



Juicio No. 07310-2018-00046

JUEZ PONENTE: RIVERA VELASCO LUIS ANTONIO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: RIVERA VELASCO LUIS ANTONIO

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, miércoles 26 de abril del 2023, las 09h28.

VISTOS:

El procesado Gustavo Alberto Aguilar Chuquimarca interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de El Oro de 15 de diciembre de 2020 a las 09:04, la cual declara improcedente el recurso de apelación interpuesto y confirma en integridad la sentencia del Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Machala, provincia de El Oro que: le culpabilizó, en calidad de autor, del delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 186, inciso primero, del Código Orgánico Integral Penal; le condenó a una pena privativa de libertad de cinco años; y le impuso los pagos de una multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general y USD 7 000 como reparación integral a favor de las víctimas.

Al haberse agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de dictar la sentencia por escrito, para hacerlo se considera:

PRIMERO

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

- i. Mediante Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (Arts. 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de Oposición y Méritos, Impugnación y Control Social para la Selección y Designación de las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.
- ii. Mediante acciones de personal núms. 0036-DNTH-2021-AL, 0034-DNTH-2021-

AL y 0037-DNTH-2021-AL, de fecha 2 de febrero de 2021, suscritas por el Dr. Pedro Crespo Crespo, Director General del Consejo de la Judicatura, se otorga a los abogados Luis Antonio Rivera Velasco, Felipe Esteban Córdova Ochoa y Walter Samno Macías Fernández los cargos de Juez Nacional a partir de las 10:00 del 3 de febrero de 2021.

- iii. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución No. 02-2021 conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) en su artículo 183, sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al COFJ, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013.
- iv. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso de casación, conforme lo establece el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), artículo 10 inciso 2, 184, 186.1 y 192.4 del COFJ; y, artículo 656 Código Orgánico Integral Penal (COIP).
- v. Mediante el sorteo de martes 20 de abril de 2021 a las 09:40, ante la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, se conformó el Tribunal de Casación para conocer la presente causa, el cual quedó integrado por los Jueces Nacionales Luis Antonio Rivera Velasco (Ponente), Felipe Esteban Córdova Ochoa y Walter Samno Macías Fernández.
- vi. Actúa el doctor Javier de la Cadena Correa, Conjuez Nacional, en licencia del doctor Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional.

SEGUNDO

ANTECEDENTES

2.1. Antecedentes fácticos:

Según la sentencia de primer nivel, los hechos que motivaron la condena en su contra, se contienen en lo siguiente:

^a(1/4) Con fecha de 15 de mayo del 2016, Juan Enrique Cuenca Peñaloza toma contacto con el ciudadano Gustavo Aguilar Chuquimarca, para realizar un negocio de un camión que necesitaba para un trabajo y que a cambio le daba la camioneta que tenía; es así, que el 3 de junio del 2016, se encuentran en el sector El Palto, dentro del cantón Atahualpa, en donde realizan el intercambio de los vehículos, por parte de Juan Cuenca entrega un vehículo camioneta Chevrolet Luv placa OCL877 a Gustavo Aguilar, quien a su vez entrega un camión de placa RVY229, además que Juan Cuenca entrega trescientos dólares en efectivo a Gustavo Aguilar y el restante cuando se entregue la documentación. El señor Gustavo se fue acompañado del señor Danilo Bravo. Que llevaron al camión RVY229 hacer arreglos por parte del nuevo comprador en un valor de trescientos dólares; el 6 de junio recibe una llamada por parte de Gustavo Aguilar, que dice que va a deshacer el negocio porque el vehículo es robado, llegando a exigir que le devuelva el camión, que si no venía la policía y tenía problemas, ante estas amenazas procede a entregar el camión, para lo cual lo mando a dejar con su hermano David Cuenca y que a su vez le debía devolver los trescientos dólares que le había dado en efectivo y trescientos de los arreglos que había realizado al camión, su hermano lleva camión a Piñas y lo entrega al ciudadano GUSTAVO AGUILAR CHUQUIMARCA, este a su vez le entrega un cheque de la cuenta de su esposa Yadira Quezada por seiscientos dólares, pero dicho cheque al intentarse cobrar se encontraba en cuenta cerrada. Comunicándose con el señor Gustavo Aguilar Chuquimarca el manifiesta que no se preocupe que le va a vender la camioneta y le va a dar los ocho mil quinientos dólares o en su defecto entregarle otro vehículo y luego le cancelaba el resto de dinero los seiscientos dólares, lo cual nunca sucedió pese a la insistencia de JUAN CUENCA PEÑALOZA, no contestaba los teléfonos, desapareció, para después llegar a saber que su vehículo había sido vendido a otro ciudadano falsificándole las firmas, procediendo después de que puso la denuncia, es decir, en Junio del 2016 casi al año cuatro meses recupera el vehículo, la camioneta Chevrolet placa RVY229 la misma que por el uso se encontraba en malas condiciones, llegando a establecerse que el costo que tenía de ocho mil quinientos dólares,

inicialmente tenía que devolverle el ciudadano Gustavo Aguilar, a la fecha de la pericia costaba en tres mil dólares únicamente, siendo un perjuicio que le ocasionaron de seis mil cien dólares, más intereses ($\frac{1}{4}$).¹

2.2. Antecedentes procesales:

- i. Sentencia de primer nivel dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Machala, Provincia de El Oro de martes 2 de junio de 2020 a las 07:49, mediante la cual se resuelve:

[$\frac{1}{4}$] ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, Resuelve por unanimidad:

Declarar la culpabilidad de ciudadano GUSTAVO ALBERTO AGUILAR CHIQUIMARCA, con generales de ley al inicio de autos y dicta en su contra sentencia condenatoria como autor del delito de ESTAFA, tipificado y sancionado en el Art. 186 inciso primero del COIP, por lo que se le impone la pena de CINCO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD [$\frac{1}{4}$]

Como reparación integral a las víctimas o a su representante legal por daños y perjuicios la cantidad de siete mil dólares americanos para la víctima [$\frac{1}{4}$]

Se le impone una multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general [$\frac{1}{4}$].

- ii. Sentencia de segundo nivel dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de El Oro de martes 15 de diciembre de 2020 a las 09:04, mediante la cual se resuelve:

[$\frac{1}{4}$] ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, por decisión unánime, bajo el análisis ut supra, RESUELVE:

1 Sentencia del Tribunal de Juicio, cita a fs. 250 a 265.

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el justiciable, en consecuencia ratifica la sentencia condenatoria que declara la culpabilidad del procesado GUSTAVO ALBERTO AGUILAR CHUQUIMARCA, reiterando que la pena privativa de libertad de CINCO impuesta por el Tribunal A-quo, es la que corresponde al rango mínimo del tipo penal probado en juicio, por haber adecuado su conducta al tipo penal descrito normativamente en el artículo 186 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor directo conforme lo establece el artículo 42 numeral 1 letra a) ibídem, la misma que no es desproporcional, ratifica en su integralidad la sentencia venida en grado [1/4].

iii. Auto de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de El Oro de martes 2 de marzo de 2021 a las 13:13, mediante el cual se rechaza el recurso de ampliación y aclaración:

[1/4] Negar el recurso horizontal de ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN interpuesto por el ciudadano sentenciado GUSTAVO ALBERTO AGUILAR CHUQUIMARCA a la sentencia dictada por este Tribunal de Apelación.

iv. El procesado Gustavo Alberto Aguilar Chuquimarca, insistente en su afán impugnatorio, presenta el recurso de casación en atención a lo que dispone el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

v. Auto de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de El Oro de martes 9 de marzo de 2021 a las 12:23, mediante el cual se dispone:

[1/4] Incorpórese a los autos el escrito presentado por el justiciable GUSTAVO ALBERTO AGUILAR CHUQUIMARCA, en atención al mismo, amparado en la disposición del Art. 657 del Código Orgánico Integral Penal, por haber sido presentados en forma legal y oportuna, se les concede el RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto para ante la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia de Quito, a donde concurrirán las partes hacer valer sus derechos.

vi. Mediante el sorteo de martes 20 de abril de 2021 a las 09:40, ante la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, se conformó el Tribunal de

Casación para conocer la presente causa, el cual quedó integrado por los Jueces Nacionales Luis Antonio Rivera Velasco (Ponente), Felipe Esteban Córdova Ochoa y Walter Samno Macías Fernández.

vii. Auto de sustanciación de fecha 16 de febrero de 2023, las 17h00, se convocó a audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación, mismo que se celebró en fecha 23 de febrero de 2023.

viii. Actuó el doctor Javier de la Cadena Correa, Conjuez Nacional, en licencia del doctor Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional.

TERCERO

Audiencia de fundamentación del recurso de casación

3.1.- INTERVENCIÓN DEL DOCTOR EDWIN AQUILES ALTAMIRANO DEFENSA TÉCNICA DEL SEÑOR GUSTAVO ALBERTO AGUILAR CHUQUIMARCA PROCESADO:

- Identifica que la sentencia que recurre es la emitida en fecha 15 de diciembre de 2020, a las 09h04, por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, de la Corte Provincial de El Oro, dentro de la cual han sentenciado con cinco años de privación de libertad al señor Gustavo Aguilar Chuquimarca por haber configurado su conducta en el delito de estafa, artículo 186 inciso primero del COIP.
- Como normas de derecho infringidas señala que el juez ad quem, en su resolución aplica el principio iura novit curia, mediante el cual cambia el tipo penal del que se venía tramitando el proceso, que anteriormente era el delito de abuso de confianza, tipificado en el artículo 187, y en base de este principio y de las consideraciones y análisis que hace el tribunal ad quem, cambian el tipo penal y aplicando este principio iura novit curia, el cual considera que ha sido violentado y que lo encontramos en el artículo 4 numeral 13 de la LOGJCC, y en el artículo 426 de la Constitución de la República.
- Manifiesta que el yerro está en el subnumeral 8.16 de la mencionada sentencia. La forma de infracción a la ley que hemos encontrado.
- Acusa indebida aplicación del artículo 186 inciso primero del COIP, así como la falta de aplicación del artículo 187 del mismo cuerpo legal.

- Resume los hechos indicando que más o menos el 15 de mayo de 2016, en este caso, la víctima, el señor Juan Enrique Cuenca Peñaloza, toma contacto con el señor Gustavo Aguilar, quien es vendedor de autos usados, particular que es conocido por el señor Cuenca Peñaloza, porque en su versión manifiesta que había hecho negocios de vehículos anteriormente y no había tenido ningún problema. Toman contacto y él le pide al señor Gustavo Aguilar que le venda un camión de ciertas condiciones porque lo necesitaba para su trabajo. El 03 de junio de 2016, hacen el negocio, el señor Gustavo Aguilar le entrega un camión de placas RBY-0229, y el señor Juan Enrique Cuenca Peñaloza pacta el valor, y le entrega como parte de pago una camioneta de su propiedad, Chevrolet, de placas OCL-0877, más trescientos dólares en efectivo, con lo cual completa el valor de la negociación. El señor Cuenca Peñaloza lleva su camión y hace unas mejoras y le cambia las llantas, y gasta unos trescientos dólares más en ese camión, y el señor Gustavo Aguilar retira su camioneta, y con eso hicieron el negocio. Posteriormente, el señor Gustavo Aguilar le llama al señor Cuenca Peñaloza, indicándole que ese camión que le había vendido, tenía problemas y que era mejor deshacer el negocio y que le devuelva el camión y él le devuelve el dinero y la camioneta. En ese sentido, el señor Cuenca Peñaloza, confiando en la palabra del señor Aguilar, y como ya habían hecho negocios anteriormente, decide devolverle el camión y le hace la entrega del camión a través de su hermano, el señor David Cuenca Peñaloza, y esto sucede en el cantón Atahualpa, provincia de El Oro; y efectivamente le entrega el camión al señor Gustavo Aguilar, pero con la condición de que se le devuelva un camión de similares condiciones para que se concrete el negocio, o en su defecto, le devuelva su camioneta y el dinero que había entregado como parte de pago. Sin embargo de esto, el señor Aguilar no cumple con dichas condiciones y no devuelve ni la camioneta ni el dinero, y se llevó el camión, motivo por el cual, el señor Juan Enrique Cuenca Peñaloza, con justa razón, acude ante las autoridades y hace las denuncias correspondientes.
- En la fundamentación del recurso de casación, señala que acusa por falta de aplicación del artículo 187, y la indebida aplicación del artículo 186 del COIP. El juez, de instancia, en base del principio iura novit curia, cambió el tipo penal al delito de estafa, y consideramos que ese es el error que comete el juez en su sentencia, y por lo tanto, existe yerro en la sentencia y causa un perjuicio al recurrente, al señor Gustavo

Aguilar.

- Acusa que el juzgador aplicó indebidamente la norma del artículo 186, inciso primero, el delito de estafa. Para el delito de estafa se necesitan ciertas calidades, ciertas cualidades, ciertos elementos que constituyen este tipo penal. En primer lugar, en el delito de estafa se debe establecer una conducta dañosa, una falsa calidad, el ardid, de tal manera que le produzca un error a la víctima y le cause perjuicio en su patrimonio. Con respecto a este primer punto, el señor Gustavo Aguilar nunca actuó con una falsa calidad, ni ocultó hechos verdaderos para hacerle cometer un error al señor Cuenca Peñaloza, por el contrario, como se ve en los hechos fácticos, el señor Cuenca Peñaloza fue quien le llamó al señor Gustavo Aguilar, y quien sabía que el señor Aguilar era vendedor de vehículos usados. En esas condiciones, la falsa calidad no cabría en los hechos fácticos que se han establecido con respecto al delito con el que se ha sancionado. Este tipo penal requiere que existan maniobras fraudulentas, esas maniobras fraudulentas deben producirse de manera preparada, de manera anterior a la comisión del delito, es decir, que también como otro elemento que la actitud dolosa, debe darse antes de la entrega de los bienes o del dinero, o de valores que sean de propiedad de la víctima. Como se ve en el caso que nos ocupa, el señor Gustavo Aguilar, lo que consideran que la actitud dolosa, o el acto doloso del señor Gustavo Aguilar se da después de la entrega del bien, no antes, como así lo exige el delito de estafa, porque el señor Gustavo Aguilar no le engañó, no le creó una idea falsa al señor Cuenca Peñaloza, para que le entregue el vehículo, porque él sabía que era comerciante de vehículos y que le iba a reponer un vehículo de la misma naturaleza, o en su defecto le devuelva la camioneta y el dinero. Entonces, la actitud dolosa, en el tipo penal de estafa, debe darse antes de la entrega de los bienes, y en el presente caso no es, o no corresponde, o no se encuadra a lo que establece el tipo penal de estafa, es decir, señores jueces, que más bien el juez de instancia, el juez ad quem, se equivoca de la siguiente manera. En su desarrollo de la sentencia, el juez explica de que aparte de no entregar el camión o devolverle el dinero al señor Cuenca Peñaloza, el señor Gustavo Aguilar hace uso de la camioneta que le fue entregada como parte de pago, y vende a otra persona, nunca le devuelve la camioneta y más bien la víctima tiene que, en este caso, hacer uso de su peculio para ubicar la camioneta, y al año y medio recupera su camioneta no en las condiciones que la entregó, sino en condiciones

deplorables, razón por la cual le causó un gran perjuicio, entonces el juez considera que este acto es dañoso, doloso y fraudulento, a más de que el señor Gustavo Aguilar le entregó un cheque de 600 dólares, que constituían los 300 dólares de abono, más los 300 dólares que invirtió el señor en el camión y le entrega un cheque de la cuenta de la señora Quezada, ex esposa del señor Aguilar, cheque que jamás se efectivizó porque estaba en cuenta cerrada y la señora Quesada dijo que esos cheques nunca le había dado al señor Aguilar para ningún pago, es decir, que el señor Aguilar utilizó los cheques de manera dolosa.

- Sostiene que el juez habría considerado las circunstancias que describe el hecho, posteriores a la entrega del camión y él considera que hay acto doloso, por lo tanto consideró que aquí debe haber el delito de estafa, y efectivamente, en base del principio *iura novit curia*, hace el cambio del tipo penal, por estas circunstancias que se dan y evidencian la actitud dolosa del señor Aguilar. Considera que el juez se equivoca por cuanto todos estos hechos maliciosos, dolosos que comete el señor Aguilar, considera que son después de que se entregó la cosa. Es decir, el señor Aguilar, toda esa actitud negativa, la ejecuta después de que recibió el camión, no antes, o no se utilizó esto para engañarle al señor Cuenca y hacerse entregar el camión, sino posteriormente, es decir que considera que el artículo 186 del COIP, no es la norma llamada a resolver este caso, por el contrario, considera que, en este caso, el juez debió aplicar el artículo 187, y que se equivocó el juez.
- De la misma manera, haciendo un análisis genérico del artículo 187 del COIP, y sus elementos que lo componen, exigen ciertos elementos para que se determine, y se encuadre en este tipo penal cualquier conducta, en este caso se requiere que se establezca un cierto grado de confianza que tenga la víctima a su victimario. En ese sentido, el grado de confianza existe porque el señor Gustavo Aguilar había hecho negocios con el señor Cuenca anteriormente y no había tenido ningún problema, otro elemento que se requiere para este delito de abuso de confianza, es que el señor Cuenca haya entregado el bien de manera voluntaria y así consta en los hechos de que el señor a través de su hermano le entregó el vehículo de manera voluntaria, así mismo, otro elemento es que existan ciertas condiciones por las que se hizo entregar el señor Aguilar el camión, y son las siguientes: Que el señor, como comerciante, debía entregarle otro camión, de las mismas características, que no tenga ningún problema

legal o que en su defecto le devuelva la camioneta y la parte del dinero, condiciones que el señor Aguilar nunca cumplió.

- Indica que se debe tomar en cuenta que el acto dañoso, se ejecuta después de que se entregó la cosa, antes no hubo ningún acto dañoso ni doloso de parte del señor Gustavo Aguilar. Todos los hechos negativos se dan después de que el señor recibió su camión, por eso, indica que la norma correcta y llamada a resolver este caso es el artículo 187 del COIP. Dice que existe falta de aplicación del artículo 187 por los argumentos esgrimidos en esta audiencia. La doctrina establece que la indebida aplicación y la falta de aplicación en materia penal están hermanadas, una puede ser consecuencia de la otra porque al aplicar indebidamente una norma jurídica, dejó de aplicar el juzgador la norma que debía hacerlo, que es la que ha explicado en esta audiencia. Para concluir, la incidencia y la importancia que ha tenido este error en la sentencia, es que el tipo penal que aplica el juzgador que es el 186, es más grave y la pena es más alta, y la pena básica es de 5 a 7 años, y le establece la pena de 5 años, no así la pena de abuso de confianza que va de 3 a 5 años, la pena es menor por dos años y tiene incidencia por cuanto son 730 días más que el señor Gustavo Aguilar injustamente tendría que cumplir en el centro de privación en el que se encuentra, si es que no se casa la sentencia.
- Solicita casar la sentencia por los argumentos esgrimidos en esta audiencia, y de ser necesario casar la sentencia de oficio.

3.2.- INTERVENCIÓN DEL DOCTOR WILSON ESPÍN ROSALES DELEGADO DE LA SEÑORA FISCAL GENERAL DEL ESTADO:

- Indica que el recurrente habría alegado que el ad quem aplicó el principio de iura novit curia, se ha sentenciado por un delito de estafa y no de abuso de confianza, cambiando la calificación jurídica y afectando los derechos del recurrente. Dice que se ha violado el artículo 4.13 de la LOGJCC, así como el 426 de la CRE. Se alega que hay indebida aplicación del artículo 186, y una falta de aplicación del artículo 187, luego se da los argumentos por los que considera el recurrente que se debió aplicar un abuso de confianza y no un delito de estafa, porque considera que no ha habido el elemento del engaño, que no ha habido error, que no ha habido conducta dañosa para un delito de estafa, que no se actuó con falsa calidad, ni se ocultó hechos verdaderos,

ni maniobras fraudulentas, en definitiva, que no han existido los elementos del delito de estafa, sino los elementos del delito de abuso de confianza.

- Considera que el recurso de casación es técnico, extraordinario y limitado a errores de derecho, pero errores de derecho de la sentencia recurrida que es la sentencia de segunda instancia.
- Indica que la defensa alega en primer lugar que ha sido el ad quem el que aplicó un principio de iura novit curia y ha cambiado la calificación jurídica. Esto no es así por el simple hecho de que este cambio de calificación jurídica se da en primera instancia, y el primer error del recurrente es alegar que el ad quem es el que cambia la calificación jurídica, cuando lo que hizo es simplemente resolver sobre esta pretensión que es exactamente la misma que se realizó en la audiencia de apelación, por lo tanto no se cumple el principio de no debate de instancia de la casación, por cuanto el recurrente ha confundido el ámbito de este recurso y ha tenido como una nueva instancia para intentar los mismos argumentos que ya fueron admitidos como cargos de apelación, tanto en lo que corresponde a un cambio de calificación jurídica, cuanto corresponde a una indebida aplicación del artículo 186 y que correspondía aplicar el artículo 187. Si bien se usa de manera técnica los términos porque dice que hay indebida aplicación del artículo 186, que hay una falta de aplicación del artículo 187, cuando conocemos que de acuerdo a los criterios de la Corte Nacional, la falta de aplicación, más bien implica una contravención expresa, más no una indebida aplicación. Lo que debía hacer el recurrente es alegar la indebida aplicación del 186 y completar su proposición jurídica, pero no ha usado correctamente los términos.
- Manifiesta que se ha irrespetado de manera directa el principio de no debate de instancia, porque este cargo fue alegado en la audiencia de apelación, y fue debidamente resuelto por el ad quem. Si se observa el considerando octavo de la sentencia, específicamente en el 8.16, se resuelven los dos problemas jurídicos que ha planteado el recurrente, el primero sobre el cambio de calificación jurídica y el segundo sobre que no ha existido los elementos del engaño. En primer lugar, en el punto 2 del punto 8.16, precisamente trata sobre la modificación del tipo penal, que no afecta ni restringe el derecho a la defensa como erróneamente alega la defensa del justiciado. En esta línea la doctrina sostiene, siempre que se mantenga la identidad fáctica, es decir se observe el principio de congruencia, el tribunal puede modificar el

encuadre jurídico penal del hecho recogido en la acusación. Como se observa el contenido de la denuncia, es el génesis de la instrucción fiscal, dictamen acusatorio y teoría del caso presentado en el juicio, habiéndose mantenido la identidad fáctica de los hechos denunciados, mismos que no han sido cambiados, por el contrario se mantiene en todas las etapas procesales. A continuación el tribunal hace un análisis que el procesado tuvo la oportunidad de contradecir estos hechos, de hacer su principio de examen y contra examen de los testigos y que por tanto no se violentó el derecho a la defensa y tampoco el principio de congruencia basados en la famosa sentencia de CIDH del caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, misma que dice que es procedente el cambio de calificación jurídica siempre y cuando los hechos se mantengan incólumes, es decir no sean justificados por parte del juzgador, por lo cual se concluye que no es procedente por parte del juzgador por cuanto se ha respetado el derecho a la defensa y el principio de congruencia.

- Insiste en que la alegación de un indebido cambio de calificación jurídica, fue resuelto, fue analizado y no procede de ninguna forma un nuevo debate de instancia como erróneamente señala el recurrente entorno ahora sobre la alegación de que existen elementos para un abuso de confianza y no existen elementos para un delito de estafa.
- Sostiene que el recurso de casación es un recurso limitado a errores de derecho; no puede pretender el recurrente que se revaloricen los hechos y la prueba, el escenario fáctico y el quantum fáctico del caso, es absolutamente inmodificable en sede de casación porque así lo prescribe el artículo 656 inciso final del COIP, entonces pretende el recurrente que se cambien estos hechos y se den por probados los del delito de abuso de confianza, y que no se den por probados los elementos del engaño del delito de estafa, por lo tanto hay una clara y directa pretensión revalorativa de prueba por parte del recurrente, lo cual es absolutamente objetable en sede de casación. Adicional a que no se cumple con el artículo 656 inciso final, nuevamente hay una violación al principio de no debate de instancia. esas alegaciones fueron resueltas en el considerando 8.16.2 sobre la indebida valoración de la prueba que analiza y que específicamente, al contrario de lo que dice el recurrente, se da por probado el engaño cuando el procesado recurrente se hace entregar una camioneta y no devuelve esa camioneta, sino que la vende a un tercero, y adicional dice la Sala,

consta también como parte del engaño la entrega de un cheque de cuenta corriente cerrada de la ex cónyuge del justiciable, como devolución de los valores que la víctima entregó en efectivo al momento de la apertura y por concepto de gastos; hechos con los cuales, indudablemente, como sostiene el tribunal a quo, configura el fraude, el engaño y la simulación de hechos falsos. Es decir, esto es un hecho probado, absolutamente inmutable, y que no puede ser revisado en sede de casación.

- Solicita que al no existir un cumplimiento adecuado de los principios de debida fundamentación de la casación, de autonomía, de taxatividad y de relevancia con respecto a un error de derecho, el recurso sea rechazado en todas sus partes, y que la sentencia de segunda instancia sea confirmada.

3.3.- INTERVENCIÓN DEL DOCTOR ALEX FABIÁN CAMPOVERDE CAMPOVERDE, EN REPRESENTACIÓN DE JUAN ENRIQUE CUENCA PEÑALOZA, ACUSACIÓN PARTICULAR:

- Indica que el recurso de casación, es un recurso extraordinario, y las alegaciones o fundamentos fácticos y legales en los que basa este recurso el recurrente, ya fueron tratados en la audiencia de apelación, por tanto existe la violación al debido proceso ni a la congruencia.
- Señala que el tribunal tiene la facultad de ver si se completan los requisitos para que se dé el tipo penal, ellos pueden, si hay igualdad de personas, de hechos, cambiar el tipo penal, que ellos crean que se ha vulnerado. Entonces, es inoficioso este recurso por parte del recurrente. De hecho, se ha aprobado dentro de la carpeta fiscal, que existe el tipo penal, que se dio los nexos causales para que se dé una estafa, por cuanto él se hace entregar una camioneta, luego, simula que el camión ha estado como robado, pero nunca probaron en el expediente fiscal que existió tal denuncia, que estaba con gravamen; posteriormente se hace devolver el camión que le había entregado en contraparte del negocio, y dolosamente hace uso de un documento que es de otra persona, y aquí ya va haciendo que se configure el delito, el tipo penal, más aun cuando el acusador particular, dentro del proceso, o de la carpeta fiscal ha demostrado que existió siempre la intención dolosa de causar perjuicio en el patrimonio.

- Manifiesta que existe en la fiscalía de Rocafuerte, una indagación previa por el delito de falsificación, por cuanto en el modus operandi del recurrente, hace unos negocios fraudulentos en la notaría Rocafuerte, y es así que también se pudo comprobar por parte de la acusadora particular, que en fiscalía el señor recurrente tenía más de 15 indagaciones previas por abuso de confianza y por estafa.
- Respecto al recurso señala que no se ha violado el debido proceso ni la concurrencia de normativa, por cuanto no ha existido violación de derecho, entonces solicitamos que una vez que han sido escuchadas las partes, nieguen el recurso de casación, y se mantenga la sentencia de segunda instancia.

3.4.- RÉPLICA POR PARTE DEL DOCTOR EDWIN AQUILES ALTAMIRANO DEFENSA TÉCNICA DEL SEÑOR GUSTAVO ALBERTO AGUILAR CHUQUIMARCA PROCESADO:

- Indica que este recurso es técnico, y que ha demostrado que el juez ad quem, se equivoca, y justamente está en el numeral 8.16, donde el tribunal ad quem acepta todo lo que ha dispuesto el tribunal penal de primera instancia.
- Manifiesta que ha llegado a determinar que el error del juez es donde hace su falsa subsunción de los hechos al derecho, e interpreta mal las circunstancias y encuadra equivocadamente en la norma del artículo 186 del COIP; mas sin embargo hemos dejado claro que lo que si encuadra los hechos de parte de la conducta del señor Aguilar es en el artículo 187, básicamente, porque habría que determinar la actitud dolosa en qué momento se da, antes de que entregue el camión, o después de que entregó el camión. Ahí está la circunstancia, ahí está el error de subsunción del juez y por es de manera equivocada emite su sentencia basado en esa norma que la considera que fue indebidamente aplicada.

CUARTO

ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

4.1.- Trámite

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del COIP, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde emplear las normas vigentes al tiempo de inicio del

proceso; por consiguiente, las normas aplicables son las contenidas en el referido COIP.

4.2.- Validez procesal

El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 656 y siguientes COIP, en observancia de lo contemplado en el artículo 76.3 de la CRE, por lo que se declara su validez.

4.3.- Reflexiones acerca del recurso de casación

La naturaleza del recurso de casación está íntimamente ligada con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 CRE²; es por ello, que en efecto, las personas tienen el derecho a reclamar el debido respeto y aplicación de la normativa vigente, al momento en que se presenta, en la realidad, cierta situación jurídicamente relevante que puede afectar a sus intereses y derechos. Dentro del proceso judicial, cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, que tenga como catalizador la actuación del juzgador al emitir su resolución, encuentra solución mediante el recurso de casación, el cual tiene como finalidad fundamental la corrección de errores de derecho.

De lo advertido deviene, que la casación es un medio de impugnación extraordinario, contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado; es por ello, que a la casación se la considera una sede extraordinaria de control de legalidad, y por ende, de corrección de errores trascendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso.³

² La Corte Constitucional del Ecuador, en torno a la seguridad jurídica ha señalado ^{2/4} [que] *se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela*^{1/4} [Sentencia Nro. 006-09-SEP-CC. de 19 de mayo de 2009].

³ Samuel Ramírez Poveda en su obra ³*Los Errores de Hecho en Sede de Casación Penal*³ (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., 2002, p. 19) señala: ³*La actual casación penal ha de concebirse como un recurso extraordinario, mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico limitado de derecho, sobre los procesos de los cuales han surgido sentencias que no han adquirido el carácter de firmeza, con el propósito de hacer efectivo el derecho sustantivo y las garantías debidas a quienes intervienen en el proceso penal, unificar la jurisprudencia nacional como criterio auxiliar del derecho (1/4) y reparar agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado a los intervinientes. Se trata entonces coetáneamente, de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad. [-sic-] En sentido lato, se trata de un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva.*²

El recurso de casación, como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades específicas determinadas en la ley (violación de la ley, ya por: **i**) contravención expresa de su texto; **ii**) indebida aplicación; y/o, **iii**) errónea interpretación); circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo impugnado.

En cuanto a las ^a causales^o para que opere este recurso extraordinario, aquellas han sido descritas por este órgano jurisdiccional, de la siguiente forma:

- (1/4) **a**) Error de omisión, que es al que se refiere el mentado artículo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente;
- b**) Error de pertinencia, referido por el artículo 349 ejusdem, como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia fáctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta; y, **c**) Error de interpretación, en el que el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, en definitiva, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada. (1/4) ⁴

4.4.- Examen de Casación

En lo principal, en el recurso de casación propuesto por el procesado se ha alegado la indebida aplicación del artículo 186 inciso primero del COIP (delito de estafa), cuando correspondía aplicarse el artículo 187 ibídem (delito de abuso de confianza), porque en lo principal, no se cumplen con los elementos típicos del delito de estafa sino del delito de abuso de confianza; se alega que en la presente causa no hubo engaño, se inició un negocio en virtud de la confianza que tenía la víctima con el

4 CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Resolución Nro. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el Nro. 508-2013.

El tema medular de la casación es la violación de la ley ya sea por: i) contravención expresa de su texto; lo cual implica la comparación de la narración con el supuesto fáctico. Hay que señalar que cuando se alega esta causal, lo que el recurrente indica es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador; es por ello, que en este sentido, se debe hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el juzgador y el supuesto fáctico de la norma, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error; ii) indebida aplicación (error de pertinencia); la indebida aplicación es el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo. Al igual que el error anterior, se debe hacer una contraposición de estos dos elementos, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado; y, iii) errónea interpretación (error de interpretación propiamente dicho); que implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; este yerro a diferencia de los anteriores, no se provoca en la adecuación de la narración fáctica que hace el juzgador con el supuesto de hecho de la norma; cuando el recurrente alega esta causal, se acepta que la norma utilizada por el juez es la correcta, empero, se impugna la manera en la que éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.

procesado, el que no pudo concretarse y provocó que no se pueda devolver del dinero y vehículo entregados por la víctima, que ese es el perjuicio por el que se ha denunciado al procesado. Error que ha provocado que se condene por un delito más grave.

De la revisión de la sentencia de segunda instancia, así como de los antecedentes anotados en esta misma providencia, consta que no fue el Tribunal de segunda instancia quien aplica el principio *iura novit curia*, para enmendar el error en la calificación jurídica propuesta por la Fiscalía, y de conformidad con el principio de congruencia aplica la norma que corresponde a los hechos acusados y probados; fue el Tribunal de juicio quien realizó este ejercicio de corrección y subsunción.

De lo que se desprende también, que el mismo argumento ahora formulado en casación fue propuesto ante el Tribunal de Apelación; pretendiendo un segundo debate sobre el mismo punto de inconformidad en lugar de atacar razonadamente y articulando un cargo de casación, la respuesta dada por la Corte de Apelaciones a su reclamo, planteando las razones porqué considera errada esa respuesta; es decir, plantea su reclamo como una segunda oportunidad para que un Tribunal distinto le de la razón, y no articular un cargo en virtud del control de legalidad que es la naturaleza del recurso de casación. Al incurrir en un debate de instancia, no se cumple con la naturaleza técnica de este medio extraordinario de casación.

No solo que se ha pretendido un debate de instancia, sino que se ha argumentado el reclamo en virtud de enunciados falsos, cuando alegó que no se ha demostrado un engaño en el actuar del procesado.

En el numeral 8.16.2 de la sentencia de segunda instancia, se desprende los hechos que considera probados la Corte de Apelaciones y la valoración jurídica que da a cada uno de ellos; y en este sentido, fija como hecho probado que el procesado engañó a la víctima mediante dos elementos, la supuesta devolución del vehículo cuando ya lo había vendido, y la entrega de un cheque de una cuenta de la que tenía conocimiento que estaba cerrada y por tanto no pudo efectivizarse a favor de la víctima. Estos hechos, efectivamente al referir a circunstancias de las que el procesado conocía que eran ajenas a la verdad, es correcto que sean calificados como engaño.

Por lo tanto, al manifestar que no se habría demostrado la circunstancia de engaño, está alegando cuestiones de hecho que fueron expresamente analizadas y determinadas por los juzgadores de instancia, exigiendo que en casación la respuesta judicial se fundamente en cuestiones fácticas que no constan de la verdad procesal, induciendo a un ejercicio de revisión de hechos prohibido por el segundo inciso del artículo 656 COIP, que provoca la inadmisión de su reclamo.

En la sentencia de Corte Provincial, respecto a la calificación jurídica de los hechos considerados

probados, se encuentra un ejercicio de subsunción completo, razonado y comprensible, y en consecuencia suficiente, de porqué se aplica el tipo penal de estafa, bajo los siguientes términos:

Fija la premisa normativa, sobre la cual verifica la premisa fáctica a través del proceso de corroboración de hechos en virtud de la prueba actuada:

[1/4]

Del primer inciso del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, podemos extraer como composición del tipo penal los siguientes presupuestos:

- a) Beneficio patrimonial de una persona y perjuicio para la otra (detrimento patrimonial por la entrega de una cosa);
- b) Simulación de hechos falsos, deformación u ocultamiento de los hechos verdaderos (fraude);
- c) Error.-

[1/4]

Por consiguiente, la prueba practicada en la audiencia de juicio por parte de Fiscalía y la Acusación Particular, de conformidad con el artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal, debe demostrar el nexo causal entre la infracción y la persona procesada, basado en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca en presunciones, valoración que se realizara tomando en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales, en el contexto del artículo 457 ibídem conforme se ha sustentado en juicio.

Se procede a establecer el análisis de tipicidad, especificando cada uno de los elementos del tipo, y cómo se consideran demostrados:

[1/4] EN CUANTO A LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA TIPICIDAD.- Sobre los elementos constitutivos del tipo objetivo tenemos:

- a) Sujeto activo.- En el presente caso es el procesado AGUILAR CHUQUIMARCA GUSTAVO ALBERTO, personas naturales o sujetos activos, sin calificación alguna en razón del cargo, función o filiación.

b) Sujetos pasivos, o titulares del bien jurídico.- No es calificado y puede ser cualquier persona natural, como en este caso Fiscalía señala como presunta víctima al ciudadano JUAN ENRIQUE CUENCA PEÑALOZA

c) Objeto del tipo (materialidad de la infracción).- Esto es, la cosa sobre la que recayó el daño o los efectos del acto para el bien jurídico que se pretende proteger. Para los tratadistas Hans-Heirich Jescheck y Tomas Weigend, el ^a objeto material es aquel elemento del mundo exterior sobre el que o en relación al cual se realiza la acción delictiva. Dentro del mismo se engloba a las personas, las cosas y también a los objetos incorpóreos^o. Según el tratadista Núñez, R, señala que ^aa diferencia de los hurtos y robos, la estafa puede atacar cualesquiera de los derechos subjetivos que comprenden en el aspecto global entendido como ^a patrimonio^o; la propiedad, la posesión (usurpación), la tenencia, el uso, el usufructo, acciones cambiarias de títulos valores, los derechos crediticios, titularidad de pensiones, las obligaciones alimenticias, etc.^o, es por ello, que ha de diferenciarse el objeto material, sobre el cual recae la conducta prohibida, con el contenido del bien jurídico protegido; en el sentido de que si bien el derecho atacado, puede ser un elemento integrante del patrimonio, no es menos cierto que el desvalor del resultado ha de ceñirse a una contemplación del patrimonio como una ^a totalidad^o, esto significa que el ataque a un elemento específico del patrimonio será constitutivo de estafa en la medida en que de él derive una disminución del valor económico del patrimonio, pero no si se produce una compensación económica o un beneficio económico. Por consiguiente el objeto material sobre el que recae el delito lleva implícito un perjuicio patrimonial, en el presente caso, son valores, en el que Fiscalía a través de la prueba testimonial, pericial y documental aportada en la audiencia de juicio ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del justiciable, en lo fundamental y pertinente consta el testimonio de la víctima JUAN ENRIQUE CUENCA PEÑALOZA, quien en forma coherente y concordante relata los hechos facticos materia de acusación y manifiesta: ^a que ha tomado contacto con GUSTAVO AGUILAR CHUQUIMARCA y le pregunto que si tenía un camión y le había dicho que no pero que otro día le daba consiguiendo y en efecto luego él le escribe por Facebook que tenía un camión y que iba a ir a Paccha, para que vea el vehículo y hacer negocio, que GUSTAVO AGUILAR llegó acompañado con otro ciudadano a su casa y que revisaron el vehículo y que pidieron mucho precio por lo que no hicieron el negocio, luego el 3 de junio del 2016 por vía telefónica acuerda con Gustavo Aguilar el negocio con lo que a su vez debería entregar trescientos dólares más, que luego de haber negociado hicieron unos arreglos del vehículo por alrededor de trescientos dólares, que luego le llamo el señor Gustavo Aguilar diciéndole que le devolviera el camión que había sido robado, él se había negado a

devolver pero que él le había dicho que no había problema que ya iba a ver como se arregla; el 7 de junio del 2016 había llegado a su casa y que le decían que había sido robado y que lo devuelva eso le dijo a su esposa, que cuando llego a la casa le comentaron sobre el tema y que por eso el llamo a Gustavo Aguilar y que por eso él iba a solucionar devolviendo la camioneta o buscando otro camión, por no gastar dinero accedí a que vaya a ver el camión y que me devuelva el dinero, le pedí a mi hermano que fuera a Piñas a devolver el carro y que reciba los seiscientos dólares, mi hermano entrega el camión y él a su vez recibe un cheque que cuando este fue a cobrarlo estaba girado en cuenta cerrada a nombre de su esposa Yadira Quezada, el 25 de julio fui de nuevo a cobrar el cheque y no pude, fue ahí que lo llame y me dijo que me iba a depositar a mi cuenta, el 5 de septiembre le pidió a su hermano que fuera a depositar el cheque, luego que lo ha depositado este ha sido protestado por haber sido girado en cuenta cerrada; el vehículo camioneta lo había entregado en excelentes condiciones y luego le recupero desmantelado; que le falsificaron la firma para el traspaso del vehículo y que dicho traspaso está a nombre de JUSTO JARAMILLO que gracias a la fiscalía pudo recuperar el vehículo en Cariamanga; que ya había hecho algunos negocios con el ciudadano hoy procesado.

[1/4]

Del análisis y valoración de la prueba aportada en la audiencia de juicio en efecto se determina de manera irrefutable más allá de toda duda razonable que existió un beneficio patrimonial a favor del procesado GUSTAVO AGUILAR CHUQUIMARCA siendo un hecho real probado en juicio y corroborado incluso por la defensa del mismo procesado que el vehículo tipo camioneta, marca Chevrolet color blanco de placa OCL877 de propiedad de la víctima, fue entregado a cambio del camión, y que pese haberse devuelto el mismo al procesado éste nunca le devolvió la camioneta, por el contrario fue entregado a terceras personas, que luego de más de un año es recuperado en Cariamanga provincia de Loja, por lo tanto existe lucro conforme el análisis acertado que realiza el Tribunal A-, así como existió la simulación de hechos falsos puesto que para obtener la devolución del camión que inicialmente le había entregado a la víctima, manifestándoles ^aQUE EL CAMIÓN ERA ROBADO Y PARA EVITAR PROBLEMAS, MEJOR LO DEVUELVA PORQUE SI NO ELLOS LE IBAN A DECIR AL DUEÑO DONDE ESTABA EL CAMIÓN, Y EL DUEÑO PODRÍA VENIR CON LA POLICIA Y SE LO PODIA LLEVAR DETENIDO°; y para hacerle creer que le devolviera los seiscientos dólares que quedaron comprometidos, por montos de trescientos dólares del pago en efectivo y trescientos dólares por gasto de reparación del camión que hiciera la víctima, procede a entregarle un cheque de la cuenta

corriente de su ex cónyuge Yadira del Cisne Quezada Romero , la misma que se encontraba cerrada conforme consta de la prueba documental -Certificado que remite el Banco de Machala-, quien con anticipación tenía conocimiento que la cuenta de su ex cónyuge estaba cerrada conforme se corrobora con el testimonio que rinde en juicio la señora YADIRA DEL CISNE QUEZADA ROMERO, configurándose que EXISTIÓ EL ENGAÑO, FRAUDE, que se corrobora con el testimonio del señor JOFFRE DANILO BRAVO CAMPOVERDE quien sostiene QUE EL CAMIÓN NO TENÍA NINGÚN PROBLEMA DE DENUNCIA si no que únicamente obedecía a que no llegaron a negociar el camión con el dueño que era el señor Líder Paladines, hechos que en efecto se encuadran o subsumen en los elementos del tipo penal de ESTAFA establecido en el Inciso primero del Art. 186 del COIP, más no en el Art. 187 ibídem, verdad procesal que debe ser observada por los Juzgadores conforme acertadamente resolvió el Tribunal A-quo al existir la certeza de que en efecto el objeto material recae sobre la persona víctima que recibe la acción de fraude y engaño, con lo cual se prueba que existe el objeto material y jurídico de la infracción, habiéndose evidenciado el perjuicio patrimonial a la propiedad de la víctima, atentando contra el bien jurídico protegido en el Art. 66 numeral 26 de la Constitución de la República. Frente a la diversidad de los tipos penales que se puntualizan, los juzgadores al dictar sentencia, realiza un ejercicio mental de subsunción de la conducta atribuida al procesado y el tipo penal en el que ha incurrido, sustentándose en las pruebas aportadas por los sujetos procesales en la audiencia de juicio, conforme se ha demostrado en este caso concreto que determine la existencia de la infracción. Teniendo como hecho cierto, probado en juicio respecto a la categoría dogmática de la tipicidad.- Sobre los Elementos constitutivos del Tipo Objetivo, que concierne al Sujeto Activo, Sujeto pasivo o titular del bien jurídico y Objeto del Tipo, conforme el análisis y valoración dogmático penal que realiza el Tribunal A-quo, concibiendo a la infracción como un acto típico, antijurídico y culpable, elemento Objetivo propio del injusto penal que en efecto se ha cumplido.

[¼]

d) Conducta.- El verbo rector que determina la acción típicamente punible en la Estafa es ^adefraudar^o donde se utiliza el engaño para inducir a una persona en el error de hacer una disposición patrimonial en perjuicio propio y en el beneficio indebido de un tercero. Es decir, la estafa entraña una lesión patrimonial causada por el fraude.

En el caso subexamine la conducta prohibida constituida ésta por el verbo rector es 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, que induzca al error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera persona, verbo rector que ha sido probado en juicio con los testimonios aportados por Fiscalía y la acusación particular, evidencian que se ha producido una conducta delictuosa, la misma que se acopla al bien jurídico lesionado que es el patrimonio de la víctima en el presente caso, así, el presente caso se configura cuando la víctima realiza aparente un negocio jurídico lícito, permitido por la ley con el procesado AGUILAR CHUQUIMARCA GUSTAVO ALBERTO, sin embargo el accionar del justiciable en este acto de comercio no es el correcto, quien procede a vender un carro que no le pertenece como tampoco ha obrado como comisionista u otra modalidad de comercio, conforme se desprende del testimonio JOFFRE DANILO BRAVO amigo y compañero de negocios del procesado quien en audiencia de juicio sujeto al examen y contra examen de las partes sostiene ^a que no habían negociado con el propietario del camión^o, por lo tanto el cambio de vehículos, o permuta como se conoce en el mundo jurídico, conforme acertadamente así analiza el Tribunal A-quo no es lícito por cuanto fue un engaño del justiciable quien se presenta como vendedor frente a la víctima, configurándose el engaño cuando el procesado simulando hechos falsos, sostener que el ^a CAMIÓN ERA ROBADO Y PARA EVITAR PROBLEMAS, MEJOR LO DEVUELVA PORQUE SI NO ELLOS LE IBAN A DECIR AL DUEÑO DONDE ESTABA EL CAMIÓN, Y EL DUEÑO PODRÍA VENIR CON LA POLICIA Y SE LO PODIA LLEVAR DETENIDO^o; logrando con este engaño la devolución del camión placa RVY229 ofreciéndole devolver el dinero que había entregado en efectivo como parte de pago y el dinero que habría invertido en la reparación del camión, así como devolverle a su vez la camioneta permutada, hecho que no cumplió, por el contrario el procesado transfiere la propiedad de la camioneta Chevrolet Luv, de placas OCL877 a terceras personas, el mismo que después de más de un año es localizado y recuperado en posesión de otra persona en el cantón Cariamanga provincia de Loja, conforme se analizó precedentemente, consta también como parte del engaño la entrega de un cheque girado en cuenta corriente cerrada de la ex cónyuge del justiciable, como devolución de los valores que la víctima le entregó en efectivo al momento de la permuta y por concepto de gastos por la reparación del camino, entregando un cheque por el valor de \$600 dólares, cheque que al tratar de hacerse efectivo le dijeron que la cuenta estaba cerrada, cuenta bancaria que según el testimonio de Yadira Del Cisne Quezada Romero, ex esposa del procesado, era su cuenta y cheque, cuenta que se encontraba cerrado con anterioridad y que no sabe porque había entregado su ex esposo cuando sabía que la cuenta estaba cerrada, hechos con los cuales indudablemente como bien sostiene el Tribunal A-quo en la sentencia recurrida se configura el fraude el engaño y la simulación de hechos falsos en que incurre el procesado

para obtener un beneficio patrimonial, pues Juan Cuenca Peñaloza hoy víctima le devolvió el camión, esperando que el procesado le devuelva la camioneta o en su defecto el dinero del costo real de la camioneta, hecho que jamás sucedió, porque la camioneta ya la había vendido y nunca devolvió el dinero ofrecido, hechos que conllevan a los juzgadores de instancia como de apelación más allá de toda duda razonable a determinar el nexo de causalidad entre la materialidad de la infracción que determinan la responsabilidad penal del procesado por cuanto su conducta se subsume al tipo penal probado en juicio y descrito normativamente en el art 186 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, conforme acertadamente análisis y valora el Tribunal A-quo.

[¼]

Razonamientos claros con los que se verifica la existencia material del delito de Estafa. Incluso, pese a no ser parte del debate, el Tribunal de Apelación, realiza un análisis del elemento subjetivo del tipo penal, y de la antijuridicidad y culpabilidad, de manera que se han analizado íntegramente las categorías dogmáticas del delito, que en la presente causa justifican la imposición de la pena y la asignación de responsabilidad al procesado.

[¼]

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL SUBJETIVO.- Se requiere necesariamente dolo; el Artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal dice ^a Actúa con Dolo la persona que tiene el designio de causar daño^o, esto es, el agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar los elementos que dan lugar a la realización típica de dirigir su conducta de forma final a vulnerar el derecho garantizado que es ^a derecho a la propiedad^o. El dolo en su dimensión cognitiva, debe recorrer todos los factores y circunstancias que se encuentran abarcados en la tipicidad objetiva, en tal sentido, debe saber que está quebrantando el derecho a la propiedad; y, en tal sentido es objeto de protección jurídica, por lo tanto mantiene una intensión permanente y dolosa, que en el presente caso consta:

a) Conocimiento.- Que puede tener cualquier persona con sentido común actuando con total normalidad y tiene conocimiento de los elementos constitutivos del tipo objetivo, en relación al procesado, se encuentran probados, ya que el bien jurídico afectado es el ^a derecho a la propiedad^o; y, los actos realizados por el procesado se corresponden plenamente con su actuar, el procesado conoció lo que hizo, es decir que está prohibido atentar contra la propiedad de otra persona; conocía perfectamente la capacidad de engaño usada para el cometimiento del acto, transgrediendo de esta forma la Ley; y,

b) Voluntad.- En estos delitos de acción, el Estado se orienta a impedir que se produzcan daños a la propiedad y por ende a la víctima; debe existir la voluntad consiente del autor de tenerla en su poder, el procesado AGUILAR CHUQUIMARCA GUSTAVO ALBERTO, actuó con voluntad y conciencia para perjudicar a la víctima JUAN ENRIQUE CUENCA PEÑALOZA, para ello conocía que la víctima necesitaba un camión para su trabajo, pues contacto con el procesado para que lo buscara dicho automotor, y concretaron la negociación jurídica, sin saber por parte de la víctima que el procesado utilizaría fraude, engaño y simuló hecho falsos, por ello es que los actos realizados fueron encaminados a querer realizarlo y en toda acción ilícita debe tener la voluntad como requisito. En este caso el Estado lo que protege es el bien jurídico del patrimonio, lo que implica que en la prueba actuada ante el Tribunal de Garantías Penales es plenamente justificable que el actuar del procesado proviene de actos voluntarios, por el tipo de relatos de la víctima, esto se corroboró como ciertos a través de los acuerdos probatorios, testimonios y pericias; por lo que se considera que se encuentran probados los elementos del tipo penal subjetivo, esto es que se ha probado la categoría dogmática de la tipicidad en relación al procesado GUSTAVO ALBERTO AGUILAR CHIQUIMARCA; queda establecido y demostrado, que el actuar del procesado, proviene de actos voluntarios, por el tipo de acto que se probaron en la audiencia, pues el procesado tuvo en todo momento el dominio del hecho fáctico, conducta reprochable al no existir ninguna circunstancia que lo justifique, se encuentran probados los elementos del tipo penal subjetivo, esto es, la categoría dogmática de la tipicidad.

CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA ANTIJURIDICIDAD, YA SEA FORMAL O MATERIAL DEL ACTO TÍPICO ACUSADO.

Comprobados los elementos propios de la categoría dogmática de la tipicidad, se debe pasar a analizar la siguiente categoría dogmática respecto a la antijuridicidad, conforme establece Roxin ^aUna acción antijurídica es formalmente antijurídica, afirma, en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales^o (ver Derecho Penal, parte general, tomo II, teoría del Delito-I Edgar Alberto Donna); en cuanto a la antijuridicidad ya sea formal o material del acto típico acusado, el Art. 29 Código Orgánico Integral Penal, establece que para que la conducta sea penalmente relevante, sea antijurídica, deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido, se ha probado que el ciudadano GUSTAVO ALBERTO AGUILAR CHIQUIMARCA; no demostró encontrarse beneficiado por ninguna causal de justificación (desvalor de acción), así como tampoco ha desvirtuado la no

producción del resultado lesivo del bien jurídico protegido (desvalor de resultado), en este caso el derecho a la propiedad, Justificándose plenamente de los acontecimientos narrados en la Audiencia de Juzgamiento donde claramente se comprueba que el acto dañoso afectó el bien jurídico y que se desprenden indicios que han existido circunstancias que han agravado el injusto como se ha manifestado, que hace precisar la existencia de una alarma en la misma sociedad por el acontecimiento mismo, siendo así que el procesado a través del engaño y la inducción del error a la víctima ha hecho que le entregue la camioneta y dineros por su propia voluntad, habiéndose aprovechado de la ingenuidad y el anhelo que tenía la víctima de adquirir un camión, lo que hace presumir un evidente menoscabo el patrimonio de la víctima.

[¼]

CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA CULPABILIDAD (JUICIO DE REPROCHE AL PROCESADO).- En cuanto a la dogmática de la última categoría, la culpabilidad, como juicio de reproche, teniendo como elementos: la imputabilidad; la conciencia actual o potencial de la antijuridicidad; y, la exigibilidad de otra conducta; en el presente caso.

a) No se ha probado que el acto dañoso al bien jurídico protegido haya sido como resultado de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estado de plena inconsciencia a fin de que sea causa de exclusión de la conducta.

b) En cuanto al conocimiento antijurídico de su actuar, no probó estar beneficiado el procesado por alguna causal de exclusión de la antijuridicidad establecidas en el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal, esto es, por estado necesidad o legítima defensa, por lo que no tiene justificación alguna de su actuar o alguna eximente que justifique su acción. Siendo evidente entonces que le era exigible, otra conducta, pues no debía, lesionar el bien jurídico protegido la ^apropiedad o patrimonio^o en cualquiera de sus formas. El estado y la sociedad ha formulado un juicio de reproche, debido a que el procesado, perfectamente comprendía y entendía lo ilícito de su accionar, no padecía de ninguna enfermedad mental o anomalía psíquica, estuvo consciente que su acto era ilícito, reñido contra ley, por lo que se ha considerado que el delito de robo, es atribuible a la conducta del procesado GUSTAVO ALBERTO AGUILAR CHIQUIMARCA.

SOBRE LA PARTICIPACIÓN: [¼] El artículo 42 del Código Orgánico Integral penal sobre la participación expresa:

^a Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes

modalidades: 1) Autoría directa: a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata. b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo (1/4).°.

El grado de participación del procesado GUSTAVO ALBERTO AGUILAR CHIQUIMARCA, se establece como autoría directa, como lo prescribe el artículo 42, numeral 1, literal a), del Código Orgánico Integral Penal, la autoría fue directa por cuanto es el procesado quien ejecutó el acto de estafa. Al respecto el Doctor Manuel Arrieta Gallegos define a los autores directos o inmediatos así: "son todos aquellos que en forma directa realizan el hecho delictivo, sea ya con su acción o con su omisión". Según Claux Roxin, ^aLa autoría directa o dominio de la Acción.- es autor directo sólo quien tiene el dominio de la acción típica, cabe argumentar que la autoría directa es siempre unipersonal y material, dado que el sujeto que tiene el dominio del hecho en virtud del dominio de la acción, será evaluado como autor principal que (de propia mano), materializó el hecho antijurídico, con los medios comisivos que al efecto fueran suficientes°. Como ocurre en el presente en los actos realizados por el justiciable recurrente.

En conclusión, leída que ha sido la sentencia de la Corte de Apelaciones, se encuentra que la misma ha explicado de manera suficiente las razones por las que considera probados los hechos y el proceso de calificación jurídica sobre los mismos. Proceso de subsunción que es correcto en función de los hechos que se han considerado probados.

Se encuentra también que se ha dado respuesta a todos los argumentos relevantes de los sujetos procesales y que no existe error en la aplicación de las normas empleadas para la respuesta jurídica, por lo que la sentencia se encuentra motivada y no existe razón para proceder con la casación de oficio.

QUINTO

5.- RESOLUCIÓN

Sobre la base de lo queda expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, ^aADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA°, al tenor del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, resuelve por unanimidad:

5.1.- Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el señor Gustavo Alberto Aguilar

Chuquimarca; al no haber justificado, conforme a derecho, sus argumentaciones y sin que pueda evidenciarse algún error de derecho que deba ser corregido de acuerdo a la facultad oficiosa que tiene este Tribunal.

5.2.- Una vez ejecutoriado el fallo de casación, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen.

Notifíquese y Cúmplase.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE DEL SEÑOR JUEZ NACIONAL WALTER SAMNO MACIAS FERNÁNDEZ

VISTOS. - Si bien el Código Orgánico de la Función Judicial, prevé únicamente normas relativas a la mayoría requerida para una resolución o decisión (Art. 203) y la posibilidad de emitir voto salvado (Art. 204); no obstante, entiendo que, esta regulación no puede entenderse con perspectiva restrictiva, en el sentido de que prohíben al juez, que está de acuerdo con el sentido del fallo, dejar constancia que la decisión debió considerar una argumentación diferente.

En el presente caso, encontrándome de acuerdo con la decisión de declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado, estimo necesario hacer algunas reflexiones.

En la fundamentación el recurrente, alegó un cargo de mérito por indebida aplicación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, a su vez señala ^a falta de aplicación^o del artículo 187 del mismo cuerpo legal. En esencia el recurrente alega que los hechos probados no satisfacen los elementos del delito de estafa.

Estimo pertinente manifestar que la motivación de la decisión, debió orientarse a dar contestación al recurrente en relación a la modalidad de error por él invocada, para ello es sustancial analizar si los hechos probados satisfacen la tipicidad del delito por el cual fue condenado.

La fundamentación del recurrente no respeta los hechos probados, pues de manera interesada prescinde de algunos de ellos y pretende que estos no sean considerados. Esto es claro cuando sostiene que ^a los hechos maliciosos, dolosos que comete el señor Aguilar, considera que son después de que se entregó la cosa^o. Si el recurrente pretende que no se considere hechos

probados su fundamento implícitamente pretende una alteración del relato factico y revisión de los hechos, ello rebasa los límites del recurso de casación y determina la improcedencia de su recurso.

Sin perjuicio de lo manifestado, debemos precisar que los hechos probados determinan que el procesado simuló un negocio por el cual la víctima intercambiaba una camioneta de su propiedad por un camión que estaba en poder del procesado. Que posteriormente el procesado simuló que el camión era robado para lograr que la víctima devuelva el objeto. Que para la devolución del camión el procesado habría ofrecido a la víctima devolverle la camioneta y el dinero que entregó como parte de pago, así como los valores que había invertido en la reparación del camión. Consta también acreditado que para obtener la devolución del camión el procesado entregó a la víctima un cheque de una cuenta cerrada. Los hechos simulados por el procesado determinaron que la víctima por error entregue dinero y la camioneta de su propiedad, actos que perjudicaron su patrimonio.

Los hechos permiten con suma facilidad descartar la indebida aplicación de la norma, pues sobre la base de ellos se puede señalar que se satisface la tipicidad del delito de estafa y se verifican todos sus elementos. Ello también determina la improcedencia del recurso.

Finalmente, considero innecesario realizar un análisis de las categorías dogmáticas del delito, toda vez que esto no ha sido objeto del recurso.

Así, aunque estoy de acuerdo con la decisión, no comparto la totalidad de la argumentación; y, en estos términos concurro con mi voto.

RIVERA VELASCO LUIS ANTONIO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DE LA CADENA CORREA LAURO JAVIER
CONJUEZ NACIONAL

MACIAS FERNANDEZ WALTER SAMNO
JUEZ NACIONAL