrega de computadoras cuya pena corresponde para este delito de estafa de uno a tres años.

Este error de la sentencia que se encuentra identificado en la sentencia del Tribunal Ad quem, causa evidentemente un perjuicio ya que la pena que se impuso de cinco años, la pena mínima para el delito que creyeron los jueces se acoplaban en los hechos, no le corresponde ya que en esta audiencia se ha demostrado que no se cometió el delito de estafa sino el delito de abuso de confianza.

Con lo manifestado con pretensión concreta solicito que se acepte el presente recurso de casación por la falta que ha cometido el señor Jacinto Orlando Uzuay Herrera, la cual, se ajusta al tipo penal de abuso de confianza, se corrija el error de derecho de la sentencia de la Corte Provincial de Justicia del Carchi; esta indebida aplicación de la ley sea corregida, se dicte la sentencia con la pena que corresponde.

5.2. Comparece FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, por medio de su delegado Dr. Wilson Espín Rosales, quien señala:

En representación de la Fiscalía procedo a contradecir lo manifestado por el recurrente, esto es, la indebida aplicación del artículo 186 inciso primero del COIP que prevé el tipo penal de estafa y en su lugar solicita que se debe aplicarse el Art. 187, esto es, del abuso de confianza.

Al respecto, es necesario establecer que el artículo 656 del COIP, efectivamente, establece el principio de taxatividad, esto es, que únicamente proceden las causales que esta norma establece, entre ellas la indebida aplicación. Es obligación del casacionista explicarle al tribunal cómo es que el razonamiento del Tribunal de Alzada hizo una indebida aplicación de una norma, esto es, que hubo un error de selección de la norma que correspondía aplicar y también demostrar la trascendencia, esto es, cómo influyó en la decisión de la causa.

Sin embargo, lo que el recurrente ha solicitado que haga el Tribunal de casación es que definitivamente se cambie el escenario probatorio, se modifique los hechos de que ha considerado probados el Tribunal de segunda instancia para que se aplique un nuevo tipo penal, es decir, estamos cayendo ante la prohibición del artículo 656 inciso final, esto es, que no pueden modificarse el

escenario fáctico de la sentencia recurrida. Al respecto, lo que dice es que simplemente existió una entrega de dinero pero que no existió una simulación de hechos falsos lo que simplemente se hizo es entregar un dinero, esto necesariamente señores jueces nos atañen a una pretensión que revaloraría la prueba, es decir, que se modifiquen los hechos que ya estableció el Tribunal de instancia como probados.

Pero veamos específicamente, cómo es que se ha dado este hecho que ha sido alegado por la parte recurrente; efectivamente, al citar la parte donde se ha provocado esta vulneración, nos habla del considerando octavo y en el considerando octavo la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, efectivamente, lo titula argumentación y fundamentos de la Sala y cuando llega a las conclusiones de hechos probados manifiesta claramente que se determina que Jacinto Orlando Uzuay Herrera simulando hechos falsos, esto es, aduciendo que es vendedor de computadoras le ofreció en venta la señora Julia Grijalva Rosero siete computadoras nuevas de escritorio por la cantidad de 3.000 USD y posteriormente se procede a analizar con qué elementos probatorios se llegó a establecer esta conclusión y a la certeza de la materialidad y responsabilidad del procesado en el delito de estafa.

Si nosotros procedemos analizar el artículo de la estafa, precisamente el simular hechos falsos es un elemento constitutivo del delito de estafa que ya el tribunal ha dado por probado y que no le corresponde al Tribunal de casación volver a revalorizar las pruebas sobre hechos probados debido al principio de limitación del recurso de casación y también por el principio de no debate de instancia, por lo tanto, Fiscalía al no existir una debida fundamentación del cargo casacional solicita que el recurso interpuesto sea rechazado.

5.3. Intervención del del Ab. Nixon Paúl Eche Bastidas, en representación de la víctima Julia Irene Grijalva Rosero, en lo principal indica que:

Con respecto a la intervención que ha realizado el abogado de la parte recurrente y en defensa de los derechos de la víctima tengo a bien mencionar que con respecto a la intervención el abogado no demuestra la trascendencia que tiene la indebida aplicación del artículo que ha mencionado toda vez que me acojo a la intervención de la Fiscalía, en la cual, menciona que la conducta del procesado es acogida, efectivamente, al artículo 186.1 del COIP, esto es, a la simulación de los hechos falsos, por lo cual, señores jueces solicitó se inadmita el recurso de casación presentado por el procesado.

SEXTO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

SEÑALADO:

6.1. MOTIVACIÓN.- Sobre la motivación, la Corte Constitucional para el período de transición ha manifestado que: ^a (1/4) Para que una resolución sea motivada se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión (1/4)° (sic) , posteriormente ha sostenido que ^a (1/4) La motivación consiste en que los antecedentes que se expone en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión (1/4)°⁸

Podemos decir, que la motivación está referida como la certeza del derecho judicial. Ergo, debe de existir un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican; por tanto, la ley no determina una determinada extensión para cumplir con dicha garantía, sino que su contenido esencial se deberá respetar siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa.

Respetando la garantía de motivación, el suscrito Tribunal prosigue a dar contestación a las alegaciones vertidas por el casacionista.

6.2. PRINCIPIO DISPOSITIVO.- Le corresponde a este Tribunal, por el principio dispositivo, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, que rige todas las etapas y fases del proceso, e igualmente al presente recurso extraordinario e impone a los juzgadores el deber de enmarcar sus decisiones dentro del ámbito de los planteamientos esgrimidos por las partes procesales; es por ello que, debe establecerse el perímetro al que deben ceñirse los argumentos de los sujetos procesales en la audiencia de fundamentación de este recurso.

En este sentido, cabe destacar que, en el presente caso, el procesado Jacinto Orlando Uzuay Herrera, recurre en contra de la sentencia de segunda instancia, la cual es ratificatoria de la primera, cumpliéndose con la garantía de doble conforme.

6.3. El recurso de casación al ser técnico y limitado exige la presentación de cargos encaminándolos en una de las causales de casación previstas en el **artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal**, sin incurrir en pedidos de valoración de prueba y revisión de hechos, que se encuentran prohibidos por el segundo inciso de la misma norma cuya consecuencia es la inadmisión del recurso.

De conformidad con el artículo 657.3 del Código Orgánico Integral Penal, el recurrente tiene la obligación primordial de fundamentar sus pretensiones, esto respetando los principios rectores que cobijan el presente recurso extraordinario, casuístico, restringido y limitado de casación.

⁸ Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

Para el tratadista coterráneo Jorge Zabala Baquerizo en su Tratado de Derecho Procesal Penal conceptúa que: ^aLa casación es un recurso ordinario, especial, que tiene por finalidades lograr el imperio de la ley, la uniformidad de la jurisprudencia y la rectificación de un agravio inferido a cualesquiera de las partes procesales; y, por objeto, una sentencia definitiva dictada en la generalidad de los procesos penales y en la cual se ha violado la ley^o

Para el profesor Gilberto Martínez Rave, el recurso de casación ha de emplearse en ^acontra 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 esta y tiene validez jurídica^o

El recurso de casación no constituye una tercera instancia en la que los juzgadores analicen y decidan sobre la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, sino que se limita a determinar la compatibilidad del razonamiento judicial contenido en la sentencia de segunda instancia con el ordenamiento jurídico. El objeto de análisis del recurso de casación no son las pruebas ni los hechos, sino estrictamente el respeto de la ley por parte de la Corte de apelación en su respuesta razonada al caso puesto en su conocimiento.

6.4. PLANTEAMIENTO DE PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.- El problema jurídico a resolver es el que se ha plasmado conforme el recurso expuesto por el recurrente que ha sido discutido en la audiencia oral, pública y contradictoria, concretándose en un eje principal, el que deberá ser resuelto motivadamente, para aquello el casacionista ha señalado:

1.- Indebida aplicación del Art. 186 inciso primero del COIP, en la que se detalla el injusto penal de estafa, aduciendo que la norma correcta que se debió aplicar es el Art. 187 del COIP.

6.5. ANALISIS CONCRETO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL:

6.5.1. Una vez que se ha establecido el ámbito de estudio, partiremos de la alegación de la presunta indebida aplicación del artículo 186 del COIP.

6.5.1.1. Al momento de señalar como cargo casacional, la indebida aplicación, el recurrente está adecuando su alegación al yerro conocido como error de subsunción o error de pertinencia o selección.

El vicio de aplicación indebida, se da al aplicarse una norma impertinente al caso controvertido, desconociendo o dejando de aplicar otra que debiendo ser aplicada no lo fue.

“ En la aplicación indebida, el juez equivoca la escogencia de la norma. El despropósito se ofrece en la falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos contemplados en el precepto, al no coincidir los sucesos procesalmente reconocidos con las hipótesis que lo condicionan.”⁹

Para fundamentar el cargo de indebida aplicación el recurrente debe tener en cuenta lo siguiente:

Al plantear la indebida aplicación de la ley, en primer término, se debía especificar cuál es el precepto soslayado bajo la causal de indebida aplicación, luego, debía argumentar este reproche, a la luz de las tres exigencias que a continuación se detallan:

1. Identificación de los hechos (que resultan inmutables en sede de casación).
2. Explicación de la impertinencia de la norma jurídica empleada.
3. Explicación respecto a la pertinencia de la norma jurídica propuesta.

La indebida aplicación involucra un error de subsunción, y se verifica cuando los Juzgadores de segunda instancia adecúan los hechos debidamente comprobados, al supuesto fáctico de una norma jurídica impertinente, por ende, constituye obligación de la casacionista, en primer término, identificar los hechos del caso concreto, luego, explicar razonadamente por qué no se ajustan a la hipótesis fáctica del precepto jurídico empleado, para finalmente, identificar la norma jurídica pertinente.

En el presente caso, se ha invocado que existe una indebida aplicación de la norma que contiene el injusto penal de -estafa¹⁰-, entendiéndose que lo correcto era la aplicación del artículo en el que preceptúa diferente tipo penal -abuso de confianza¹¹-.

Como se puede observar de las alegaciones expresadas por el casacionista, se ha referido a los supuestos fácticos, relevando que los mismos no se ajustan al tipo penal de estafa, sin embargo, no señala cuales son esos hechos en concreto, que siendo inamovibles no se ajustarían a los elementos normativos descritos en el artículo 186 del COIP, y al contrario, por qué se ajustarían al tipo penal del artículo 187 ibidem; no obstante, lo que intenta el objetante es que se realice una revaloración de los elementos probatorios, revisando nuevamente los hechos, lo que implicaría el incumplimiento de la prohibición en sede casacional del inciso segundo del artículo 656 ibidem, que es la inadmisión de pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni nueva valoración de la prueba.

9 FIERRO-MENDEZ, Heliodoro, Casación y Revisión Penal, Tercera Edición, Colombia, Bogotá, pág.306

10 Art. 186 del COIP.- 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.

11 Art. 187.- Abuso de confianza.- La persona que disponga, para sí o una tercera, de dinero, bienes o activos patrimoniales entregados con la condición de restituirlos o usarlos de un modo determinado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Al margen de lo expresado, debemos recordar que, el control de legalidad efectuado en sede de casación, se sustenta en la obligación jurisdiccional de garantizar a los justiciables la adecuada aplicación del derecho en la resolución del asunto litigioso, y se caracteriza por su excepcionalidad, pues, este examen no supone el inicio de una nueva instancia, dado que, no otorga a los Jueces la facultad de revisar o modificar el acontecer fáctico fijado en el fallo recurrido, o valorar el acervo probatorio aportado por las partes procesales; esta actividad le corresponde privativamente a los Jueces de instancia, por consiguiente, la incursión en cualquiera de estas potestades, en sede de casación, supone la violación al principio de independencia judicial, consagrado en el artículo 8 del Código Orgánico de la Función Judicial -principio de no debate de instancia-.

Por su parte la doctrina nos ha señalado:

“La casación no es una tercera instancia de plena justicia en la cual resulte procedente la continuación del debate jurídico y probatorio llevado a cabo en el curso del proceso. Es una sede única que parte del supuesto que el juicio ha fenecido con el proferirse el fallo de segundo grado, en la cual el ejercicio del derecho a impugnar debe orientarse a demostrar que la declaración judicial del derecho material se apartó de la voluntad de la ley”¹²

Como se ha dejado sentado en líneas jurisprudenciales de esta Alta Corte , los hechos que han sido conocidos por los Jueces de instancia son inalterables, es decir, que los supuestos fácticos discutidos en el juzgamiento de primera instancia, así como en segunda instancia (apelación), son inamovibles, esto en concordancia con la previsión normativa establecida en el artículo 656 último inciso del COIP.

6.5.1.2. A este Tribunal le corresponde analizar, conforme se determinó *ut supra*, como problema jurídico a resolver, si en efecto, la sentencia de apelación ha aplicado indebidamente la norma alegada como infringida y en su defecto los Jueces dejaron de aplicar la norma que correspondía.

De la revisión efectuada a la sentencia de segunda instancia, que es objeto del presente recurso de casación, debemos acotar que, en la misma, a través de los distintos medios probatorios aportados en el proceso (**hechos ya probados**), determinó la responsabilidad penal del procesado Jacinto Orlando Uzuay Herrera, como culpable del delito de estafa. En ese contexto, el Tribunal de apelación puntualizó las alegaciones que fueron objeto del recurso de apelación (apartado séptimo), llegando a la conclusión unánime de la culpabilidad y responsabilidad del procesado, . El fallo de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Carchi, confirmó la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales del Cantón de Tulcán, ratificando los criterios y razonamientos efectuados por el A quo, cumpliendo con el principio de unidad jurídica o inescindibilidad de las sentencias, por tanto, el

¹² FIERRO-MÉNDEZ Heliodoro. Casación y Revisión Penal, Requisitos de lógica y debida fundamentación. Leyer Editores. Bogotá, D.C., 2018, pág. 111.

criterio del tribunal de apelación está plasmado en la sentencia a-quo. Con relación al principio de inescindibilidad, se ha señalado:

^a Esto quiere decir, que en un proceso penal se profiere un fallo de primera instancia y uno de segunda instancia proferido por el tribunal; entonces, el fallo definitivo para tener en cuenta en Casación como objeto de recurso, es el de segunda instancia. Suele ocurrir en muchos casos que este fallo de segunda instancia no aborda todos los temas del de primera instancia, y la razón es que quizás no todos los temas fueron atacados, cuando se apeló la sentencia. Entonces para efectos del recurso de casación, el demandante debe tener como una sola decisión, como un solo fallo, los dos juntos, y atribuirle al fallo de segunda instancia, como si él lo hubiera dicho, todo lo que dijo el de primera instancia. Pero solo siempre y cuando el fallo de segunda instancia ha confirmado en su integridad el de primera; cuándo el fallo del tribunal confirma integralmente el fallo de primera instancia, se entiende que todo lo que resolvió el ad quo, está incorporado y lo ha dicho el tribunal. Es por eso que se toma como una sola sentencia, esa unión de esas dos precisiones.^o ¹³

Del análisis del Tribunal Ad quem, se puede constatar que, en el considerando octavo de la sentencia esgrimida, realizó una contestación de los alegatos de apelación, adecuándose en una argumentación lógica y concreta, conllevando a una conclusión ratificatoria e inescindible a la del Tribunal A quo, por tanto, se adecua los hechos establecidos como probados a la subsunción de la conducta típica del delito de estafa.

Sumado a esto, podemos ahondar en que el delito de estafa, el bien jurídico protegido es la propiedad; y, esencialmente, consiste en el ardid o engaño que utiliza el agente para provocar el error en la víctima, obteniendo de ella la entrega de la cosa procurada por el delincuente, quien para ello utiliza la palabra elocuente, la retórica persuasiva, el ademán convincente. Como lo refiere el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, el estafador es el audaz de los infractores contra la propiedad, no hace uso ni de la intimidación, ni de la violencia, ni de la fuerza en las cosas; no se aprovecha de la indefensión en que se encuentra la cosa. Se acerca a la víctima armado de su inteligencia, haciendo uso de su engaño, aprovechándose de la confianza, o de la credulidad, o de la ingenuidad de la víctima.

Por su lado, Raúl Goldstein, al referirse a la Estafa, dice: ^a quien hace adoptar a otro, con ánimo de lucro, una disposición patrimonial que resulte perjudicial para sí o para terceros, mediante un despliegue de medios engañosos tendientes a provocar en la víctima el error acerca de la conveniencia

de su decisión.^o; criterios doctrinarios que son recogidos por la Corte Nacional de Justicia en varios fallos¹⁴.

Como se ha quedado establecido, la conducta del procesado fue la de beneficiarse económicamente por el medio del engaño a su víctima, por la simulación de la -compra de siete computadoras-, con la finalidad de perjudicar su patrimonio, -hechos indivisibles e inmutables- así podemos observar del fallo de apelación:

^a Se ha determinado que la entrega del dinero, la víctima lo hizo en efectivo y a través de depósitos en la cuenta de ahorros que mantenía Jacinto Uzuay en el Banco Pichincha; entrega que ha sido reafirmada y respaldada por Martha Cecilia Morillo quien la acompañaba tanto a la Cooperativa Tulcán a retirar cantidades de dinero que personalmente le entregaba en la misma institución financiera, como a realizar los depósitos en el Banco Pichincha; de lo cual como ya se mencionó consta la prueba en el proceso; esto es los depósitos realizados en la cuenta que mantenía el procesado en el Banco del Pichincha; y la libreta de ahorros de la cuenta en la cooperativa de ahorro y Crédito Tulcán, de la señora Julia Grijalva, de la que retiraba el dinero para entregarle al hoy recurrente; sin que Jacinto Orlando Uzuay Herrera jamás le haya entregado las computadoras; todo lo cual conduce a establecer que todos los actos realizados por el procesado fueron conscientes y voluntarios; existiendo en el autor la intención de engañar y ocasionar un perjuicio patrimonial, al actuar motivado con un ánimo de lucro, ya que nunca le fueron entregadas las siete computadoras a la señora Julia Grijalva. Concluyendo que el hecho objeto del proceso se subsume al tipo penal acusado por la Fiscalía, determinándose la existencia del nexo causal entre la infracción y el procesado, conforme lo dispone el Art. 455 del COIP^o (sic)¹⁵.

Esta Alta Corte de Justicia, se ha referido en muchas ocasiones sobre el delito de estafa y tiene determinado cuáles son los elementos que configuran a este tipo penal, es así que la jurisprudencia de la Corte se ha manifestado que: ^a ¼ en el delito de estafa, cinco son los elementos exigidos, a saber: engaño, error, acto de disposición patrimonial, perjuicio económico y ánimo de lucro; las formas genéricas del fraude son el ardid y el engaño; ambos tienen en común que son modos de hacer creer a la víctima o de mantenerla en su creencia o de reforzarla en su creencia de que es verdadero lo que no lo es; la diferencia entre uno y otro modo es sólo formal; así, el ardid requiere artificios o maniobras

14 Suplemento del Registro Oficial Nos. 625 y 590; 301 y 26, de 10 de abril del 2015 y 2 de mayo del 2016 respectivamente.

15 Sentencia dictada por el Tribunal Ad quem, fs. 14-20 del cuadernillo de segunda instancia.

objetivos simuladores de una realidad; mientras que el engaño no, pues consiste en la simple aserción, por palabras o actos, expresa o implícitamente, de que es verdadero lo que, en realidad es falso¹⁶

Como se puede concluir de la revisión de la sentencia emitida el 03 de febrero del 2022, las 16h32 por el Tribunal de la Sala Multicompetente de la provincia de Carchi, se ha aplicado correctamente los elementos típicos del artículo 186 del COIP, por lo que no cabe la alegación de indebida aplicación.

6.5.1.3. Al margen de ello, hay que indicar que el casacionista a pesar de que ha señalado la norma que presuntamente se ha infringido, no se realiza una fundamentación adecuada en donde se pueda exteriorizar cuál es la parte de la sentencia en la que se ha incurrido en tal yerro, pues lo que el casacionista señala es que, los hechos no se adecuarían al tipo penal de estafa, arguyendo, que bien podría subsumirse a un abuso de confianza, argumentos que fueron discutidos en la respectiva instancia; sin embargo el recurrente, en una suerte de que se vuelvan a discutir y revisar hechos, pretende que se vuelva a realizar una nueva valoración de la prueba inobservando los principios rectores que sirven para desarrollar el yerro aducido -indebida aplicación-, tales como son la debida fundamentación y trascendencia.

Sobre el principio de debida fundamentación, se ha desarrollado en el sentido:

“El principio de debida fundamentación y demostración implica que el recurrente tiene el doble deber de fundamentar- demostrar la causal o causales propuestas a través de los medios que la norma consagra para tal efecto. El primer deber, conocido sustanciación suficiente, busca que la demanda se baste a sí misma para provocar la anulación del fallo, y el segundo deber, conocido como crítica vinculante, exige una alegación fundada en las causales previstas taxativamente por la normatividad vigente y el cumplimiento de determinados requisitos de forma y contenido de acuerdo a la selección realizada por el actor. Así lo ha dicho la Corte cuando señala "como uno de los requisitos formales de la demanda, conforme se infiere del inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, impone que es deber del libelista enunciar la causal de casación escogida y con base en ella, exponer, en forma clara y precisa, los argumentos de su inconformidad y las normas que estime infringidas, en tanto que a un cargo no sustentado no se le puede dar respuesta”¹⁷

A su vez el principio de trascendencia, comprende:

¹⁶ Sentencia publicada en la Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 13. Página 5389.

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia radicado N° 34102, 17 de junio del 2010. Magistrado Luis Quintero Milanés.

El señalamiento de la trascendencia consiste en que el demandante no solo debe de marcar el error y demostrar su ostensible existencia, sino la connotación que tiene dentro del proceso. El error por error no tiene cabida en casación. El error que interesa es el que tiene la posibilidad de desarticular o lo adjetivo o la sustancial de la sentencia. Lo demás no interesa, puesto que, si se quedase probado el yerro, este, por no poseer fuerza alguna para dejar sin efecto la sentencia, no tendría relevancia más allá de un cuestionamiento al conocimiento y manejo del proceso hacia el sentenciador.^{o 18}

Ninguno de estos principios ha sido desarrollado por el casacionista, por lo que el recurso presentado es improcedente. Asimismo, tampoco se encuentra errores in iure que deban ser casados dentro de la facultad oficiosa de conformidad con el artículo 657 numeral 6 del COIP.

SÉPTIMO.

DECISIÓN:

Por todo lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** por unanimidad, este Tribunal de Casación de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, resuelve: I.- Rechazar por improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado Jacinto Orlando Usuay Herrera. II.- Ejecutada esta resolución, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Notifíquese y cúmplase. ±

18 FIERRO-MÉNDEZ Heliodoro. Casación y Revisión Penal, Requisitos de lógica y debida fundamentación. Leyer Editores. Bogotá, D.C., 2018, pág. 47.

LUIS ADRIAN ROJAS CALLE
CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)

GUILLEN ZAMBRANO BYRON
JUEZ NACIONAL

MACIAS FERNANDEZ WALTER SAMNO
JUEZ NACIONAL