



Juicio No. 17721-2009-0167B

JUEZ PONENTE: LEON RODRIGUEZ IVAN XAVIER, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

AUTOR/A: LEON RODRIGUEZ IVAN XAVIER

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, miércoles 14 de octubre del 2020, las 11h03.

VISTOS: El ciudadano JAMIL MAHUAD WITT, ex Presidente Constitucional de la República del Ecuador (sindicado), con fundamento en los artículos 373 y 384 del Código de Procedimiento Penal (CPP-83)¹, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (Tribunal de Apelación) de fecha 17 de mayo de 2017, las 09h59; la cual, acepta parcialmente su recurso de apelación y reforma el fallo subido en grado en lo correspondiente al *quantum* de la pena, imponiéndole 8 años de reclusión mayor ordinaria por el delito de peculado tipificado y sancionado en el artículo 2567, inciso 1^o del Código Penal vigente a la época de los hechos (CP-83).

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

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Hechos

Los hechos que dieron inicio a esta causa, según lo que consta fijado en la sentencia de segundo nivel (Tribunal de Apelación) ahora impugnada, son los siguientes:

^a (1/4) 19.2.- Del auto de reapertura del sumario dictado por el doctor Jaime Velasco Dávila ex presidente de la Corte Suprema de Justicia se desprende como:

©(1/4) antecedente la documentación presentada por los señores: doctor Víctor Granda

¹ Para el proceso en ciernes se aplica el Código de Procedimiento Penal de 1983, Ley 134, publicada en el R. O. No. 511 de 19 de junio de 1983, en donde el recurso de casación se encontraba normado en el Libro IV, De las Etapas del Proceso Penal; Título IV De la Etapa de Impugnación; Capítulo Único De los Recursos; Sección Cuarta; artículos 373-384.

Aguilar, economista Jorge Rodríguez Torres (fs. 1 a 6907) y doctor Alfredo Alvear Enrique Director Ejecutivo de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (fs.6916 a 12536): el informe del señor Mauricio Pareja Canelos, Gerente General del Banco Central, remitido mediante oficio No. SE-3504-2006 06 03 625 de agosto 16 de 2006, al cual adjunta el reporte de bonor de propiedad de esa institución (fs. 240 a 282), emitidos al amparo de la Ley 98-17 sobre operaciones del report[e] realizadas por las instituciones financieras bajo control de la Agencia de Garantía de Depósitos y que no fueron honradas por dichas entidades al vencimiento de las mismas; la inversión de bonos de Gobierno y Bonos de la CFN (fs. 327 a 351); garantías e inversiones de la CFN (fs. 312 a 356); el crédito del Banco Central al banco Tungurahua (fs. 597 a 622); el Fideicomiso de Crédito del Banco Central a Bancomex (fs. 644 a 657); de la Reestructuración de créditos y la disposición indebida de fondos de la CFN (fs. 668 a 665); el informe de la AGD, en el que se indica el costo fiscal de la crisis financiera (fs. 6916 a 7027); el resumen de los estados financieros de los bancos (fs. 12354 a 12496); las contestaciones a esta Presidencia por la doctora Mónica Villagómez de Anderson, Presidenta Ejecutiva de la Bolsa de Valores de Quito (fs. 12579 a 12751); por el señor Mauricio Pareja Canelos, Gerente General del Banco Central del Ecuador (fs. 12756 a 12769); y, por el doctor Fabián Navarro Dávila, Procurador Judicial, Delegado del señor Superintendente de Bancos y Seguros (fs. 12771 a 12798), se desprende que el costo fiscal para afrontar la crisis financiera 1998-2005 fue de US \$ 8003 millones de dólares; que hasta el 31 de diciembre de 2005 el Estado redujo la deuda US \$ 1488 millones de dólares; por lo que el saldo es de US \$ 6515 millones de dólares; de lo cual se deduce que existen presunciones grave de responsabilidad en el uso de fondos públicos autorizados por el gobierno, autoridades económicas y de control, como consecuencia inmediata y posterior en la aplicación de los decretos ejecutivos dictado por el doctor Jamil Mahuad Witt, Presidente Constitucional de la República, de ese entonces:

a) Decreto ejecutivo No. 681 de 19 de marzo de 1999, mediante el cual declara el estado de emergencia nacional y se dispone la movilización de los servicios públicos en términos del artículo 55 de la Ley de Seguridad Nacional; b) Decreto Ejecutivo No. 685 de 11 de marzo de 1999, en el que se declara el estado de movilización a las instituciones financieras, nacionales, públicas y privadas sus entidades off shore (¼) Además, se dispuso que en virtud del estado de movilización quedan sujetos al régimen previsto en la Ley de Seguridad Nacional, así como el congelamiento de los depósitos. c) Decreto Ejecutivo No. 685 de 11 de marzo de 1999 en el cual encarga la señora Ministra de Finanzas y Crédito Público la ejecución de este Decreto (¼) Por consiguiente, el Estado y los depositantes asumieron los resultados de la quiebra y crisis de las Instituciones Financieras del país, en

congelamiento de los fondos privados además con el diferencial cambiario por el efecto de la dolarización dispuesta por el Presidente Mahuad, posiblemente se perjudicó no solo a los ciudadanos que depositaron su dinero en las diferentes casas bancarias del país sino también al Estado (1/4) de la documentación presentada también se desprende que hasta la presente fecha no se ha llegado devolver los depósitos bancarios su totalidad y que parte los mismos fueron devueltos en dinero en efectivo y la otra en certificados de depósitos reprogramados, que en el mercado bursátil fueron vendidos con grandes descuentos, (1/4)© (Sic). (1/4)° 2

1.2.- Actuaciones procesales relevantes

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación presentado por el encartado JAMIL MAHUAD WITT, le anteceden los siguientes actos procesales que denotan su validez:

- i. Sentencia de primer nivel dictada la doctora Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional, de fecha 29 de mayo de 2014, las 12h00, mediante la cual se declara a JAMIL MAHUAD WITT (ex Presidente Constitucional de la República del Ecuador), autor y responsable del delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257, inciso 1º CP-83; imponiéndole la pena de 12 años de reclusión mayor ordinaria.
- ii. Inconforme con este fallo, el encartado interpone recursos de nulidad y apelación, los cuales son resueltos por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (Tribunal de Apelación integrado por las doctoras Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional Ponente, Gladys Terán Sierra y Sylvia Sánchez Insuasti, Juezas Nacionales), que con fecha 17 de mayo de 2017, las 09h59, dicta sentencia en la que dispone: *“1/4 aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el ex Presidente de la República del Ecuador, Jorge Jamil Mahuad Witt, en la parte correspondiente al quantum de la pena impuesta en la sentencia de 29 de mayo del 2014, las 12h00, esto es de doce años de reclusión mayor ordinaria, a ocho años de reclusión mayor ordinaria, al haber adecuado su conducta a los presupuestos jurídicos del artículo 257, inciso primero del Código*

2 Ver sentencia del Tribunal de Apelación que obra de fs. 182 a 280. (cita a fs. 237 vta.)

Penal, edición 1983; en relación al artículo 42 del mismo Código, en lo demás se estará a lo dispuesto en el fallo objeto del presente recurso de apelación. (1/4)°
[negrillas propias del texto]

- iii. De este fallo una vez que con fecha 5 de junio de 2017, las 16h09, se negaran los pedidos de ampliación y aclaración-, el encartado persistiendo en su afán impugnatorio presenta recurso de casación acorde con el trámite previsto en el CPP-83.
- iv. Mediante autos de fechas 16 y 23 de junio de 2017 (las 09h43 y 12h12, respectivamente) dictados por el Tribunal de Apelación, se dispone remitir a la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia Corte Nacional de Justicia, el recursos de casación interpuesto por JAMI MAHUAD WITT, para el respectivo sorteo.
- v. Mediante sorteo de 14 de julio de 2017, las 14h30, ante la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia; se conformó el Tribunal de Casación para conocer la presente causa; tribunal que de manera primigenia quedó integrado por los doctores: Miguel Jurado Fabara (Ponente), Luis Enríquez Villacres y Marco Maldonado Castro.
- vi. Con fecha 14 de agosto de 2017, las 09h24, el Tribunal de Casación avoca conocimiento y notifica la recepción del proceso, para los efectos del artículo 376 CPP-83.
- vii. Mediante memorial de fecha 24 de agosto de 2017, el recurrente pide plazo para fundamentar su recurso (art. 376 CPP-83).
- viii. En auto de fecha 28 de agosto de 2017, las 08h29, el Juez Ponente dispone el plazo de 20 días para que se fundamente el recurso.
- ix. Mediante escritos de fechas 14 y 15 de septiembre de 2017, el recurrente fundamenta su medio de impugnación.
- x. En auto de fecha 19 de septiembre de 2017, las 11h35, el Juez Ponente dispone correr traslado con la fundamentación del recurso a FGE, por el plazo de 20 días (art. 379

CPP-83).

- xi. Mediante memorial de fecha 6 de octubre de 2017, FGE contesta el traslado y esgrime su contradicción a la fundamentación del recurso de casación.
- xii. En virtud de la Resolución No. 02-2018, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, referente a la renovación parcial de sus miembros; mediante sorteo de ley de fecha 13 de marzo de 2018, las 10h30, ante la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, se señala que la competencia para continuar el conocimiento de la causa le correspondió al Dr. Edgar Flores Mier, quedando el tribunal integrado por: los doctores: Miguel Jurado Fabara (Ponente), Luis Enríquez Villacres y Edgar Flores Mier.
- xiii. En autos de fecha 31 de julio y 8 de agosto de 2018 (las 09h10 y 14h10, respectivamente), el Juez Ponente dispone que la realización de la audiencia oral, pública de estrados se fijará en el momento oportuno, acorde con el cronograma de audiencias establecido por la Secretaría de la Sala.
- xiv. En auto de fecha 20 de septiembre de 2018, las 09h19, el Juez Ponente dispone que secretaría sienta razón en torno a: *“ 2.- ¼ que Tribunal es el llamado para seguir sustanciando y resolver la presente causa.- (¼)º*
- xv. Con fecha 24 de septiembre de 2018, la doctora Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora, sienta razón en cuanto a que *“ el Tribunal llamado a conocer y resolver la presente causa son los doctores Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente, Edgar Flores Mier; y, Luis Enríquez Villacrés, Jueces Nacionales.- Certifico. (¼)º*
- xvi. En auto de fecha 4 de enero de 2019, las 11h25, el Juez Ponente dispone que *“ ¼ se solicita informar a la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia el momento en que se señale día y hora para que se lleve a efecto la audiencia en estrados que ha sido solicitada en la presente causa, autoridad que será informada oportunamente respecto de la misma.º*
- xvii. En auto de fecha 20 de junio de 2019, las 14h36, el Juez Ponente dispone que *“ ¼ proveyendo lo solicitado por el doctor Jamil Mahuat (sic) Witt, de conformidad con el*

Art. 356 del Código de Procedimiento Penal, aplicable a la presente causa, señálase el día VIERNES 12 DE JULIO del presente año, a las 09h00, en la sala de audiencias del MEZANINE 1 del edificio de la Corte Nacional de Justicia, a fin de que su abogado defensor alegue verbalmente ante la Sala; ¼°

xviii. Mediante memoriales de fechas 21 y 26 de junio de 2019, la defensa técnica del procesado recurrente Jamil Mahuad Witt solicita: que se le corra traslado con un juicio de competencia referido por el Dr. Marco Maldonado, que se informe si ha sido resuelto, que deja anotada cierta nulidad; y, que de si a pesar de ello el Tribunal no endereza aquello, pide diferimiento de la audiencia de estrados.

xix. En auto de fecha 1 de julio de 2019, las 12h23, el Juez Ponente dispone que *“ ¼ Al no existir un juicio de conflicto de competencia tampoco es admisible conceder copias certificadas del mismo. [-sic-] En virtud de que los señores profesionales del derecho que patrocinan la defensa del doctor Jamil Mahuad Witt, han solicitado diferimiento de la Audiencia de Estrados señalada para el día viernes 12 de julio de 2019, a las 09h00, el estar debidamente fundamentada y con la finalidad de garantizar el derecho a la defensa en cumplimiento al principio de seguridad jurídica que implica precautelar a cada una de las partes una adecuada defensa técnica, en igualdad de condiciones y con respeto a las garantías del debido proceso, se acepta el diferimiento de la audiencia para una fecha próxima a definirse. (¼)°*

xx. Mediante resoluciones No. 188-2019 y 197-2019, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura; y; oficios Nos. 2278-SG-CNJ-ROG, 2279-SG-CNJ-ROG y 2366-SG.CNJ-ROG, de 19 de noviembre y 3 de diciembre de 2019, respectivamente, suscritos por la señora doctora Paulina Aguirre Suarez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se encarga a los señores doctores: David Jacho Chicaiza, Wilman Terán Carrillo e Iván León Rodríguez los despachos de los ex jueces nacionales Edgar Flores Mier, Luis Enríquez Villacres y Miguel Jurado Fabara.

xxi. Mediante auto de 9 de junio de 2020, las 12h24, el Tribunal Casacional conformado por los doctores Iván León Rodríguez, David Jacho Chicaiza y Wilman Terán Carrillo, avocamos conocimiento y convocamos a los sujetos procesales a la audiencia

prevista en los artículos 380 y 381 CPP-83, para el día 15 de junio de 2020

xxii. Audiencia evacuada el 15 de junio de 2020, las 08h00, en la que intervinieron: el doctor Mario Prado como defensa técnica del encartado JAMIL MAHUAD WITT; y, la doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada de la señora Fiscal General del Estado.

1.3.- Argumentos y fundamentación del recurso de casación

Cabe indicar que el artículo 377 CPP-83, señala: *“El recurso se fundamentará por escrito y deberá contener la exposición precisa de los hechos que, según la sentencia, son constitutivos del delito, así como la cita de la Ley violada y los fundamentos jurídicos en que se basa el recurso.”*

Conforme quedó indicado en el sub punto *supra* (numeral ix) el casacionista JAMIL MAHUAD WITT, mediante escritos de 14 y 15 de septiembre de 2017, dentro del plazo previsto en el artículo 376 del CPP-83, presentan la fundamentación de su recurso.

En su memorial (el cual obra de fs. 12 a 51 del cuaderno de casación) el recurrente plantea seis reproches casacionales a saber:

i) “LA SENTENCIA CONTRAVIENE LOS ARTS. 75 Y 76 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”

Para tal alegación, luego de citar a los artículos 75 y 76 CRE e indicar que *“estos elementales derechos me han sido negados a lo largo de los diecisiete años que ha demorado este proceso penal”*, señala en lo medular:

- Que han transcurrido más de 17 años desde que se dictó el auto cabeza sin que haya podido mantener contacto directo con los jueces que han tramitado el proceso ± se dice que desde el inicio de la acción se dictó en su contra una ilegal orden de prisión preventiva y que en este juicio no se han cumplido los principios de inmediación y celeridad-.

- Que ha recibido un trato desigual y discriminatorio, ya que desde el inicio se ha presumido su culpabilidad y no su inocencia; que el proceso ha sido utilizado políticamente en cuatro procesos electorales -se indica que se ha manipulado el ^aferiado bancario^o como tema central de campaña y que ninguna de las resoluciones judiciales dictadas se encuentra motivada en derecho-.

- Que la Sala de Apelación desechó su alegación de nulidad por violación de garantías del debido proceso sosteniendo que sí se han respetado tales garantías.

- Que la Sala de Apelación desconoce el alcance de las garantías del debido proceso, confundiendo el respeto de las mismas con aspectos meramente formales -se transcribe una sentencia de la Corte Constitucional y conceptos de varios autores en torno al debido proceso; se hace referencia al artículo 76 CRE, se señala que tales garantías no se encuentran satisfechas con su simple enunciación sino con su efectiva aplicación; nuevamente se cita una sentencia de la Corte Constitucional, en esta ocasión con relación a la tutela judicial-.

- Que la sentencia dictada por la Sala de Apelación vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva -se indica que se limita el ámbito de este derecho únicamente al aspecto formal de acceder a la administración de justicia, dejando de considerar que su verdadero alcance implica el derecho a recibir de las autoridades judiciales respuestas motivadas, oportunas y justas (art. 75 CRE; 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos)-.

- Que la mejor explicación de por qué se vulneró su derecho a la tutela judicial se encuentra en la difusión pública de los correos electrónicos que dan cuenta de la intervención de la Función Ejecutiva en la designación de los jueces de la Corte Nacional de Justicia ± se hace mención a que los Jueces Nacionales Vintimilla, Blum, Merino, Iñiguez, que conocieron su caso, pese a tener puntaje bajo fueron favorecidos

en razón de su afinidad con el gobierno de Correa; que estas personas no honraron la condición de jueces y lejos de administrar justicia se convirtieron en instrumentos de persecución política en su contra; que tal afirmación no es un recurso retórico y se puede revisar un correo electrónico de la Viceministra a la Ministra de Justicia-

- Que desde lo formal fue condenado por jueces dotados de jurisdicción, competencia, legalmente designados; pero, *“ desde un punto de vista material, fu[e] condenado por personas que accedieron a sus funciones, no por sus méritos, sino por su sumisión al régimen correísta, que llegaron a esta alta magistratura, no para administrar justicia, sino para cumplir obedientemente los dictados del poder; de esta forma, se configura la violación del derecho de defensa, pues en lo que a [su] caso atañe se incumplió con la garantía prevista en la letra k) del número 7 del Art. 76 de la Constitución de la República (1/4)º*

ii) *“LA SENTENCIA CONTRAVIENE LOS ARTS. 130, NUMERO 10 Y 212 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”*

Para ello se arguye:

- Que el artículo 130.10 de la de la Constitución Política de República del Ecuador (CPR-98), vigente a la época de los hechos, establecía que es atribución del Congreso Nacional autorizar, con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal del Presidente de la República -se dice que tal autorización es un presupuesto del proceso penal; que el enjuiciamiento en su contra sólo podía iniciarse si el Congreso Nacional lo autorizaba; que la sentencia impugnada estima que la opinión expuesta por el Pleno del Congreso Nacional según la cual *“Al no ser el doctor Mahuad Presidente en funciones, el Congreso Nacional de acuerdo a la Constitución, no puede tratar el tema, porque solamente le compete en tanto y en cuanto al*

Presidente y al Vicepresidente en funciones y no a los ex presidente o ex vicepresidente..." equivale a la autorización que exige la norma constitucional-.

- Que al Congreso Nacional le correspondía conceder o negar la autorización para su enjuiciamiento penal -se dice que, sin embargo, el pleno del Congreso Nacional ni concedió ni negó dicha autorización, simplemente se limitó a emitir una opinión que no implicó el ejercicio de la facultad prevista en el art. 284 CPR-98; que de aquello se desprende que el proceso instaurado en su contra inobservó de manera flagrante el requisito de procedibilidad previsto en el art. 130.10 CPR-98, norma que ha sido contravenida en la sentencia-.

- Que también se contraviene el artículo 212 CPR-98, el cual establecía de manera expresa el requisito de procedibilidad que consistente en que antes de iniciar un juicio penal por el delito de peculado, debe preexistir el informe de la Contraloría General del Estado -se señala que la sentencia niega sin ningún fundamento la existencia de tal presupuesto, confundiendo la aplicación de esta norma con el alcance y contenido de la Resolución del Pleno de la Corte Nacional publicada en el R.O. No. 154 de 19 de marzo de 2010; se hace referencia a la evolución de dicha norma tanto en la CPR-98 como en la CRE-08-.

- Que, luego de transcribir los artículos 212 tanto de la CPR-98 como de la CRE-08, se desprende que entre ellas existe una diferencia sustancial y material -se indica que sólo con la CRE-08 se eliminó el requisito de procedibilidad previsto en la CPR-98 al prescribir que la CGE ejerce la facultad de establecer indicios de responsabilidad penal, sin perjuicio de las funciones de la FGE; que con la CRE-08 el ejercicio de la acción penal en contra de los funcionarios públicos puede provenir o de la CGE o de la FGE, mientras que con la CPR-98 aquello sólo podía ejercerse si previamente existía un informe de CGE estableciendo indicios de responsabilidad penal; que la

CPR-98 disponía que la competencia para determinar indicios de responsabilidad penal era exclusiva de la CGE exclusividad que solo desapareció con la Constitución de 2008-.

- Que la existencia del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 211 CPR-98 resulta inobjetable -se transcriben varios fallos de la ex Corte Suprema de Justicia así como dictámenes de la FGE (Resolución No. 323-03 /R.O. 178 de 26 de septiembre de 2003; Gaceta Judicial Serie XVII, No. 10, páginas. 3208 a 3211; desestimación dentro de la Indagación Previa No. 32-2001)-.

- Que, tanto la Jueza Vintimilla como la Sala de Apelación han contravenido el artículo 212 CPR-98 *“pues han negado la nulidad alegada a pesar de que es evidente que se inició el juicio penal en mi contra, que ha sido sentenciado con la condena a ocho años de reclusión, sin que exista el informe de la Contraloría General del Estado”* .

- Que la Sala de Apelación ignora los fallos transcritos -se dice que soslaya su importancia enfatizando aspectos secundarios; que no se refiere al pronunciamiento judicial unánime que establece categóricamente la existencia del requisito de procedibilidad; que se monta ese esquema para tratar de excusar la inexistencia del requisito de procedibilidad establecido por el art. 212 CPR-98, sin el cual no podía haberse iniciado este proceso-.

- Que los Jueces de instancia, en completa falta de imparcialidad, cambian el sentido de sus alegaciones y sostienen que ha fundamentado el pedido de nulidad en el contenido de la Resolución del Pleno de la Corte Nacional (R.O. No. 154 de 19 de marzo de 2010) -lo cual se indica que es alejado de la verdad pues su alegación de nulidad se basa en el incumplimiento del requisito previsto en el art. 212 CPR-98; que en su argumentación se ha referido a la

Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 19 de marzo de 2010, únicamente para dejar establecido que existen precedentes posteriores a la expedición de tal Resolución, referidos a hechos iniciados antes de la expedición de la indicada resolución que reconocen el requisito de procedibilidad indicado; se hace referencia a los precedentes.-

- Que se configura la contravención del art. 212 CPR-98, puesto que *“debiendo la Sala declarar la nulidad de todo lo actuado en este Juicio por los argumentos legales expuestos en los párrafos precedentes, no lo hizo deliberadamente, dejando de aplicar y desconociendo un requisito constitucional de procedibilidad, que la Sala confunde señalando que no ha existido la omisión de solemnidades sustanciales. (1/4)”*

iii) “VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL”

Se plantea:

- Que la contravención de los artículos 130.10 y 212 CPR-98 conducen a que la Sala de Apelación, a su vez, contravenga el derecho constitucional de igualdad formal y material que se encuentran positivado en los artículos 11.2 y 66.4 CRE -se transcriben las normas; se cita un fallo de la Corte Constitucional (Sentencia No. 070-13-SEP-CC, Caso 0308-13-EP)-.
- Que la clave del derecho a la igualdad formal y material radica en, que a similares situaciones jurídicas puestas en conocimiento y resolución de la administración corresponde la misma respuesta -se dice que sin embargo la Sala de Apelación contraviene de manera flagrante este derecho ya que: la situación procesal del ex Vicepresidente Dahik es idéntica a la suya en donde se inició un proceso penal sin contar con la autorización de Congreso Nacional y la

consecuencia judicial fue que se declare la nulidad de tal proceso por la falta de cumplimiento de ese requisito de procedibilidad; que existe abundante jurisprudencia que ha declarado la nulidad de varios procesos penales por no haberse cumplido el requisito de procedibilidad establecido en el Art. 212 CPR-98; se transcriben fallos de la Corte Constitucional (sentencia No. 132-13-SEP-CC Caso No. 1735-13-EP; Sentencia No. 070-13-SEP-CC, Caso 0308-13-EP)-.

- Que los Jueces de instancia *“contravinieron flagrantemente el derecho a la igualdad formal y material consagrado constitucionalmente, pues apartándose de la línea jurisprudencial fijada por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Nacional de Justicia, no declararon las nulidades alegadas, cuando es evidente que en casos análogos tales nulidades sí han sido declaradas; (1/4)°*

iv) ***“VIOLACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LOS ARTS. 105 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1983 Y DEL NÚMERO 5) DEL ART. 216 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL°***

Luego de transcribir los artículos 105 CPP-83 y 216.5 CPC, se arguye:

- Que en el considerando XXII de la sentencia recurrida, la Sala de Apelación *“reitera lo que sostuvo la Jueza Vintimilla, ratificando que se ha probado la existencia del delito de peculado con los testimonios propios del doctor Alfredo Alvear, doctor Víctor Granda Aguilar, Economista Jorge Rodríguez Torres y Monseñor Víctor Corral Mantilla, dejando de considerar que los tres primeros fueron los denunciantes, es decir, que por tener un interés directo no son imparciales, y el cuarto señaló que fue miembro de la Comisión de Investigación, misma que concluyó sobre los efectos económicos del salvataje bancario, afirmándose en el contenido del informe presentado ante la Presidencia de la República”* (negritas y subrayado propio del texto)

- Que los Jueces de instancia contravinieron, flagrantemente, las disposiciones de los artículos 105 CPP-83 y 216.5 CPC, *“ porque consideran probado el delito de peculado por el cual me condenan, en base de los testimonios propios antes indicados, que no pueden ser considerados como de testigos idóneos, precisamente por falta de imparcialidad de los testigos, 1/4°*

v) ***“VIOLACIÓN DE LA DISPOSICIÓN DEL ART 64 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1983°***

Se parte de transcribir el artículo 64 CPP-83 y se señala:

- Que las sentencias dictadas por los jueces de instancia violan las reglas de la sana crítica *±se dice que este reproche no busca que el Tribunal de Casación realice una nueva valoración de la prueba, sino que está encaminada a demostrar la carencia de lógica de la sentencia, que contiene graves y notorias incongruencias consistentes en omitir deliberadamente el verdadero significado material probatorio, escondiendo su verdadero alcance y contenido; se transcribe un fallo de la ex Corte Suprema de Justicia (Juicio penal N° 467-03)-.*

- Que *“En el caso de la sentencia dictada en mi contra, es notorio el evidente desatino en el análisis y comprensión de los medios de prueba. En efecto, la Sala hace un recuento parcial y fraccionado del contenido de los informes de los peritos Walter Spurrier, Marcela Proaño de Cartagena y Alfredo Arízaga, pero soslaya la parte esencial de los mismos, que son coincidentes en señalar que la reprogramación de los depósitos (el congelamiento) es una herramienta de política económica que ha sido utilizada en otros países como un medio idóneo para corregir desajustes macroeconómicos como los que sufría el Ecuador al momento de la expedición del Decreto 685.° (negrillas y subrayado propio del texto)*

- Que *“El desatino en el análisis y comprensión de los medios de prueba se reitera cuando la Sala se niega a reconocer que los recursos públicos para la resolución de la crisis financiera US\$ MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y DOS TRESCIENTOS TRECE (US\$ 1.258.62.313) sí fueron objeto de una auditoría practicada por la Contraloría General del Estado y, que como resultado del Examen Especial a las operaciones administrativas y financiera de la Agencia de Garantía de Depósitos, por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 1998 al 31 de octubre del 2000, no se estableció indicios de responsabilidad penal en mi contra ni en contra de ningún funcionario del Gobierno que presidí.”*

- Que los jueces de instancia, *“con extremada liberalidad, es decir, sin cumplir las reglas de la sana crítica dan al informe presentado por la doctora Wilma García y doctor Oswaldo Herrera el carácter de informe pericial, cuando los citados profesionales expresamente dicen que no han realizado una pericia financiera-contable que los hubiese llevado a presentar conclusiones técnicas y científicas sino que se han limitado a reproducir cierta información recibida.”*

- Que *“Es obligación del juzgador aplicar las reglas de la sana crítica, lo que implica realizar un examen crítico y reflexivo de los autos. Como deber de sanidad y equilibrio, que es la esencia de la sana crítica. Como queda demostrado, en el caso de los informes periciales, tanto la Jueza Vintimilla como la Sala de Apelación ignoran deliberadamente la esencia de las conclusiones de los expertos, que expresamente reconocen que el congelamiento era una de las medidas apropiadas para restablecer los equilibrios macroeconómicos. En el caso del Examen Especial de la Contraloría omiten toda mención a que la auditoría realizada sí comprendió el análisis de la utilización de los recursos públicos; en el caso del informe de los peritos García y Herrera le dan a éste la calidad de informe pericial cuando es evidente que tales profesionales se limitaron a repetir información que recibieron de terceros. Es claro que la Sala*

en la valoración de la prueba no actuó con la sanidad y equilibrio que demanda la sana crítica y por ello la Sala de Casación deberá anular la sentencia. (1/4)°

vi) ***“FALSA APLICACIÓN DEL ART. 257 DEL CÓDIGO PENAL°***

Se arguye:

- Que la sentencia impugnada para definir el delito de peculado parte de textos doctrinarios que, en todos los casos, conciben a dicho delito como la sustracción, mala utilización o abuso de fondos públicos -se hace referencias conceptuales y doctrinarias a tales términos-.

- Que *“ Se configura la falsa aplicación del Art. 257 del Código Penal, porque **no obstante que la Sala asume correctamente la caracterización doctrinaria del delito de peculado, vinculada con los recursos públicos, aplica esta disposición para recursos privados, dejando de considerar que el Decreto 685 reprogramó los plazos de dineros depositados por el público (personas particulares) en las instituciones del sistema financiero. Para evidenciar la falsa aplicación del Art. 257 del Código Penal es necesario dejar establecido que la Sala, inopinadamente, da a los recursos privados el mismo tratamiento de los recursos públicos, como si fuesen iguales, cuando solo son recursos públicos los que pertenecen al Estado y sus instituciones. (1/4) [se cita el art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE)]°** (negrillas y subrayado propio del texto)*

- Que cuando el Tribunal de Apelación analiza el bien jurídico protegido en el peculado *“ no hace sino confirmar que ese tipo penal no puede aplicarse al caso previsto en el Decreto 685 que reprogramó el plazo de los depósitos del público (recursos privados), pues cuando cita a Donna queda claro que el delito se*

refiere **Al cuidado de los fondos públicos** y su referencia a Feuerbach muestra que el tipo solo puede aplicarse a un funcionario del Estado, que tenga como función la recaudación, la administración o el gasto de los bienes públicos cosa que en el sistema legal ecuatoriano no ocurre, y de ninguna manera ocurre con un Presidente de la República.º (negrillas propias del texto)

- Que "A los bienes públicos se refieren también las citas de Carrara y cuando el Tribunal pretende referirse a bienes privados, en los números 14.1 y 14.2 de la sentencia, lo hace de manera confusa y siempre concluye que se trata únicamente de fondos públicos: Áa acción típica básica del peculado, dice, consiste en la sustracción de **caudales o efectos públicos** que el funcionario tiene a su cargo por razón de sus funciones¼"º (negrillas propias del texto)

- Que "La falsa aplicación del Art. 257 del Código Penal se torna más evidente cuando en el número 20.1, la sentencia deja claro que la acción que se tipifica como peculado "consiste en apropiarse o distraer en provecho propio o ajeno el dinero o las cosas muebles **poseídas en razón del cargo o servicio y pertenecientes a la administración pública**" (énfasis añadido), por lo tanto al resolver este Recurso la Sala de Casación debe preguntarse: [-sic-] ¿Qué es la administración pública? [-sic-] ¿Cómo los recursos depositados por privados en el sistema financiero pueden considerarse pertenecientes a la administración pública? [-sic-] ¿Cómo puede sostenerse que esos recursos los poseía el Presidente de la República?º (negrillas y subrayado propio del texto)

- Que la misma sentencia en el número 17.4 afirma, que el análisis debe determinar sí las acciones realizadas por el ex Presidente de la República Jamil Mahuad Witt, atentaron contra de los bienes del Estado; "Sin embargo, las (sic) Sala deja de considerar que el Decreto 685 se refiere exclusivamente a bienes privados, depositados en instituciones del sistema financiero privado; por lo tanto, nuevamente se evidencia la falsa aplicación del Art. 257 del Código Penal, pues ¿cómo esos hechos, relacionados con bienes privados, pueden

considerarse atentatorios contra los bienes del Estado?º

- Que en la afirmación de la Sala de Apelación en cuanto al sujeto pasivo del delito de peculado, *“ llega a la exorbitante situación de incluir dentro del sujeto pasivo del delito de peculado \hat{A} todos los ciudadanos $\hat{A}^{1/4}$)”* -se cita al tratadista Luis Cueva Carrión-; que tal afirmación implica una interpretación extensiva del concepto legal de Estado, por lo tanto, es completamente cuestionable que los ciudadanos estén comprendidos en el Estado y sean equiparables a los organismos estatales.

- Que sobre el sujeto activo, *“ no se discute que éste sea un funcionario público ni que el Presidente de la República tenga la calidad de tal, así que toda la argumentación que se hace para demostrar que un Presidente de la República puede incurrir en delito de peculado, resulta por demás ociosa. El problema está, no en la calidad de funcionario público, sino en el hecho de que se trate de un funcionario que abuse de recursos públicos que están bajo su cuidado. Este tema fundamental es el que elude la sentencia, y es un tema que se elude porque, evidentemente, **no hay manera de demostrar que los recursos depositados en las instituciones financieras estaban bajo el cuidado del Presidente de la República, en razón de sus funciones.**º* (negritas y subrayado propio del texto)

- Que no se trata de discutir si un Presidente de la República puede ser sujeto activo del delito de peculado o si puede o no ser responsable por sus acciones u omisiones; *“ Lo que debe establecerse, y no se hace en ninguna parte de la sentencia, es cómo se puede asignar responsabilidad a un funcionario público por temas sobre los que ni la Constitución ni la ley le han hecho responsable.º*

- Que *“ Ociosa es también la referencia a las normas internacionales, que no pasa de ser una enumeración de los tipos penales descritos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, sin que se defina cuál de ellos se aplica al*

presente caso ni, peor aún, cómo los hechos que nos ocupan encajan en esas tipificaciones. Basta para ello constatar que en ninguna parte de este proceso consta prueba alguna sobre la recepción, directa o indirecta, de bienes a cambio de la realización de actividades determinadas.^o

- *Que, " Si ese fuera el caso, además, el tipo penal no sería el peculado, que sin duda no es el que se describe en las normas a las que se ha hecho referencia, sino uno muy distinto, la concusión. En otras palabras, hay falsa aplicación del Art. 257 del Código Penal porque la sentencia basa una decisión sobre peculado, en normas internacionales que definen otra clase de tipos penales.*^o

- *Que se hace una falsa aplicación de la ley para hacerla coincidir con hechos que nada tienen que ver con el tipo penal; " ¼ siempre que habla del delito de peculado la Sala se refiere, correctamente, al hecho de que el mismo se configura por la sustracción, apropiación indebida o abuso de fondos públicos; sin embargo, pese a que esto queda claro a lo largo de toda la sentencia, cuando se analiza si en el presente caso se ha configurado el delito, la Sala deja de tomar en cuenta los criterios doctrinarios en los que se ha basado y el tipo penal establecido por nuestra legislación.*^o

- *Que el Tribunal de Apelación no presenta el artículo 257 CP vigente al momento de los hechos ni muestra cómo estos últimos encajan en ese tipo penal -se hace referencia al silogismo y a Beccaria, se cita el artículo 257 CP y se interroga: " ¿Qué es lo que debió establecer el Tribunal? Que el Presidente de la República tenía determinados dineros públicos o privados en su poder y que abusó de ellos. La sentencia, sin embargo, no argumenta en ese sentido sino que presenta razonamientos confusos y contradictorios, en los que salta de un tema a otro para hacer afirmaciones que no se relacionan con las pruebas ni se fundamentan en ellas.*^o

- Se cita el apartado XXI de la sentencia, y se dice que *“Se trata, sin duda, más de una declaración retórica que de un adecuado análisis jurídico. Nunca queda claro, por ejemplo, si el supuesto abuso fue sobre fondos públicos o sobre fondos privados, ni se explica cómo es que esos fondos estuvieron en poder del Presidente de la República. Se habla de abundante prueba que sustenta lo que se afirma, pero una sentencia penal no puede limitarse a afirmar eso, sino que tiene que precisar a qué prueba se refiere y cómo esa prueba demuestra que se produjo el hecho tipificado como delito.”*

- Se indica que el Tribunal de Apelación ha indicado *“que el Presidente “soslayó su deber como funcionario público, que era el cuidado de los fondos públicos y privados de la nación” lo cual no puede calificarse sino como un despropósito, pues no queda claro cómo es que los fondos privados son también fondos de la nación ni aparece el sustento jurídico para afirmar que el Presidente tenía bajo su cuidado esos fondos. Esta afirmación contradice, además, la que consta en líneas anteriores, en el sentido de que lo que debe cuidar el Presidente son, exclusivamente, los fondos públicos.”*

- Que *“Lo fundamental, sin embargo, es demostrar que el Presidente tenía en su poder los fondos a los que se refiere la sentencia. Esta última, sin embargo, asume que la obligación de cuidado de los bienes equivale a tenerlos en su poder, lo que es claramente un despropósito.”*

- Que *“La falsa aplicación del Art. 257 del Código Penal se profundiza y se torna incontrastable, cuando la Sala cae en el mismo error de la Jueza Vintimilla y acude a una figura penal que fue eliminada de nuestro derecho hace cerca de cuarenta años. El Presidente, dice la sentencia, dio a los caudales públicos (aquí ya no se habla de fondos privados) Ásos distintos a los que habían sido destinados” este dar a los recursos públicos usos distintos a los originalmente previstos es lo que el Derecho Penal ecuatoriano definía como malversación, pero la Sala deja de considerar que el Art. 16 del Decreto Supremo No. 2636, publicado*

en Registro Oficial 621 de 4 de Julio de 1978 reformó el Art. 257 del Código Penal, modificando el tiempo de las penas y eliminando a la malversación como delito, el texto de la reforma fue el siguiente: $\frac{1}{4}$ [sigue cita de la norma]" (negrillas y subrayado propio del texto)

- Que la Sala de Apelación en la sentencia *"no explica cómo el Decreto 685 que se refiere a recursos depositados en el sistema financiero (recursos privados), sirve para dar a los recursos públicos usos distintos a los originalmente previstos, por lo tanto, desde la más elemental lógica la pretendida malversación no se configura."*
- Se hace referencia al apartado 22.5 de la sentencia -el cual se lo transcribe al referirse al Decreto 685- y se dice que: *"La contradicción de la Sala es notoria puesto que la figura de la malversación (derogada en el año 1978) estaba relacionada con los caudales públicos, sin embargo, la propia Sala deja establecido que se congeló dinero de carácter privado, por lo tanto, el Decreto 685 no dio a los caudales públicos una aplicación distinta."* (negrillas propias del texto)
- Que *"La falsa aplicación del Art. 257 del Código penal se sustenta en la falsa afirmación del Tribunal de que la malversación fue restablecida y que en el artículo 257 se establece nuevamente que puede haber peculado por malversación"* Como ya indiqué, la palabra malversación y su definición se eliminaron del artículo 257 por mandato del artículo 16 del Decreto Supremo 2636, publicado en el Registro Oficial 621 del 4 de julio de 1978. A partir de esa fecha, no existe norma alguna en la que se restablezca el texto original del artículo 257, ni reforma posterior en la que se hable de malversación o, como dice el Tribunal, se establezca nuevamente el peculado por malversación."

- Que *“Hay falsa aplicación del Art. 257 del Código Penal porque en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el peculado por malversación desapareció en 1978 y no es admisible que una sentencia pretenda restablecerlo, sin que exista ley alguna que lo haga.”*
- Que *“La Sala tiene razón cuando afirma que el peculado existe en el Derecho Penal ecuatoriano desde 1837, pero no tiene razón cuando pretende que peculado y malversación son sinónimos o que el segundo está incluido necesariamente en el primero. En nuestro ordenamiento jurídico, si bien esto era así hasta 1978, a partir de ese año un mandato legal expreso eliminó la malversación del catálogo de delitos y desde entonces ninguna ley la ha reestablecido. El Tribunal cita un texto que no existe, un supuesto artículo 257 que en 1999 incluiría la palabra malversación. Esto no es así y basta revisar la historia legislativa para comprobar que esa palabra fue eliminada en 1978 y, por lo tanto, no constaba en el artículo 257 vigente en 1998.”*
- Que *“el tipo penal exige que los dineros públicos o privados de los que supuestamente se ha abusado, hayan estado en poder del sujeto activo. Este es un tema fundamental al que el Tribunal se refiere solo de pasada y en forma absolutamente contradictoria. En efecto, dice la sentencia que si bien los dineros públicos o privados no estuvieron físicamente en poder del Presidente, este último **Á**enía todas la facultades para tomar las decisiones con relación a la administración Estatal, como así lo hizo dictando los Decretos Ejecutivos**Á** .*
- Que *“El problema de comprensión de la Sala de Apelación es evidente y su ánimo de confundir es notorio, pues ignora el alcance y contenido de la decisión de política económica de reprogramar los depósitos y la enfatiza de un modo completamente tendencioso. Como claramente expuso la Sala de lo Penal de Corte Suprema de Justicia en el auto de sobreseimiento provisional **Á**El doctor Jamil Mahuad Witt, ex-Presidente Constitucional de la República,*

[expidió los decretos 681 y 685]¼ actos estos ocurridos que caen dentro del ámbito de los actos normativos abstractos y generales de la política económica como Jefe de Estado... Actos que gozan de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad del que se benefician los actos administrativos del poder público...Â (negrillas propias del texto)

- Que *“Es contradictoria la afirmación del Tribunal, cuando analiza la relación causal, en el sentido de que hay perjuicio a los fondos públicos por el congelamiento y reprogramación de recursos privados, pues se habría entregado fondos públicos a terceros. ¿Cómo se relaciona lo uno con lo otro? ¿Qué tiene que ver el congelamiento y la reprogramación de fondos privados con la entrega de recursos públicos a terceros? El Tribunal no lo explica. Dice simplemente que habría un perjuicio en el monto calculado por una Comisión ad-hoc, designada por el Presidente Rafael Correa, comisión que carece por completo de sustento en nuestro ordenamiento jurídico, que asumió facultades que no emanan de ley alguna, y cuyas afirmaciones no pueden tomarse como prueba, sino que tienen que ser probadas.”*
- Que *“Pero incluso si se acepta lo dicho por esa Comisión, en ningún momento ella afirma que haya habido una actuación dolosa de mi parte en la expedición de los decretos ejecutivos de congelamiento y reprogramación. Lo que hubo, dice la comisión, fueron "decisiones políticas equivocadas", esto es, culpa, negligencia, como quieran llamarlo, pero de ninguna manera dolo ni, por lo tanto, peculado, que como el mismo Tribunal afirma exige el dolo como elemento sustancial. En otras palabras, la sentencia pretende presentar como prueba en mi contra, como elemento que configuraría un delito, un informe que no habla sino de culpa.”*
- Que, *“La falsa aplicación del Art. 257 del Código Penal, aparte de lo que quedó ampliamente explicado, se produce porque la Sala convierte a la*

*reprogramación de los plazos de los depósitos privados, es decir al congelamiento de dineros privados, en abuso de dineros públicos, dando de esta forma un efecto retroactivo al número 1) de la Disposición Reformatoria Trigésima Séptima del **Código Orgánico Monetario y Financiero** publicado en el segundo suplemento del Registro Oficial No.332 de 12 de **septiembre de 2014**, que ordenó sustituir el cuarto inciso del Art. 278 del Código Integral Penal por el siguiente: ¼ [sigue cita de la norma]º. (negritas propias del texto)*

- *Que, “El peculado no es un delito contra la propiedad, es un delito contra la administración pública, consistente en el incumplimiento, doloso, de los deberes de fidelidad que debe observar el servidor público que, por ser tal, tiene en su poder o administra bienes públicos; el peculado se materializa en la disposición arbitraria de los bienes o recursos públicos, en provecho del funcionario público o de terceros. Para que opere la disposición arbitraria, la conducta debe exteriorizarse en el abuso de los bienes fiscales o caudales públicos o recursos públicos. Como he demostrado, la sentencia hace falsa aplicación del Art. 257 del Código Penal porque establece mi culpabilidad afirmando que he malversado los fondos que los ciudadanos mantenían depositados en las instituciones financieras privadas. Para justificar esta construcción artificial de la tipicidad, hace una interpretación extensiva de la administración pública y al caracterizar al sujeto pasivo del delito de peculado, equivocadamente señala que Áel Estado que comprende, todos los organismos estatales que lo conforman; y, por supuesto todos los ciudadanos que en él ha depositado su confianza”º (negritas propias del texto)*

Finalmente y como pretesnión jurídica, el recurrente solicita: ^a¼ *que la Sala declare que el recurso de casación interpuesto es procedente, y, en consecuencia, pronuncie a mí favor la sentencia absolutoria, enmendado de esta forma las violaciones constitucionales y legales fundamentadas en este escrito y dejando sin efecto la sentencia condenatoria dictada, el 17 de mayo de 2017, por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito y el auto de 5 de junio de 2017, en el que la misma Sala resolvió la aclaración y ampliación solicitadas.*º

1.4.- De la contestación por parte del Fiscal General del Estado

El doctor Carlos Baca Mancheno, Fiscal General del Estado -para aquella época-, mediante escrito que obra de fojas 58 a 67 del cuaderno de casación, da contestación al traslado corrido, con el escrito de fundamentación del casacionista, y señala -en lo medular-:

- En cuanto al primer reproche: ***“3.2.1. Sección primera - Contravención artículos 75 y 76 de la Constitución de la República del Ecuador”***

“ (1/4), el argumento del recurrente de que estos derechos le han sido negados (12), no es coherente, más aun cuando dentro del acápite I del escrito de fundamentación, detalla el antecedente de todo el juicio, mismo que fue sustanciado conforme a las leyes vigentes a la época de la comisión del hecho y además ha accedido plenamente a la justicia, esto se demuestra con todos los recursos que el recurrente ha presentado dilatando la justicia.

*El reclamante textualmente señala Á..durante todo este tiempo, no he podido mantener contacto directo con los jueces que han tramitado este proceso... (13), sin embargo se contradice al señalar posteriormente que ha sido desechada su alegación de nulidad (15); es decir, por un lado indica que no pudo acceder a la justicia y por otro a través de sus abogados defensores interpuso cuanto escrito, alegato y recurso le asistía. Causa además asombro, que puntualice en el hecho de que no ha podido mantener contacto directo con los jueces, cuando en consecuencia a la falta de comparecencia dentro de este juicio, el Ex Presidente de la República mantiene su condición de **PROFUGO**, circunstancia que al parecer ha olvidado, además que se conoce que vive irregularmente en los Estados Unidos e inclusive se permite dictar cátedra, en este punto es menester recordarle que el delito por el cual se encuentra perseguido, tiene la designación constitucional de **imprescriptible** (Art. 121 Constitución 1998 y Art. 233 Constitución 2008).*

Por otra parte, no establece cual ha sido el trato desigual y discriminatorio, así como tampoco señala en qué lugar la sentencia atacada carece de motivación. (14). La

jurisprudencia, doctrina y alegaciones enunciadas en los numerales (16, 17, 18, 19, 20 y 21), no son objeto de pronunciamiento alguno, ya que no se adaptan a los estándares singulares del recurso de casación.

En cuanto al argumento de que el tribunal de alzada vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva por no emitir una sentencia ÁjustaÂ (22), esta alegación demuestra la inconformidad del resultado de la sentencia por parte del recurrente, lo que de ninguna manera se puede traducir en que, el subjetivo criterio de desacuerdo con la sentencia condenatoria, se viole derecho alguno.

La imparcialidad de los jueces que resolvieron la sentencia (23, 24, 25 y 26), se refleja en la coherencia y congruencia de la sentencia recurrida, hechos que el recurrente no ataca, se ciñe erróneamente a supuestas irregularidades administrativas en sus nombramientos, hechos que no tienen ni comprobación ni injerencia en el criterio jurídico expresado por los jueces.

- ***Sobre la causal propuesta***

El recurrente, Jamil Mahuad Witt, sustenta la primera sección en cuanto a la contravención del artículo 75 y 76 de la Constitución de la República del Ecuador, causal de la cual Fiscalía supone es la primera Ácontravención expresa al textoÂestablecida en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal (1983).

(¼ sigue referencia doctrinaria ¼); en el caso en análisis no puede apreciarse que la violación alegada guarde concordancia con la causal enunciada, tanto más que para la determinación de la contravención expresa se requiere un ejercicio de selección equivocada de normativa, que hace que el juzgador al momento de emitir su pronunciamiento, evidencie el error de derecho.º (negritas propias del texto)

- Con relación al segundo reproche: **“3.2.2.- Sección segunda - Contravención**

artículos 130 numeral 10 y 212 de la Constitución Política de la República de 1998°

ª (1/4) Es de conocimiento público que el ex presidente Mahuad no estaba en el ejercicio de sus funciones por haber sido destituido, mal podía el Congreso Nacional aprobar o negar el enjuiciamiento penal de Jamil Mahuad Witt, puesto que al momento de dictarse el Auto Cabeza de Proceso, él ya no tenía la calidad de Jefe de Estado. (1/4)

(1/4) Es absolutamente improcedente pretender que se aplique una resolución del año 2010 a este caso, debido a que las normas jurídicas no surten efecto retroactivo, tampoco es coherente la valoración del contenido constitucional respecto a las atribuciones de la Contraloría General del Estado establecidas en las Constituciones de 1998 y 2008 (30), ni señalar que la actual Constitución de la República eliminó el que ahora es requisito de procedibilidad (31 y 33). (1/4)

- ***Sobre la causal propuesta***

El reclamante, señala dentro de esta sección que la sentencia violentó la ley, de acuerdo a la primera causal, establecida en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal. 1/4 [sigue cita de la norma]

En el presente caso, el fundamento de que el tribunal de alzada no consideró el numeral 10 del artículo 130 de la Constitución Política (1998) respecto a la autorización previa del Congreso Nacional para la iniciación del juicio penal, así como el artículo 212 ibídem, referente al supuesto requisito de procedibilidad establecido en la Constitución de la época, conforme el análisis realizado en el apartado anterior, no tiene ningún asidero legal, por lo que no puede establecerse que exista violación alguna de derechos.º (negrillas propias del texto)

- Con relación al tercer reproche: ***ª 3.2.3.- Sección tercera - Violación a las garantías de igualdad formal y materialº***

^a (1/4) *En cuanto al argumento de que el presente juicio debe declararse nulo, por cuanto fue iniciado bajo las mismas circunstancias que la causa penal No. 1058-2009 que fue seguida en contra de Alberto Dahik Garzozi, es importante señalar que en efecto el órgano jurisdiccional competente en ese momento, resolvió declarar la nulidad, por cuanto la causa penal en contra del Eco. Alberto Dahik Garzozi, se inició en agosto de 1995, fecha en la cual la Constitución Política de la República del Ecuador, codificada en 1993, en su artículo 59, literal e) señalaba que el Congreso Nacional se reúne en pleno, para conocer exclusivamente: 1/4 [sigue cita de la norma]*

Es decir, en aquella época las actuaciones derivadas de infracciones cometidas en el desempeño de sus cargos -como el peculado- constitucionalmente eran motivo de enjuiciamiento político y a traición a la Patria, cohecho o cualquier otra infracción que afectare gravemente al honor nacional configuraba un enjuiciamiento penal. En el caso del Ex Vicepresidente Alberto Dahik, el Congreso Nacional inició enjuiciamiento político por el supuesto peculado, el cual posteriormente fue archivado por no hallar perjuicio económico en contra del Estado, sin embargo persistía el juicio penal que se encontraba sustanciando en instancias judiciales y que para el momento constitucional no procedía, debido a que el peculado no correspondía a un delito de traición a la patria, tampoco cohecho ni se consideraba una infracción que afectare gravemente al honor nacional, motivo por el cual no debió iniciarse, más aun cuando el juicio político fue archivado, bajo este razonamiento fue que la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, con fecha 20 de enero de 2012, resolvió declarar la nulidad del proceso. En razón de lo expuesto, el juicio que fue sustanciado en contra del ciudadano Alberto Dahik, no guarda ninguna similitud con el presente caso, tomando en cuenta las circunstancias, los hechos y finalmente la temporalidad de la normativa constitucional vigente en ambos casos. (1/4)

- ***Sobre la causal propuesta***

En razón de lo antes examinado, el fundamento del recurrente no es suficiente para demostrar la supuesta violación del principio de igualdad ante la ley, así tampoco refiere ninguna causal contenida en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal - de la época-, por lo que es imposible determinar algún tipo de violación, más aun cuando los

argumentos esgrimidos no se adaptan a ninguna de las causales establecidas en la ley.^o
(negrillas propias del texto)

- En cuanto al cuarto repoche: ***a 3.2.4.- Sección cuarta - Violación de los artículos 105 del Código de Procedimiento Penal (1983) y numeral 5 del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil^o***

a (1/4) Para revestir de supuesta legalidad a la interposición del recurso, el procesado en su escrito pretende que el tribunal de casación haga una nueva valoración de la prueba, lo cual no solo es impropio de la casación sino reñido a derecho. Sin embargo, como una nueva evidencia de lealtad procesal de la Fiscalía y para que ustedes remarquen la carencia de sustento jurídico y fáctico del casacionista, se señala: 1/4 [sigue referencias doctrinarias]

*Bajo estas consideraciones, el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal (1983), establecía en su parte pertinente sobre el testimonio que **Á**no se rechazará el de persona alguna. Pero el Juez es libre de apreciar el grado de credibilidad de tal testimonio^Á además en el artículo 112 de la ley *ibídem* señalaba además que **Á**están obligados a comparecer personalmente a rendir su testimonio, no solo las personas a las que el juez llame a declarar, sino todas las que conozcan de la comisión de la infracción^{1/4} **Á** esta normativa penal además establecía como única prohibición la siguiente **Á**en ningún caso el juez admitirá como testigo a los coacusados. Tampoco recibirá el testimonio del cónyuge del encausado^Á*

*Como se estableció en líneas anteriores, el testimonio es considerado una prueba especial debido a la presencia de la persona que lo realiza, es así que si a lo largo del proceso se producen **Á**variaciones e incluso contradicciones^Á en las declaraciones de imputados y testigos, por lo que corresponde al tribunal sentenciador, la facultad de examinarlas, ponderarlas y, en definitiva, formar luego libremente su convicción, pudiendo, en consecuencia, aceptar la versión que en función de todas las circunstancias concurrentes, estimen veraz, con independencia del momento procesal en que la misma se haya producido.*

Por lo que no es suficiente indicar que los testimonios propios de los doctores Alfredo Alvear, Víctor Granda Aguilar, economista Jorge Rodríguez Torres y Monseñor Víctor Corral Mantilla, al poseer los tres primeros la calidad de denunciados y el cuarto por ser miembro de la comisión de investigación carecen de idoneidad como testigos, por tener interés directo en la causa (49), más cuando la normativa penal vigente no establece prohibición alguna para la comparecencia de dichas personas, en cuanto a ello se realiza la siguiente consideración. 1/4. [sigue referencia doctrinaria]

Al respecto, la Sala de Apelación en el literal c) del punto 21.2.10 de su sentencia, manifestó: 1/4. [sigue transcripción]

En razón de lo transcrito, el argumento del recurrente resulta impertinente, por cuanto fueron tomados en cuenta en la sentencia atacada sin vulnerar disposición legal alguna.

En cuanto a que la Jueza Vintimilla, no tuvo empacho en aplicar una norma derogada para condenarlo a una pena superior a la prevista (50), esta Fiscalía aclara que el objeto del recurso de casación debe determinar errores de derecho de la sentencia atacada, en este caso la dictada por la Sala de Apelaciones, no obstante por lealtad procesal, indico que esta impertinente alegación ya fue resuelta por el tribunal de alzada, el cual en su sentencia resolvió: [sigue transcripción]

- ***Sobre la causal propuesta***

En virtud de lo expuesto, la supuesta violación de la Sala de Apelación, se reduce en indicar que los testimonios rendidos por los señores Alfredo Alvear, Víctor Granda Aguilar, economista Jorge Rodríguez Torres y Monseñor Víctor Corral Mantilla, son no idóneos e imparciales, sin establecer una violación o irregularidad, simplemente hace juicios de valor. Finalmente, su fundamentación no versa siquiera sobre ninguna causal establecida en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal.º (negritas propias del texto)

- Con relación al quinto reproche: ***“3.2.5.- Sección quinta - Violación del artículo 64 del Código de Procedimiento Penal (1983)”***

“El argumento central propuesto en esta sección, tiene relación con la valoración de los medios probatorios presentados en la etapa de juicio y que fueron revisados por el tribunal de alzada, del cual el casacionista Jamil Mahuad Witt, presentó este recurso de casación.

A decir del recurrente, la transgresión versa sobre el artículo 64 del Código de Procedimiento Penal vigente al momento del hecho, el cual señala que Toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica” agrega además que dicha valoración realizada por parte de los jueces, demuestra una carencia de lógica y presenta graves inconsistencias (51), sin que determine las supuestas violaciones.

A decir de Pabón Gómez, la sana crítica es ¼ [sigue referencia doctrinaria]. Apreciación que ciertamente debe respetarse la libertad que el juzgador tienen para valorar el caudal probatorio” conforme la jurisprudencia citada (52).

El recurrente señala además que, la sentencia atacada refleja un desatino en el análisis y comprensión de los medios probatorios, puesto que omite los criterios coincidentes de los peritos Walter Spurrier, Marcela Proaño y Alfredo Arzaga, en cuanto a que la reprogramación de los depósitos es una herramienta de política económica que ha sido utilizada en otros países como un medio idóneo para corregir desajustes macroeconómicos (53).

En cuanto a ello, hay que considerar inicialmente lo que describe Devis Echandía, sobre los medios de prueba: ¼ [sigue referencia doctrinaria]

Bajo este criterio, una vez que fue revisada la sentencia recurrida, se desprende que los profesionales Walter Spurrier, Marcela Proaño y Alfredo Arzaga, comparecieron a la etapa de juicio a petición del recurrente, como peritos económicos, cuyo análisis fue basado en el contexto histórico económico de la crisis financiera y fiscal de la época , lo

que no asegura que la utilización de la mencionada Áreprogramación de depósitosÂ como herramienta política económica, haya sido beneficiosa para el país, más aun cuando criterios en macroeconomía al referirse de política monetaria señalan que: ¼ [sigue referencia]

Además que, al referirnos del Áencaje bancarioÂ o Áinmovilización de cuentasÂ fue un mecanismo utilizado como pretexto para garantizar reservas líquidas en las entidades bancarias, con el fin de satisfacer las demandas de sus depositantes, lo que finalmente conllevaba a una crisis bancaria espiralada.

El resultado del examen efectuado por la Contraloría General del Estado, del cual el casacionista manifiesta que fue ejecutado por el período entre el 1 de diciembre de 1998 al 31 de octubre de 2000, del cual no se establecieron indicios de responsabilidad penal en su contra y que esta prueba no ha sido reconocida por el tribunal de alzada (54); en cuanto a ello, es importante señalar que los jueces que emitieron la sentencia hoy recurrida, refieren que: ¼ [sigue transcripción]

Asimismo que en el punto 21.2.7 de su sentencia indica que: ¼ [sigue transcripción]

Es decir, el resultado del examen realizado por la Contraloría General del Estado, se basa en un período del cual no sustenta todo el tiempo del cual surtió efecto el Decreto Ejecutivo 685 y que proseguía con el Decreto 1492, que más bien agravó aún más la crisis financiera y fiscal, además que este informe conforme a las potestades atribuidas a la Contraloría General del Estado, establecidas en la Constitución Política de la República de 1998 (artículo 212), así como en las funciones y facultades señaladas en la normativa vigente a la época, esta es la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (artículo 303), los informes de indicios de responsabilidad penal eran actuaciones meramente administrativas propias de la institución, pero en ningún caso eran reconocidos como un requisito de procedibilidad.

En cuanto al argumento de que la Sala de Apelación no cumplió las reglas de la sana crítica, al calificar como pericia financiera - contable, los informes presentados por los

doctores Wilma García y Oswaldo Herrera (55 y 56); de la revisión de la sentencia recurrida, se desprende que los mencionados profesionales realizaron peritajes a los informes de autoría que fueron realizados por la Corporación Financiera Nacional, Banco Central del Ecuador, Agencia de Garantía de Depósitos AGD, en donde concluyeron que el costo aproximado de la crisis financiera es la cantidad de 6.515.000.000 USD.

El error en los medios probatorios por medio de la sana crítica, deberá evidenciarse en la falencia de apreciación y valoración probatoria, además del falso juicio de existencia o falso juicio de identidad, para tener más claro el equívoco de valoración crítica; el Dr. Fernando Arboleda Juez de la Sala de Casación Penal de Colombia refiere: ¼ ¼ [sigue referencia]

En referencia a los peritajes realizados por los doctores Wilma García y Oswaldo Herrera, el tribunal de alzada, en el punto 21.2.4 de su sentencia, señaló: ¼ ¼ [sigue transcripción]

Bajo este razonamiento, mal se podría decir que los informes realizados por los peritos Wilma García y Oswaldo Herrera, carecieron de valoración oportuna y pertinente por parte de la Sala de Apelación.

- ***Sobre la causal propuesta***

Las alegaciones antes analizadas no conllevan a ninguna transgresión a la ley, así como tampoco encontramos que se encuentren sustentadas bajo las causales establecidas en 373 del Código de Procedimiento Penal, por lo que resulta impertinente referirse a argumentos que no tienen ningún sustento legal.^o (negrillas propias del texto)

- Con relación al sexto reproche: ***“3.2.6.- Sección sexta D Falsa aplicación del artículo 257 del Código Penal^o***

^a Para el accionante, existe una falsa de aplicación del artículo 257 del Código Penal, ya que indica que en el contenido de la sentencia recurrida, le da el mismo tratamiento a los

recursos públicos y privados y que claramente el tipo penal establece que el perjuicio deberá ser solamente a fondos públicos (57, 58, 69, 72, 73, 74, 75, 83 y 84), además que al considerar el bien jurídico protegido no se establece claramente en el punto 14.1 y 14.2 de la sentencia si concluye que el perjuicio trata sobre los fondos públicos (59, 60 y 85); adicionalmente, afirma que en el numeral 17.4, así como en el apartado 22.5 de la sentencia atacada, se refiere a los bienes del Estado, pero omiten considerar el decreto 685 el cual refiere exclusivamente a bienes privados, así como también no se determina si el perjuicio es sobre caudales públicos.(62 y 79)

El artículo 257 del Código Penal vigente a la época de los hechos, señala sobre el delito de peculado lo siguiente: ¼ [sigue transcripción de la norma]

*El tipo penal referido, habla sobre el abuso de dineros **públicos o privados**, lo que guarda sentido con la resolución No. 685, decretada por el recurrente Jamil Mahuad Witt mientras se encontraba ejerciendo su calidad de Presidente de la República, misma que declara en estado de movilización a las instituciones financieras nacionales y privadas y que al momento que la Sala de Apelación analizó la mencionada resolución en su parte resolutive, en el punto 22.2. Determinó: ¼ [sigue transcripción de la norma]*

En referencia al numeral 17.4 de la sentencia, este punto se encuentra dentro del acápite XVII respecto al Ánarco jurídico sobre el delito de peculadoÂ considerada en la sentencia como la parte expositiva, dentro de la que se reseña instrumentos normativos para el posterior análisis del caso, lo que hace que no sea necesario que en el mencionado acápite se enuncie el decreto 685, cuando se lo ha hecho de forma clara en todo el desarrollo de la sentencia. Con respecto al punto 22.5, este numeral se encuentra dentro del acápite XXII sobre los Áelementos probatorios que demuestran la responsabilidad del delito acusadoÂ en el mencionado numeral realiza un análisis de todos los elementos que configuran el delito, el argumento del recurrente tergiversa el sentido de la sentencia.

El casacionista señala además que existe falsa de aplicación del artículo 257 del Código Penal, específicamente en el punto 20.1 de la sentencia, en razón de que no establece de manera clara la apropiación de bienes de la administración pública, en provecho propio,

con relación del cargo que desempeñaba el recurrente (61), asimismo menciona que no hay manera de demostrar que los recursos depositados en las instituciones financieras estaban bajo el cuidado del Presidente de la República (65, 66, 76), por lo que no se ha podido comprobar el dolo (86).

Citando las palabras de Miguel Hernández Terán, ¼ [sigue referencia] este criterio guarda concordancia con el artículo 164 de la Constitución Política de 1998, que señalaba ¼ [sigue transcripción de la norma]

El sujeto activo en el delito de peculado es de carácter específico, especial o calificado, puesto que en principio solo puede ser ejecutado por un servidor público, por ello que la Constitución Política, establece en su artículo 120 que ¼ ¼ [sigue transcripción de la norma]

Al respecto el tribunal de alzada, en su parte resolutive refiere que: ¼ [sigue transcripción]

Por ello, no solamente es incoherente, sino cínico que el recurrente indique que en el numeral 20.1 de la sentencia, no puede configurar la participación del casacionista sobre los bienes que no se encontraban a su cargo cuando de acuerdo a lo establecido en líneas anteriores el Presidente de la República fue el principal causante del delito y del perjuicio económico para la nación en general.

Describe además que, la sentencia incluye como sujeto pasivo a todos los ciudadanos (63), ya que fueron estos quienes depositaron su confianza, lo que implica una interpretación extensiva (64).

Muñoz Rubio, al analizar el delito de peculado, refiere: ¼ [sigue referencia doctrinaria]

Indudablemente, dentro del delito de peculado el bien jurídico protegido en términos generales es la Administración Pública, definida como la rama del poder público que tiene como misión impulsar los intereses generales, conservar el orden, proteger el derecho y facilitar el normal desenvolvimiento de las actividades sociales dentro de un Estado...

*además de enfatizar que **Á**l peculado trasciende la simple esfera patrimonial siendo más una violación flagrante a los deberes de garantía y confianza asumidos por el funcionario o servidor en razón a su cargo (tipo pluriofensivo o uniofensivo*

Pavón Vasconcelos manifiesta ¼ [sigue referencia doctrinaria], por este motivo es que la Sala de Apelación invoca al Estado como un todo, integrado por toda la ciudadanía que guarda interacción con todas las instituciones que compone la administración pública, sin dejar de lado que las empresas privadas en este caso bancarias, son regidas por entidades rectoras de carácter público, que avalan su buen funcionamiento.

Bajo este contexto, la Sala hizo bien en sustentar que: ¼ [sigue transcripción]

Con ello evidenciándose la lesividad en la comisión de este delito, conducente principalmente a los depositantes, pero que afectó a la sociedad íntegra, así como también se demuestra el beneficio de personajes que produjo este hecho a costa de los perjudicados; en consecuencia no existe la tal "interpretación extensiva" que alega.

Las alegaciones sobre la incidencia de normativa internacional empleada en la sentencia recurrida (67 y 68) y que no coinciden con el tipo penal que fue configurado en el presente caso (70 y 71), es improcedente y se aclara que el tribunal de alzada invoca normativa internacional asegurando el derecho al debido proceso y la obligatoriedad de aplicar el llamado "bloque de constitucionalidad" y demás normativa internacional vigente, mismos que deberán ser de directa e inmediata aplicación, en los derechos y garantías, conforme lo establece la Constitución actual y Constitución de 1998.

El recurrente también alega la falsa aplicación del artículo 257 del Código Penal, al mencionar que los juzgadores no consideraron que el artículo 16 del Decreto Supremo No. 2636, publicado en Registro Oficial 621 de 4 de julio de 1978 reformó el artículo en mención, en donde se despenalizó la malversación. (77, 78, 80, 81, 82 y 88), bajo estos argumentos, es importante señalar que la Sala de Apelación, en el punto 22.5 de su sentencia, indicó: ¼ [sigue transcripción]

No existe, por tanto falsa aplicación alguna.

Finalmente, el recurrente alega la falsa aplicación del artículo 257 del Código Penal, al mencionar que la Sala convierte a la reprogramación de los plazos de los depósitos privados, en abusos de dineros públicos y que esta retrotrae el artículo uno de la disposición reformativa trigésima séptima del Código Orgánico Monetario Financiero, que ordenó sustituir el cuarto inciso del artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal. (87), sobre este punto, la Sala de Apelación, mencionó lo siguiente: ¼ [sigue transcripción]

En consecuencia la Sala de Apelación en el numeral 21.2.9 de la sentencia, lo que hace, no es retrotraer la ley actual con la que se estableció a la época, sino que su análisis se basa en que fue tanta la magnitud de la conmoción interna del país, que originó la aplicación del principio de adaptación normativa, para así establecer como delito el congelamiento que está considerado dentro del delito de peculado (reformado inciso cuarto del artículo 278 del COIP), decisión que fue adoptada como medida de protección, debido a la realidad actual del país.

- ***Sobre la causal propuesta***

El recurrente, Jamil Mahuad Witt, sustenta esta sección de acuerdo a la causal segunda del artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, esta es Falsa aplicación a la ley referente el artículo 257 del Código Penal, que establece el delito de peculado.

Murcia Ballén, al referirse de la falsa aplicación anota que: ¼ [sigue referencia doctrinaria]

En razón de aquello, los argumentos esgrimidos por el Ex Presidente de la República, para la configuración de la causal de "falsa aplicación a la ley", no se adaptan a los requisitos propios de dicha causal, conforme se estableció en líneas anteriores, esta causal exhibe la actuación de las autoridades jurisdiccionales a través de la sentencia por haber aplicado una norma que no se encontraba vigente, en el caso en análisis, no se encuentra configurada tal error de derecho.º (negrillas propias del texto)

- Por último, a manera de corolario el Fiscal General señala:

4.- Conclusión

Por las consideraciones antes expuestas, es necesario señalar que como se puntualizó al inicio del presente análisis, el recurso extraordinario de casación posee varios requisitos, mismos que deben regirse de acuerdo a principios básicos de los cuales el recurrente debe tomar atención al momento de fundamentar su recurso de casación, además que para la determinación de la violación a la ley, es imprescindible que demuestre el error de derecho, mismo que se presenta sobre el valor de normas consistente en un juicio erróneo que puede recaer sobre su existencia, su selección o su hermenéutica y que en este caso no lo produjo.

En cuanto a los principios básicos del recurso extraordinario de casación, se observa que la sustentación carece de una construcción lógica, no solamente en cuanto a los hechos refutados y en la normativa utilizada, sino por la falta de argumento jurídico, del cual no amerita examen alguno, incumpliendo de esta manera el principio de Taxatividad, mínimos lógicos y coherencia, trascendencia y proposición jurídica completa, así como también faltó al principio de no contradicción, razón por la cual no pudo demostrar ninguna violación a la ley que conduzca al establecimiento de errores de derecho.

El recurso de casación planteado por Jamil Mahuad Witt, demuestra una vez más el ánimo que este ciudadano tiene para seguir dilatando la justicia, a través de alegatos y recursos inficinosos, impertinentes y faltos de toda coherencia lógica y jurídica; es evidente que el único objetivo de este recurso sigue siendo evadir a toda costa su condena, motivo por el cual es necesario recordar el principio de buena fe y lealtad procesal, que sanciona el abuso del derecho en la utilización de procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis.

En razón de lo expuesto, el recurso no cumple con las causales establecidas en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal de 1983, así como tampoco cumplió con lo estipulado en el artículo 377 de la ley ibídem, esto es que el recurso debe haber contenido la exposición precisa de los hechos que, según la sentencia, son constitutivos del delito, así como la cita de la Ley violada y los fundamentos jurídicos en que se basa el recurso solicito que de conformidad con el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal, se declare

IMPROCEDENTE el recurso planteado.

La Fiscalía General del Estado deja expresado además su rechazo a los argumentos del casacionista y su pretensión de convertir a este recurso extraordinario en una instancia de valoración de la prueba lo cual comporta una afectación directa a la lealtad procesal y un abuso al derecho de recurrir, cual deberá ser observado por este alto Tribunal de Casación.º (negrillas propias del texto)

2.- ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1.- Competencia

Este Tribunal de Casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, es competente para resolver los recursos de casación y revisión, conforme a lo dispuesto en los artículos 184.1 y 76.7.k) de la Constitución de la República (CRE); artículos 184 y 186.1, del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) -reformados mediante la Ley Orgánica Reformatoria del COFJ, publicada en el Suplemento del R. O. No. 38 de 17 de julio de 2013-; artículo 373 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 1983 (CPP-83)

2.2.- Trámite

Para este recurso de casación, dada la temporalidad en que se dio el caso, el mismo corresponde tramitarlo conforme las normas procesales del Código de Procedimiento Penal, publicado en el R. O. No. 511 de 19 de junio de 1983 (Ley 134), en donde el recurso de casación se encontraba normado en el Libro IV, De las Etapas del Proceso Penal; Título IV De la Etapa de Impugnación; Capítulo Único De los Recursos; Sección Cuarta; artículos 373-384 (conocido como sistema inquisitivo); por consiguiente, las normas aplicables son las contenidas en el referido CPP-83.

2.3. Validez procesal

El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 373 y siguientes del CPP-83, en observancia de lo contemplado en el artículo 76.3 de la CRE vigente, por lo que se declara su validez.

2.4.- Reflexiones acerca del recurso de casación

La naturaleza del recurso de casación está íntimamente ligada con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 CRE³; 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.

El recurso de casación previsto en nuestro ordenamiento jurídico [para el caso *in examine* conforme quedó referido en el CPP-83, artículos 373 y siguientes], es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley, inviolabilidad de la defensa, debido proceso, entre otras garantías constitucionales; así como, y en tratándose de materia penal, el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva.

El tratadista Claus Roxin, señala: *“La casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal. Así, la casación, en contraposición a la apelación, ha sido designada como segunda primera instancia”*⁴

Gladis de Midón, señala que la casación, que viene del vocablo latino *cassare*, derivado de *cassus* (vano, nulo), significa anular, abrogar, derogar.⁵

En doctrina, algunos juristas como Clariá Olmedo, nos refiere que se trata de una apelación devolutiva, limitada en su fundamentación a motivos de derecho; estos motivos pueden ser

³ La Corte Constitucional del Ecuador, en torno a la seguridad jurídica ha señalado ^{3/4} [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].

⁴

ROXIN, Claus, Luis. Derecho procesal penal. Traducción de Gabriela Córdova y Daniel Pastor. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2000. Pág. 466

⁵ DE MIDÓN, Gladis. La casación, control del ³juicio de hecho². Buenos Aires. Rubinzal-Culzione Editores. 2001, pág. 301

tanto de juicio como de actividad: *in iudicando* como *in procedendo*. Cabe indicarse, que cuando la ley se refiere a "inobservancia" y "errónea aplicación" contempla, en apariencia, casos diversos; uno y otro, sin embargo, quedan comprendidos en el concepto de violación de la ley sustantiva. El doble aspecto en que se la quiere considerar es un pleonismo tradicional.⁶

La doctrina clásica, se basa fundamentalmente en la afirmación que dice: que mediante el recurso de casación, sólo se puede intentar una revalorización jurídica del material fáctico establecido en la sentencia; a diferencia del recurso de apelación; es por ello, que en *stricto sensu*, la casación no constituye una nueva instancia sobre los hechos, cual recurso de apelación, donde el tribunal *ad quem* está facultado legalmente para practicar un reexamen *ex novo* de todo el material probatorio. Al tribunal de casación le corresponde el control de la aplicación de la ley sustantiva por los tribunales de instancia.

Por eso, se ha podido declarar, con razón, que el tribunal de casación no es un tribunal de segundo grado con potestad para examinar "*ex novo*" la causa y corregir todos los errores de hecho y de derecho que pueda cometer el juez de sentencia, sino que es un "supremo guardián" del derecho sustantivo y procesal, tanto para evitar la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, como la inobservancia de las normas procesales.

El recurso de casación, debe respetar los hechos de la causa fijados por el tribunal de juicio, ateniéndose a ellos, dado que el recurso sólo procede sobre la base de la situación de hecho establecida por la sentencia.

El punto más arduo, el problema central, y más difícil de la casación, es el de la distinción entre hecho y derecho; sin embargo la diferenciación no debe ser establecida con un criterio teleológico, fundado en la finalidad de uniformar la jurisprudencia que se atribuye a la casación. Finalmente, la procedencia del recurso de casación, está dada por el conjunto de requisitos necesarios para que pueda el Tribunal de Casación, pronunciarse sobre el fondo de la impugnación, y su examen debe limitarse a la procedencia o improcedencia de la casación.

De lo advertido deviene, que la casación es un medio de impugnación extraordinario, contra la

⁶ La doble enunciación deja de aparecer como repetitiva o redundante, tan pronto como se advierte que la referencia no debe hacerse a la ley en su totalidad, sino a sus disposiciones en particular, pues así resulta clara la distinción entre la simple no aplicación de una disposición (inobservancia) y la aplicación errónea de una disposición sustituyéndola a otra o la incorrecta interpretación de la ley aplicada (errónea aplicación). En el primer caso, el interesado sólo aduce que el juez *a quo* debió aplicar una disposición que no aplica. En el segundo, aduce que el juez *a quo* aplicó mal una disposición, siendo que debía aplicar otra o que aplicó mal la disposición.

Dentro de la terminología del Código, inobservancia significa desconocimiento, desobediencia o falta de aplicación de la norma jurídica. No se trata de un error en el modo de aplicarla, sino de una omisión de cumplirla. Errónea aplicación es la inadecuación o falta de correspondencia de la norma aplicada con el caso concreto, es decir, una norma es observada o cumplida, pero no es la que debía aplicarse, o es aplicada con una mala interpretación de su mandato. En definitiva, la errónea aplicación implicaría siempre una inobservancia, y viceversa.

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.⁷

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 ^acausales^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) ⁸

⁷ Samuel Ramírez Poveda en su obra ^aLos Errores de Hecho en Sede de Casación Penal^o (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., 2002, p. 19) señala: ^aLa 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 dialógica de legalidad y necesidad. [-sic-] En sentido lato, se trata de un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva.^o

⁸ 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

2.5.- Examen de Casación

2.5.1.- Identificación de los reproches argüidos

De lo precisado en el sub punto 1.3 (acápites i al vi), en cuanto a los cargos argüidos por el casacionista JAMIL MAHUAD WITT en su escrito de fundamentación; agrupándolos, para una cabal identificación, bajo el marco de las causales establecidas por la ley (art. 373 C.P.P. 1983), tenemos:

ART.. 373 (CPP-83)	ERROR IN IURE	REPROCHE
<i>ª El recurso de casación será procedente ¼ cuando en la sentencia se hubiera violado la Ley, ya sea por ¼ º</i>		
<i>ª ¼ contravenir expresamente a su texto¼ º</i>	CONTRAVENCIÓN EXPRESA (ERROR DE OMISIÓN)	i. ª LA SENTENCIA CONTRAVIENE LOS ARTS. 75 Y 76 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADORº ii. ª LA SENTENCIA CONTRAVIENE LOS ARTS. 130, NUMERO 10 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADORº

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.

<i>1/4 por haberse hecho una falsa aplicación de la misma 1/4 °</i>	INDEBIDA APLICACIÓN (ERROR DE PERTINENCIA)	vi. <i>“ FALSA APLICACIÓN DEL ART. 257 DEL CÓDIGO PENAL°</i>
<i>1/4 por haberla interpretado erróneamente 1/4 °</i>	ERRÓNEA INTERPRETACIÓN (ERROR DE INTERPRETACIÓN)	
SIN ESTABLECER CAUSAL		iii. <i>“ VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL°</i> iv. <i>“ VIOLACION DE LAS DISPOSICIONES DE LOS ARTS. 105 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1983 Y DEL NÚMERO 5) DEL ART. 216 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL°</i> v. <i>“ VIOLACIÓN DE LA DISPOSICIÓN DEL ART. 64 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1983°</i>

2.5.2.- Una vez identificados los reproches argüidos por el casacionista -desde el marco estricto de las causales que preve la norma-; más allá de que, conforme queda evidenciado, en tres de las seis alegaciones (iii, iv y v), no se ha identificado una causal casacional concreta, pues, se señalado únicamente aquello de *“ violación°*, por tanto se ha faltado al principio de taxatividad que requiere este medio extraordinario de impugnación; debiéndose reparar en tal sentido que éste órgano jurisdiccional en innumeros fallos y autos resolutorios ha determinado que bajo el tecnicismo que rodea al recurso de casación, la técnica jurídica expresada en la doctrina establece que se deben observar los principios de **TAXATIVIDAD, TRASCENDENCIA y AUTONOMÍA**; de allí que, tal medio de impugnación

extraordinario debe observar irrestrictamente parámetros que se ha procedido explicar, con la finalidad de que el interés para recurrir del impugnante no se encuadre en los temas que la legislación excluye del tratamiento de este recurso extraordinario; así:

i) Mención de una una norma jurídica específica que se considere vulnerada en el fallo impugnado; lo cual excluye la mención genérica del cuerpo de normas que contiene la disposición concreta, o la utilización de una disposición jurídica que contiene varios numerales o literales con diversos contenidos, sin determinar cuál de ellos se considera vulnerado.

ii) Determinación de una causal específica de aquellas contenidas en la ley [en este caso el art- 373 CPP-83] (**PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD**); tomando en consideración que no se pueden presentar, sobre una misma norma jurídica, dos o más de ellas. Para efectos de este requisito, se debe determinar el contenido de las causales de la siguiente forma: **a) Contravención expresa;** la cual se presenta cuando el juzgador ha dejado de utilizar una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin considerar que los hechos que ha considerado probados, tras la valoración de la prueba, guardan identidad con el supuesto fáctico de aplicación de la disposición normativa; **b) Indebida aplicación;** que existe cuando el juzgador ha utilizado una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin tomar en cuenta que los hechos que ha considerado probados tras la valoración de la prueba, no guardan identidad con el supuesto fáctico de aplicación de la disposición normativa; **c) Errónea Interpretación;** que se da, cuando el juzgador ha utilizado una norma jurídica adecuada para resolver determinado caso concreto, pero interpretando de forma inadecuada su sentido y alcance.

iii) Argumentación jurídica que dote de sustento al cargo de casación; lo cual se logrará al: **a)** Determinar la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; **b)** Confrontar el razonamiento del juzgador, sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica que se considera ha provocado un error de derecho, con aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, **c)** Explicar la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada (**PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA**).

Por sobre lo dicho, el recurrente debe tener en cuenta que cada uno de los cargos deben ser fundamentados de forma autónoma (**PRINCIPIO DE AUTONOMÍA**).

2.5.3.- Ahora bien, dicho aquello y que suyo tornaría improcedentes las alegaciones en torno a: *“VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL”* (reproche número 3), *“VIOLACION DE LAS DISPOSICIONES DE LOS ARTS. 105 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1983 Y DEL NÚMERO 5) DEL ART. 216 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL”* (reproche número 3); y, *“VIOLACIÓN DE LA DISPOSICIÓN DEL ART. 64 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1983”*; empero, en aras de despejar completamente y dar respuesta cada uno de los planteamientos -insístase, más allá de que no han sido planteados acorde con el tecnicismo que demanda este medio extraordinario de impugnación-, se procederá con el examen de todos y cada uno de los reproches a fin de que queden debidamente analizados y despejados; para ello, una vez más, se parte de agruparlos y/o identificarlo bajo los siguientes cargos generales:

- 1) Contravención expresa de los artículos: por un lado, 75 y 76 CRE (tutela judicial y debido proceso); y, por otro, 130.10 y 212 CPR-98 (deberes y atribuciones del Congreso Nacional y potestad de la Contraloría General del Estado).
- 2) Violación de: la garantía de igualdad, de los artículos 105 CPP-83 y 216.5 CPC (testimonio propio, testigos no idóneos); y, del artículo 64 CPP-83 (sistema de valoración probatoria de la sana crítica).
- 3) Falsa aplicación (indebida aplicación) del artículo 257 CP (tipo penal de peculado)

2.5.4.- Previo a despejar los reproches puntualizados *ut supra*, con sus respectivas argumentaciones, es menester dejar indicado que el nudo central de la argumentación del casacionista constante tanto en el memorial de impugnación que consta denidamente individualizado en el sub punto 1.3 de este fallo y que fuera también expuesto en audiencia ante este Tribunal se erige, a momentos, en torno a temas de índole política, de cuestionamientos acerca de la idoneidad de juzgadores, etc.; temas que nada tienen que ver con la esencia de este recurso extraordinario; y en otros, con aspectos que consta fueron esgrimidos por el mismo recurrente, al interponer apelación, es decir, se trata de varios reproches (cargos) ahora ^anuevamente^o argüidos en escenario de casación que ya fueron planteados, analizados y resueltos, en instancia.

Es por ello que, conforme ya quedó indicado anteriormente en el subpunto 2.4., al analizar respecto a lo que es el recurso de casación y sus parámetros, se precisó que la casación no constituye instancia ni grado de los procesos; se trata de un recurso ^aextraordinario^o de control de legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, cuya naturaleza impugnatoria, otorgada por el ordenamiento jurídico, implica necesariamente que para su activación, tiene que darse, si bien, la existencia de la inconformidad del sujeto procesal respecto de la sentencia, pero sobre la base de las causales establecidas en la ley; es por ello, que se le impone la carga procesal de exteriorizar dicha inconformidad al momento de plantear y fundamentar el recurso, con la finalidad de que el mismo prospere; toda vez que, de la manera en que la fundamentación sea realizada, dependerá, el medio de impugnación (casación), y a ella requiere imperiosamente ser encuadrada en la naturaleza misma del recurso.

La doctrina clásica, se basa fundamentalmente en la afirmación que dice, que mediante el recurso de casación, sólo se puede intentar una revalorización jurídica del material fáctico establecido en la sentencia -a diferencia del recurso de apelación-; y mucho menos una revaloración probatorio, temas que se encuentran vedados para este medio de impugnación extraordinario; es por ello que, huelga reiterar, que la la casación no constituye una nueva instancia sobre los hechos y prueba; correspondiéndole al Tribunal Casacional el control de la correcta aplicación de la ley sustantiva por los tribunales de mérito.

2.5.5.- Ubicados que han quedado, por un lado, el escenario causal de los argumentos de los recurrentes; así como, por otro, los parámetros de este medio de impugnación, se procederá a despejar y/o dar respuesta a los cargos esbozados, desde el marco de las causales establecidas en la ley.

Cabe dejar precisado, una vez más, que el medio de impugnación que ahora nos ocupa se trata, primero, de un recurso extraordinario y, segundo, de uno de orden eminentemente técnico, que obliga al casacionista a desarrollar un esfuerzo técnico-jurídico en la manera de cómo presentar los cargos⁹ casacionales.

La Corte Nacional y la ex Corte Suprema de Justicia a hecho esfuerzos en cuanto a explicar cuál es la técnica adecuada para la debida presentación y sustentación del recurso, conceptualizando cada una de las causales y explicando la manera correcta de cada una de ellas.

2.5.6.- En cuanto al reproche de: *Contravención expresa de los artículos: 75, 76 CRE (tutela judicial - debido proceso); y, 130.10 y 212 CPR-98 (deberes y atribuciones del Congreso Nacional -*

⁹ Entendiendo tal concepto como la manifestación de la inconformidad del recurrente, en contra de un razonamiento específico del juzgador que ha emitido la sentencia impugnada.

potestad de la Contraloría General del Estado).

2.5.6.1.- Conforme quedó ya precisado en el numeral 1.3 (i, ii) de este fallo, en torno a este cargo (agrupado) el recurrente en lo medular ha esgrimido:

Por un lado: que durante los 17 años que ha demorado el proceso le han sido negados estos derechos (tutela judicial y debido proceso); que no ha tenido contacto con los juzgadores; que no se ha cumplido los principios de inmediación y celeridad; que ha recibido trato desigual y discriminatorio; que se ha usado políticamente el proceso; que se ha negado su alegación de violación de las garantías del debido proceso (ya planteada en instancia); que el *Ad quem* confunde el respeto de tales garantías con aspectos formales; que el ejemplo de vulneración a la tutela judicial está en la difusión de correos electrónicos de la intervención del Ejecutivo en la designación de Jueces Nacionales; que ha sido condenado por jueces designados por sumisión al régimen correísta; que se violó el derecho a la defensa; y, que se incumplió el artículo 76.7,k) CRE (ser juzgado por juez independiente, imparcial e incompetente).

Por otro: que el artículo 130.10 CPR-98 establecía que era atribución del Congreso Nacional autorizar el enjuiciamiento penal del Presidente de la República; que el Pleno del Congreso Nacional ni concedió ni negó dicha autorización (se dice que solo emitió una opinión); que se inobservó el requisito de procedibilidad; que el artículo 212 ejusdem establecía el requisito de procedibilidad del informe de la CGE; que se confunde la norma con la Resolución 154 (2010) del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; que sólo con la CRE (2008) se eliminó tal requisito; que los jueces de instancia han negado la nulidad alegada (se reconoce que este mismo reproche ya fue presentado, analizado y resuelto); que se ignoran fallos que establece la existencia del requisito de procedibilidad; que en falta de imparcialidad de los juzgadores cambian el sentido de las alegaciones.

2.5.6.2.- Planteado así este primer cargo (agrupado), para despejar el mismo es menester señalar que, el presente reproche se lo ha realizado bajo la causal de contravención expresa (error de omisión); de allí que, resulta pertinente señalar, que este tipo de yerro *in iure* desde el marco de la técnica jurídica necesaria- implica obligatoriamente la comparación de la narración realizada por el juzgador en su sentencia versus el supuesto fáctico que prevé la norma [en este caso, por un lado de los artículos 75 y 76 CRE (2008), y por otro 130.10 y 212 CPR (98)]; ahora bien, se debe reparar que cuando se alega esta causal o cargo, lo que el recurrente debe indicar, imperiosamente, es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador (falta de aplicación); es por ello que, en este sentido, huelga reiterar, que amerita hacerse una comparación entre la narración de los hechos que hace el Tribunal *Ad quem* juzgador y el supuesto fáctico de la norma, si ambos coinciden y la norma

jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error.

Es así que, una vez precisado que ha quedado el yerro *in commento*, acorde con lo alegado por la defensa del casacionista y que consta ya detallado *ut supra*, este Tribunal, luego de la revisión y/o análisis correspondiente del fallo impugnado observa que:

La argumentación desarrollada por el recurrente JAMIL MAHUAD WITT, en torno a este primer reproche (agrupado), si bien en principio cumple con los principios de taxatividad y autonomía, pues, se identifica las normas -en este caso constitucionales, más allá de que se trata de dos cuerpos normativos distintos, ya que por un lado se habla de la Constitución de la República vigente (2008) y por otro de la Constitución Política de la República (1998)-; al momento de tamizarla desde el principio de trascendencia, se encuentra que lejos de desarrollar argumentos jurídicos con relación al error de derecho reprochado, se lo destina a alegaciones de índole política, a cuestionamientos a la designación de los juzgadores, etc. Que son temas que nada tienen que ver con el medio de impugnación técnico jurídico y extraordinario que nos ocupa en esta sede, por más que se lo haga desde el paraguas de derechos constitucionales (tutela judicial y debido proceso) a los cuales se los menciona de manera general por más que se abude en citas y transcripciones, empero, jamás se aterriza a especificar cómo, dónde y/o en qué parte específica del fallo impugnado subyace tal error de derecho, quedando por tanto tal alegación en un planteamiento por demás general que evidencia la inconformidad -también genérica- para con el fallo utilizando para ello argumentaciones no pertinentes.

De otro lado, si bien es cierto se esbozan argumentaciones en torno a temas de -lo que a decir del recurrente- es la existencia de requisitos de procedibilidad (autorización del Congreso Nacional e informe de CGE); cabe reparar que las mismas alegaciones se evidencia que ya fueron planteadas en instancia y se las vuelve a presentar ahora en sede casacional bajo el esquema de yerros *in iure*; ahora bien, más allá de aquello y de que se mantiene el mismo hilo conductor del reproche general sin concreciones en cuanto de qué manera, en qué parte de la sentencia consta el error de derecho; es menester indicar que:

Si bien es cierto el artículo 130.10 CPR (98) -vigente al *sub lite*- preveía la autorización por parte del Congreso Nacional para el enjuiciamiento del Presidente y Vicepresidente de la República, ahora bien, no es menos cierto que aquello era para cuando los dignatarios se encontraban en funciones, lo cual, no era el caso del encartado JAMIL MAHUAD WITT quien, conforme así lo determinan los jueces de instancia -y en efecto es un hecho histórico y público- que fue destituido de su cargo el 21 de enero del 2000 y el *sub lite* inicia -para aquella época- con el auto cabeza de proceso que data de 13 de julio de dicho año, es decir, después.

2.5.6.3.- Por otra parte, más allá de que -huelga reiterar-, aquella alegación ya fuera presentada para la segunda instancia ordinaria y la cual consta amplia y suficientemente despejada con solvencia y debida motivación en el fallo ahora impugnado en esta sede, el cual hace referencia a que el propio Congreso Nacional de aquella época en el momento que fue así requerido determinó que el indicado ex Presidente no se encontraba en el ejercicio del cargo; de allí que, mal podía haber aprobado o negado el enjuiciamiento, de cuya fallo de última instancia ahora se ha recurrido con el medio de impugnación que nos ocupa.

Situación similar ocurre, en torno al artículo 212 CPR (98) con relación a la competencia de la CGE para establecer indicios de responsabilidad penal (IRP); empero, se debe tener presente que -y así lo ha señalado de manera debidamente argumentada y motivada el Tribunal Ad quem- en cuanto a que para el *sub lite* la legislación procesal penal vigente a la fecha no preveía como requisito de procedibilidad la existencia de tal informe, requisito el cual se lo establece a partir de la Resolución emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia (R. O. No. 154 de 19 de marzo de 2010).

2.5.6.4.- Sobre la base de lo indicado, deviene que el presente cargo (agrupado) *in examine*, despejado que ha sido en su totalidad no prospera desde el principio de trascendencia y deviene por tanto en improcedente.

2.5.7.- En cuanto al reproche de: *Violación de: la garantía de igualdad, de los artículos 105 CPP-83 y 216.5 CPC (testimonio propio, testigos no idóneos); y, del artículo 64 CPP-83 (sistema de valoración probatoria de la sana crítica).*

2.5.7.1.- Con relación a este reproche (agrupado puntos iii, iv y v del subnumeral 1.3) acorde con la ya precisado en el referido sub numeral de este fallo, el recurrente en lo medular ha esgrimido:

Por un lado: que se ha violado el derecho constitucional de igualdad formal y material (arts. 11.2 y 66.4 CRE); que a similares situaciones jurídicas puestas en conocimiento y resolución de la administración corresponde la misma respuesta; que la situación del ex Vicepresidente Dahik es idéntica a la suya; que se inició un proceso penal sin contar con la autorización de Congreso Nacional y se declaró nulo por la falta del requisito de procedibilidad; que los jueces de instancia se apartan de

la línea jurisprudencial al no declarar las nulidades alegadas.

Por otro lado: que se han violado los artículos 105 CPP-83 y 216 CPC; que el Tribunal Ad quem, en el considerando XXII de su sentencia recurrida, ratifica que se ha probado la existencia del delito de peculado con los testimonios propios de Alfredo Alvear, Víctor Granda Aguilar, Jorge Rodríguez y Víctor Corral Mantilla; que no ha considerado que los tres primeros fueron los denunciantes, y por tener interés directo no son imparciales, y el cuarto fue miembro de la Comisión de Investigación.

Finalmente, que se viola el artículo 64 CPP-83; que los jueces de instancia violan las reglas de la sana crítica; que no se pretende realizar nueva valoración de la prueba sino demostrar la carencia de lógica de la sentencia; que del material probatorio se esconde su verdadero alcance y contenido; que es evidente el desatino en el análisis y comprensión de los medios de prueba (se hace referencia a informes de los peritos Walter Spurrier, Marcela Proaño de Cartagena y Alfredo Arízaga); que el desatino en el análisis y comprensión de los medios de prueba se reitera cuando la Sala se niega a reconocer que los recursos públicos para la resolución de la crisis sí fueron objeto de una auditoría; que los jueces de instancia sin cumplir las reglas de la sana crítica dan al informe presentado por Wilma García y Oswaldo Herrera el carácter de informe pericial, cuando expresamente dicen que no han realizado pericia financiera-contable; que en el caso de los informes periciales, los jueces de instancia ignoran la esencia de las conclusiones; que en el caso del examen especial de CGE se omite que la auditoría realizada sí comprendió el análisis de la utilización de los recursos públicos; que el Ad quem, en la valoración de la prueba no actuó con la sanidad y equilibrio que demanda la sana crítica.

2.5.7.2.- Así planteado este segundo cargo (agrupado), para despejar el mismo es menester reparar de manera primigenia que, más allá de que se mantiene el hilo conductor de evindenciar la inconformidad para con los fallos de instancia, que si bien se reprocha la violación de garantías constitucionales (igualdad), que se mencionan y transcriben varias normas (arts. 11.2 y 66.4 CRE, 105 CPP-83, 216.5 CPC; y, 64 CPP-83) y se abunda en referencias a varios elementos del acervo probatorio; no se plantea en concreto ninguna causal casacional de las previstas en la norma, esto es, que al violación de la ley sea ya por contravención expresa, falsa aplicación o errónea interpretación, es decir, de entrada el repoche no cumple con los principios de taxatividad y autonomía.

Más allá de aquello, pese a que en un momento se identifica un apartado de la sentencia recurrida, todo el reproche general que se dice de violación, estriba de manera reiterada en torno a elementos de la prueba y sobre todo de la valoración realizada por los juzgadores de instancia, con relación incluso -tangencialmente- al sistema de la sana crítica, en el cual no se ahonda y menos a ninguna de sus

reglas; todo lo cual hace que, en definitiva, por más que se señale empíricamente que no se pretende revalorar prueba, más sin embargo en lo nuclear es lo que se intenta.

Ahora bien, si bien es cierto que en el CPP-83 no constaba de manera textual aquella prohibición expresa para el escenario casacional de revisar hechos y/o revalorar prueba; no es menos cierto que la esencia misma de este medio de impugnación, su naturaleza y parámetros que han sido ampliamente abordados anteriormente en este fallo determina que aquello no es pertinente en el recurso de casación, y así lo recoge la doctrina y la evolución normativa de nuestro propio ordenamiento jurídico; debiendo ahondar en que en la reforma procesal penal del año 2009, el legislador incorporó de manera expresa las limitaciones al objeto de estudio del recurso de casación, añadiendo un segundo inciso al artículo 349 de la ley penal adjetiva, que disponía: *“No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”*; esta limitación fue acentuada en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) vigente, que en la actualidad de forma estricta y directa, dispone en su artículo 656: *“No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba”*, vetando totalmente la posibilidad de que el órgano jurisdiccional de casación altere el relato fáctico de los hechos establecidos por el Tribunal de Apelación.

Al ímpetu legislativo de la Asamblea Nacional por reducir el espectro de análisis del recurso de casación, se ha sumado también la interpretación constitucional proveniente de la Corte Constitucional del Ecuador, que ha determinado que:

“(1/4) el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, o por indebida aplicación o errónea interpretación. Además el pedido no puede fundarse en volver a valorar la prueba, conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. De esta forma, se evidencia una norma que restringe la competencia de los jueces de casación en materia penal, limitándolos únicamente hacia el análisis de la sentencia en referencia a las tres circunstancias.

*Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la Republica en el artículo 168 numeral 1(1/4)”*¹⁰

Esta limitación al objeto de estudio del recurso de casación, encuentra su fundamento en la propia reforma al Código de Procedimiento Penal del año 2009, en la cual se incorporó la posibilidad de apelar de la sentencia condenatoria por parte del procesado, lo cual viabilizó su derecho a recurrir, en los términos ya analizados, permitiendo a la legislatura considerar otros derechos importantes de los partícipes en el proceso penal, como lo son la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, en los siguientes términos vertidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*^a (1/4) El derecho al acceso a la justicia requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan, y en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales en tiempo razonable, por lo que, en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas, **una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales**^{o 11} [negrillas y subrayado fuera de texto].*

*^a La función de los órganos judiciales intervinientes en un proceso no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables. **El derecho a la tutela judicial efectiva exige que los jueces que dirijan el proceso eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos, que conduzcan a la impunidad y frustren la debida protección judicial de los derechos humanos** (1/4)^{o 12} [negrillas y subrayado fuera de texto]*

Es por ello, que se evidencia a todas luces, que las limitaciones al recurso de casación tienen una finalidad de no dilatar innecesariamente el proceso, convirtiéndolo en una suerte de tercera instancia, que resulta inútil tras el doble análisis fáctico que se realiza en el primer y segundo nivel de administración de justicia penal, para de esa manera, reservarlo únicamente para aquellos casos en los que la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico se vea comprometida de tal forma, que el agravio de ello trascienda al procesado y se convierta en un verdadero peligro para las subsiguientes causas que se tramiten en circunstancias análogas.

A manera de corolario, en esta parte, cabe indicar que, si bien el legislador ha ampliado el derecho a

11

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 22 de septiembre del 2009. Caso *Anzualdo Castro Vs. Perú*. Párr. 124.

12

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 21 de septiembre del 2006. Caso *Servellón García y otros Vs. Honduras*. Párr. 151.

recurrir de los litigantes penales a la posibilidad de proponer casación ante la Corte Nacional de Justicia; al mismo tiempo, ha impuesto el deber en ellos de adaptar su interés para recurrir al objeto de estudio limitado de este medio de impugnación.

2.5.7.3.- Más allá de las precisiones que quedan indicadas, a partir de las cuales de suyo, llevarían a la improcedencia de presente cargo (agrupado), cabe adicionalmente indicar:

Con relación a aquello de la violación a las garantías de igualdad formal y material; el recurso de casación, sin duda alguna, tiene como fin en sí mismo garantizar la igualdad ante la ley; es por ello que ante la alegación del encartado JAMIL MAHUAD WITT de que se le ha violado tal garantía constitucional, al señalar -a su decir y entender- que el *Ad quem* no ha considerado casos ^a similares^o, reiterando en aquello del requisito de procedibilidad del informe de CGE -lo cual ya quedara despejado en el cargo (agrupado) anterior y que resulta inane (o como el mismo encartado adjetiviza ^a ocioso^o) volver a reiterarlo-; empero, ahondando en lo impertinente del reproche, tanto más que aquello ya consta suficientemente despejado por los jueces de instancia ya que -huelga reiterar, eso si- que la misma alegación fue plantada en segunda instancia, analizada y resuelta; es así que, cabe remitirnos al punto 7.3.1 del fallo ahora recurrido en donde se indica que en en Acta No. 220 de 4 de julio de 2000, emitida por el Congreso Nacional consta: *"[que] al no ser el doctor Mahuad, Presidente en funciones, el Congreso Nacional de acuerdo a la Constitución no puede tratar el tema, porque solamente le compete en tanto y en cuanto al Presidente y al Vicepresidente en funciones y no a los ex presidentes y ex vicepresidentes (1/4)^o*. Con relación a la alegación de que se debió declarar nulidad al, supuestamente, tener la mismas circunstancias que la causa penal seguida en contra del ex Vicepresidente de la República Alberto Dahik, se debe dejar indicado que si bien es cierto que en el órgano jurisdiccional resolvió declarar la nulidad, aquello obedeció en tanto y en cuanto el proceso en contra del referido ex vicepresidente se inició en agosto del año 1995, y como este que data del año 2000, pers, no son situaciones similares.

En cuanto a la violación de los artículos 105 CPP-83 y 216.5 CPC, normas que versan sobre el testimonio propio y los testigos no idóneos; conforme quedó indicado la alegación estriba en torno a valoración de elementos probatorios, pretendiendo en definitiva que este órgano jurisdiccional realice una nueva valoración de aquello, lo cual, conforme ya se precisó es vedado para este escenario.

Con relación a la Violación del artículo 64 CPC-83, se mantiene el mismo eje nuclear de temas atinentes a la revaloración del acervo probatorio y en esta ocasión en cuanto al sistema de valoración de la sana crítica, cuestionamiento o inconformidad que se la paltea de manear genarl sin realizar

ningún abordaje de las reglas de tal sistema (lógica, sentido común, experiencia) ni de por qué de aquello, a no ser las adjetivizaciones como aquello de que inconsistencias, violaciones, desatinos, etc.

Es por ello que, a la luz de todo lo que queda indicado, deviene que el presente cargo (agrupado) *in examine*, para el cual no se ha cumplido con los principios de autonomía, taxatividad y trascendencia, tan es así que ni siquiera se plantea un causal casacional en concreto y se erige sobre la revaloración probatoria; todo lo cual hace que el reproche no prospere y se vuelva improcedente.

2.5.8.- En cuanto al reproche de: *Falsa aplicación (indebida aplicación) del artículo 257 CP (tipo penal de peculado)*.

2.5.8.1.- Conforme quedó ya precisado en el numeral 1.3 (vi) de este fallo, en torno a este cargo el casacionista ha esgrimido en lo nuclear:

Que el *Ad quem* asume correctamente la caracterización doctrinaria del delito de peculado vinculada con los recursos públicos y aplica esta disposición para recursos privados, dejando de considerar que el Decreto 685 reprogramó los plazos de dineros depositados por el público (personas particulares) en las instituciones del sistema financiero; que se da a los recursos privados el mismo tratamiento de los recursos públicos, como si fuesen iguales; que al analizar el bien jurídico protegido del peculado se confirma que ese tipo penal no puede aplicarse al caso previsto en el Decreto 685; que al referirse a bienes privados, en los números 14.1 y 14.2 de la sentencia, se lo hace de manera confusa y se concluye que se trata únicamente de fondos públicos; que en el número 20.1 del fallo, recurrido se deja claro que la acción que se tipifica como peculado consiste en apropiarse o distraer en provecho propio o ajeno el dinero o las cosas muebles poseídas en razón del cargo o servicio y pertenecientes a la administración pública; que se debe preguntar qué es la administración pública, cómo los recursos depositados por privados en el sistema financiero pueden considerarse pertenecientes a la administración pública; y, cómo puede sostenerse que esos recursos los poseía el Presidente de la República?; que el *Ad quem* deja de considerar que el Decreto 685 se refiere exclusivamente a bienes privados, depositados en instituciones del sistema financiero privado; que se pregunta ¿cómo esos hechos, relacionados con bienes privados, pueden considerarse atentatorios contra los bienes del Estado?.

En cuanto al sujeto pasivo: que se llega a la exorbitante situación de incluir a todos los ciudadanos,

lo cual es una interpretación extensiva del concepto de Estado; que, en cuanto al sujeto activo, el problema no está en la calidad de funcionario público del ex Presidente, sino en el hecho de que se trate de un funcionario que abuse de recursos públicos que están bajo su cuidado; tema que se elude en el fallo porque no hay manera de demostrar que los recursos depositados en las instituciones financieras estaban bajo el cuidado del Presidente de la República, en razón de sus funciones; que la referencia de normas internacionales (tipos penales descritos en la Convención Interamericana contra la Corrupción) es "ociosa"; que no consta prueba alguna sobre la recepción, directa o indirecta, de bienes a cambio de la realización de actividades determinadas; que si fuera el caso, el peculado no sería el tipo penal sino uno muy distinto, la concusión; que la sentencia basa una decisión sobre peculado en normas internacionales que definen otra clase de tipos penales.

Que se hace una falsa aplicación de la ley para hacerla coincidir con hechos que nada tienen que ver con el tipo penal; la Sala deja de tomar en cuenta los criterios doctrinarios en los que se ha basado y el tipo penal establecido por nuestra legislación; que el *Ad quem* no presenta el artículo 257 CP vigente al momento de los hechos ni muestra como los hechos encajan en ese tipo penal; que el tribunal debió establecer que el Presidente de la República tenía determinados dineros públicos o privados en su poder y que abusó de ellos; que la sentencia no argumenta en ese sentido y presenta razonamientos confusos y contradictorios; que el apartado XXI se trata de una declaración retórica, no queda claro si el supuesto abuso fue sobre fondos públicos o privados, no se explica cómo esos fondos estuvieron en poder del Presidente de la República; que se habla de abundante prueba que sustenta la afirmación pero una sentencia penal no puede limitarse a ello sino precisar qué prueba y cómo ella demuestra que se produjo el delito; que no queda claro que cómo es que los fondos privados son también fondos de la nación ni aparece el sustento jurídico para afirmar que el Presidente tenía bajo su cuidado esos fondos; que se debía demostrar que el Presidente tenía en su poder los fondos a los que se refiere la sentencia; que se asume que la obligación de cuidado de los bienes equivale a tenerlos en su poder.

Que el *Ad quem* cae en el mismo error que el *A quo* y acude a una figura penal eliminada hace cerca de cuarenta años; que se dice que el Presidente dio a los caudales públicos usos distintos a los que habían sido destinados; que aquello el Derecho Penal ecuatoriano lo definía como malversación; que no se considera que el Decreto Supremo No. 2636 (R.O. 621 de 4 de Julio de 1978, art. 16) reformó el Art. 257 del Código Penal, modificando las penas y eliminando a la malversación como delito; que no se explica cómo el Decreto 685 que se refiere a recursos depositados en el sistema financiero (recursos privados), sirve para dar a los recursos públicos usos distintos a los originalmente previstos, por lo que no se configura la malversación; que la figura de la malversación, derogada en 1978, estaba

relacionada con los caudales públicos, empero, la Sala establece que se congeló dinero de carácter privado; que se hace una falsa afirmación de que la malversación fue restablecida; que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el peculado por malversación desapareció en 1978 y no es admisible que una sentencia pretenda restablecerlo, sin que exista ley alguna que lo haga; que la Sala no tiene razón cuando pretende que peculado y malversación son sinónimos o que el segundo está incluido necesariamente en el primero.

Que el tipo penal exige que los dineros públicos o privados de los que supuestamente se ha abusado, hayan estado en poder del sujeto activo, tema al cual el Tribunal se refiere de pasada y forma contradictoria; que la Sala de Apelación ignora (con el afán de confundir) el alcance y contenido de la decisión de política-económica de reprogramar los depósitos y lo enfatiza de modo tendencioso; que El Tribunal no lo explica qué tiene que ver el congelamiento y la reprogramación de fondos privados con la entrega de recursos públicos a terceros; que simplemente se dice que que habría un perjuicio en el monto calculado por una Comisión ad-hoc cuyas afirmaciones no pueden tomarse como prueba; que incluso la misma Comisión en ningún momento afirma que haya habido una actuación dolosa en la expedición de los decretos ejecutivos de congelamiento y reprogramación; que la sentencia pretende presentar como prueba en su contra, como elemento que configuraría un delito, un informe que habla de culpa; que la Sala convierte a la reprogramación de los plazos de los depósitos privados, es decir al congelamiento de dineros privados, en abuso de dineros públicos, dando un efecto retroactivo al número 1) de la Disposición Reformatoria Trigésima Séptima del Código Orgánico Monetario y Financiero (R.O. 2ª Suplemento No.332 de 12 de septiembre de 2014, que ordenó sustituir el artículo 278, inciso 4º COIP).

Que, la sentencia afirma que ha malversado los fondos que los ciudadanos mantenían depositados en las instituciones financieras privadas; que para justificar tal construcción artificial de la tipicidad se hace una interpretación extensiva de la administración pública al caracterizar al sujeto pasivo del delito de peculado.

2.5.8.2.- Planteado así este último cargo, para despejar el mismo es menester señalar que, el presente reproche se lo ha realizado bajo la causal de indebida aplicación (error de pertinencia) referido por el artículo 373 CPP-83 como "falsa aplicación de la ley"; se debe tener claro, que este tipo de error *in iure* se refiere al error que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta, que se pretende juzgar en el fallo; ahora bien,

para que prospere esta causal, como cargo casacional, es necesario hacer una contraposición de estos dos elementos (supuesto fáctico de la norma vs narración de los hechos); de allí, que 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, caso contrario no; debiéndose, a su vez, en aras de contar un proposición jurídica completa, determinarse cuál sería, en cambio, la norma que se debió aplicar.

Es necesario indicar, que resulta lógico, que ante la utilización de esta causal por parte del recurrente, implica señalar una norma jurídica que haya resultado vulnerada por una de las vías mencionadas (indebida aplicación); más sin embargo, dado que la voluntad del recurrente no puede ser deducida por el Tribunal de Casación tan solo de la norma jurídica considerada vulnerada y de la causal en la que ha adecuado el recurrente esa vulneración; es necesario, que con la técnica jurídica adecuada, el recurrente realice una debida argumentación, en derecho, exponiendo su concreto interés para recurrir por vía de casación; y sobre determinar con exactitud en dónde o cómo yace el error de pertinencia.

Se debe insistir -una vez más-, que el recurso de casación, así como el de revisión, *“no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de legalidad y del error judicial en los fallos de instancia”*¹³; que si bien, la naturaleza impugnatoria que le otorga el ordenamiento jurídico a la casación, implica necesariamente para su activación, la existencia de una inconformidad del sujeto procesal, respecto de la sentencia; un factor determinante y necesario, es lo referente, a la carga procesal que se le impone al casacionista de exteriorizar dicha inconformidad al momento de fundamentar el recurso, con la finalidad de que el mismo prospere; puesto que, de la manera en la que dicha fundamentación sea realizada, dependerá, el medio de impugnación (casación), y a ella, requiere ser encuadrada en la naturaleza propia del recurso; y no solo quedar en un mero enunciado de normas como se lo ha hecho; lo cual no permite al Tribunal Casación prosperar en el examen.

2.5.8.3.- A fin de que quede despejado completamente el presente reproche, y en definitiva, dar respuesta a las alegaciones planteadas por el encartado recurrente JAMIL MAHUAD WITT, dentro del rol de este Tribunal de Casación como un órgano de control de la legalidad de los fallos emitidos por los jueces de instancia, y de subsanador -en el caso de haber-, de los yerros jurídicos de la sentencia; habida cuenta, que el proceso que ahora nos ocupa, traído a sede casacional, y por el cual se declaró culpable al ahora recurrente, es el hecho antijurídico del *“peculado”*; por tanto, corresponde referirse y hacer el abordaje de dicho tipo penal, a fin de comprender el caso *sub iúdice*.

¹³ Ver artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Respecto al delito de peculado, cabe remitirnos a lo que ya este órgano jurisdiccional¹⁴ ha señalado, cuando se establece que el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, define al peculado como: *“(Del lat. peculatus.) m. Der. Delito que consiste en el hurto de caudales del erario, hecho por aquel a quien está confiada su administración”*¹⁵; por su parte el Diccionario de Derecho Penal y Criminología señala que *“La sustracción de caudales o efectos públicos por parte del funcionario público al que le fueran confiados, constituye el delito de peculado, incluido entre los ejemplos de la malversación de caudales públicos. (1/4)”*¹⁶.

Por su parte la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en sus artículos 17 y 22 señala:

“Artículo 17

Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.”

“Artículo 22

Malversación o peculado de bienes en el sector privado

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente

14 Ver CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito. Recurso de casación No. 414-B-2010. Isaías Dassum y otros vs Tribuna de Apelación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (peculado).

En esta sentencia consta también la evolución histórica que ha tenido este tipo penal en nuestra legislación.

15 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Espasa Calpe S.A. Madrid. 1992 p 1102.

16 GOLDSTEIN, Raúl. *Diccionario de derecho penal y criminología*. 3ª edición actualizada y ampliada. Edit. Astrea. Buenos Aires. 1998. pp 728,729.

en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.^o

2.5.8.5.- Ahora bien, toda vez que en el reproche *in examine* se hace mención a la ^a malversación^o, así como a los elementos del tipo penal *in comento* (peculado), cabe señalar que: *“En sentido estricto, malversación es dar el funcionario público, a los caudales o efectos que administra, una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si se apropia de esos caudales, el hecho recibe el nombre genérico de peculado (1/4)^o 17; con lo que se clarifica, más aún el contenido de los artículos 17 y 22 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuando habla de peculado o malversación; más no, de peculado y malversación.*

El tratamiento de esta figura delictiva, varía en las diferentes legislaciones, por ello resulta contraproducente, cuando en las sentencias emitidas por los órganos de administración de justicia, se citan connotados juristas o se transcriben conceptos referentes al peculado; sin considerar, que si bien el término es el mismo, los elementos objetivos del tipo penal, en cada país, tienen diferentes connotaciones¹⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico, conforme se evidenciará en líneas posteriores, el peculado se lo ha ubicado, desde sus orígenes históricos como un delito contra la administración pública; y, de la codificación que ha hecho la norma sustantivo penal, se infiere, que el peculado no es un delito contra la propiedad sino contra la administración pública.

En cuanto al *sujeto activo del delito*, el cual se refiere a la persona natural que ha cometido el delito, en la dogmática penal encontramos que existen sujetos activos calificados y no calificados, los primeros, son aquellos que requieren de cierta calidad para ser partícipes de un delito. En el caso concreto, el inciso primero del artículo 257 del Código Penal dice: ^a1/4 *los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que en*

17 GOLDSTEIN, Raúl. Ob. Cit. pp 665.

18 Así, en la legislación Colombiana o de Costa Rica, el peculado se refiere al abuso de bienes que hayan sido confiados a la custodia del funcionario público, es decir se individualiza la protección del bien jurídico; se sanciona al funcionario público que se haya apropiado de un bien del Estado.

beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, (1/4)º; es decir, que para ser sujeto activo del delito de peculado se requiere, en principio, tener la calidad de servidor público y/o toda persona encargada de un servicio público; es por ello que cabe remitirse a la Constitución de la República, en cuanto a determinar qué comprende el sector público, quiénes son servidores públicos, sus responsabilidades y el alcance que da la Norma Suprema para los casos de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

Los artículos 121 CPR (1998), y el 233 de la actual y vigente CRE (2008) señalan que, ningún servidor público está exento de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones; que *“Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas [extraneus]º*. Ahora bien, cierto es que, en principio, sólo los funcionarios públicos pueden tener participación en un delito de peculado; más sin embargo, como queda expresado, por mandato constitucional, y acorde al artículo 257, y sus reformas, también son responsables, por este delito, las demás personas que participaren en su cometimiento, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas, y precisamente entre éstas, se encuentran las determinadas en el inciso tercero cuando se refiere a los servidores de los bancos estatales y privados; y posteriormente en el inciso cuarto del referido artículo, que huelga reiterar, señala: *“También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, (1/4)º*.¹⁹

En cuanto a la *“conducta o verbo rector”*, el núcleo del delito de este tipo penal, aquello implica la acción humana con la cual se lesiona el derecho de otra persona, es la acción ejecutiva misma del cometimiento del delito. El artículo 257 del Código Penal, a lo largo de estos años, 2000 (que empezó este juicio) y 2020 (presente), en su parte pertinente dice que es responsable de peculado el que *“1/4 hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante”*. El verbo rector es entonces el *“abusar”*, el cual, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa *usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien;*

¹⁹ Así, del artículo 257 y siguientes del Código Penal, encontramos con que existen otros sujetos que pueden ser autores, así tenemos los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; los auditores de la Contraloría General del Estado y la Superintendencia de Bancos y Seguros que han intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que esos informes impliquen complicidad o encubrimiento; merece un especial análisis este último caso, pues ante el encubrimiento o complicidad por parte de los funcionarios encargados de realizar auditorías de control como son Contraloría y Superintendencia de Bancos, se prevé una extensión de la punibilidad, pues aunque participaren secundariamente en la ejecución del delito, ya sea como cómplices o encubridores, la legislación penal ha previsto que serán sancionados como autores del delito. Finalmente, otros sujetos activos de Peculado, refiriéndose expresamente al peculado bancario, son los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero, y los vocales de los directorios y de los consejos de administración de las entidades del sistema financiero, que contribuyeron al cometimiento del delito; que no necesariamente son servidores públicos, sino también privados, pero prestan sus entidades un servicio público, como vendrían a ser los bancos o entidades del sistema financiero nacional y los empleados del IESS.

acorde a este mismo artículo, tal abuso se puede dar por: desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

En lo atinente al *objeto o bien jurídico protegido*; hay que señalar, que en el catálogo de delitos tipificados en la norma penal, encontramos una codificación en función del bien jurídico protegido; así tenemos los capítulos correspondientes a los delitos contra la seguridad del Estado, las personas, la propiedad, fe pública, etc.; de ahí que, el delito de peculado, según esta codificación, protege el bien jurídico ^a Administración Pública^o, que como ya quedo indicado, implica un concepto abstracto.

Con relación a los *elementos normativos, valorativos y otras circunstancias que complementan el tipo*; hay que señalar, que la tipicidad objetiva se integra también por elementos normativos, elementos valorativos y otras circunstancias que complementan el tipo penal; los elementos normativos son aquellos que nos remiten a otras normas legales para entender el contenido del delito; así, en el delito de peculado -para el caso en ciernes- tipificado en el artículo 257 y siguientes del Código Penal, encontramos elementos normativos, como son los conceptos de: ^a dineros públicos o privados^o, ^a funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados^o, ^a instituciones del sistema financiero nacional^o, y otros; para entender estos conceptos debemos remitirnos, a diversas normas y/o cuerpos legales que versan sobre aquello, por ejemplo y dado el caso en ciernes, a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Resoluciones del Directorio del Banco Central, etc.

En cuanto a los *elementos valorativos o descriptivos*, estos son elementos que describen la conducta, como por ejemplo en el hurto el ánimo de apropiarse de un bien ajeno; ahora bien, en el peculado no encontramos elementos valorativos.

En cuanto a las *circunstancias que complementan el tipo*, éstas, se refieren a las circunstancias en las cuales se puede cometer el delito; así el peculado, como quedó indicado, y remitiéndonos al caso que nos ocupa, puede ser cometido por funcionarios o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, cuando hayan abusado de dineros públicos o privados, fondos públicos, pero que este abuso se haya realizado en beneficio propio o de terceros.

En lo que respecta a la *tipicidad subjetiva*; hay que manifestar, que la tipicidad se compone de elementos objetivos y subjetivos; así, en la tipicidad objetiva encontramos los elementos analizados anteriormente, pero para que la conducta sea típica; es decir, para que se subsuma en el tipo penal descrito en el artículo 257 del Código Penal, debe cumplirse con la tipicidad subjetiva; este elemento se refiere a la finalidad con la que se realizó la acción, y para que ésta sea punible, solo puede realizarse con dolo o culpa; el dolo entendido como el conocimiento de los elementos objetivos del

tipo y el querer realizar la conducta; o la culpa, al violar el deber objetivo de cuidado, que para el caso ecuatoriano, no existe el peculado culposo. Refiriéndonos al peculado, al ser el verbo rector el ^aabusar^o, aquello implica una conducta dolosa, pues no es posible abusar por violación al deber objetivo de cuidado (culpa).

El peculado se comete únicamente de forma ^adolosa^o, al menos así lo ha establecido la legislación ecuatoriana²⁰, conforme se verá a continuación al conocer la evolución histórica del delito de peculado en la Legislación Ecuatoriana²¹, y que ha sido ya expuesta por este órgano jurisdiccional en el fallo que resuelve el también recurso de casación No. 414-B-2010 [Isaías Dassum y otros vs Tribunal de Apelación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia / peculado], cuando se indica:

^a (1/4) 1837, en el Código Penal (Código de Rocafuerte, art. 337), en el Título Sexto, se habla de los delitos contra la hacienda nacional, en concreto el extravío, malversación y mala administración de los caudales y efectos de la hacienda²²; en la disposición del artículo 337 de este Código, claramente se encuentra el verbo rector del peculado, que es ^aabusar^o, obviamente de los caudales y efectos²³; al

20 Cabe indicar que existen otras legislaciones en donde sí se establece el peculado culposo, como en la legislación colombiana.

21

Ver DONOSO CASTELLÓN, Arturo. *Guía Para Estudio. Derecho Penal Parte Especial. Delitos contra el patrimonio y contra los recursos de la administración pública*. Edi. Cevallos. Quito Ecuador. 2008, pp 125-152

22

Era un delito cometido por los tesoreros, administradores, contadores y otros funcionarios públicos encargados de la administración, recaudación o manejo de caudales o efectos de la hacienda nacional, y que hicieren uso de tales caudales o efectos que estén a su cargo, para objetos diferentes a los que están destinados, aunque no hayan sido necesarios para atender la hacienda, y aunque reemplacen o repongan esos efectos y caudales cuando sean necesarios. Para estos casos se sancionaba con multa del 10% del caudal mal administrado.

23

En las normas de estos años se reprimía el ^aabuso^o que hicieran de sus empleos, no efectuando los pagos que debían pretextando no tener fondos para hacerlo y usar esto para comprar por sí o por otra persona, los créditos a menor precio o para obtener ventaja, premio o interés en el pago o para molestar de cualquier modo al acreedor; en tales casos la pena era la pérdida del empleo y una multa del triple de la cantidad que no se había pagado. Igualmente se reprimía a los funcionarios que debiendo vender al público géneros o efectos, sin cumplir con sus obligaciones vendieran lo que estaba a su cargo como si fuera de ellos, o para repartirlos a determinadas personas en perjuicio del público, produciendo un efecto de falta de dichos géneros o efectos para la venta.

Nótese que en este caso, se encuentra el principio de los modernos delitos penales económicos, porque se afectaba el mercado de la sociedad en general; la norma se perfeccionaba con la obligación de los funcionarios de llevar las cuentas en forma precisa de acuerdo a las instrucciones y reglamentos del caso y se sancionaba el incumplimiento con suspensión del empleo, llegándose a establecer que había la obligación de los empleados públicos de rendir cuentas en plazos determinados, bajo pena de perder sus empleos.

En 1837 si los funcionarios encargados, es decir que tenían los caudales y efectos a su cargo, o en razón de su cargo, malversaban esos recursos dejando de cumplir lo que demandaba la necesidad de la hacienda nacional, además de la pena de privación de su empleo, recibían una multa del 20% del perjuicio causado, además de resarcir tal perjuicio en su integridad. Como se exigía a estos funcionarios que rindan fianza para garantizar su manejo, además de la pena de privación de empleo y multa, eran ^adeclarados infames^o y condenados a obras públicas de dos a seis años, es decir a trabajos forzados e inhabilitados por cuatro años para obtener cualquier empleo, siempre y cuando la malversación no excediera del monto de la fianza que habían pagado para ejercer el cargo; si excedía de las fianzas prestadas, se les privaba del empleo perpetuamente inhabilitándolos para ejercer cualquier otro y cumplían trabajos en obras pública de cuatro a diez años.

Se añadía en las normas la posibilidad de que la malversación no fuera dolosa, como en los casos anteriores, sino que fuere

describir la conducta se tipifica con tres verbos rectores: extraviar, usurpar o malversar los bienes, derechos sobre ellos y los caudales y rentas, por incumplimiento de las normas establecidas para la administración de tales caudales y efectos, estando a cargo de los tesoreros y administradores, no tan sólo esos recursos sino también el manejo, es decir, la facultad de disponer de ellos, sea que estas conductas recaigan en fondos de carácter nacional, departamental, provincial, cantonal, parroquial o de algún establecimiento público.

En este año, ya se establecía la "comunicabilidad de circunstancias", pues se señala que las personas particulares que tengan a su cargo caudales o efectos pertenecientes a la comunidad de algún departamento, provincia, cantón o pueblo por encargo del gobierno o de alguna autoridad, o por cualquier otro título, quedan sujetos a las mismas penas que los funcionarios públicos que cometieren estas defraudaciones.

1872, en el Código Penal (Código Garciano, art. 257), aparece claramente la tipificación del peculado, obviamente no con ese nombre, pero con el verbo rector "abusar"; el elemento objetivo y material en el que recae la acción infraccional son los fondos públicos, dineros públicos o privados o efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles e inmuebles, entendidos como el conjunto de recursos para el cumplimiento del servicio público; la conducta puede consistir en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante; en el elemento subjetivo del tipo penal, quien comete el delito, debe ser el funcionario o empleado público que está en condiciones de disponer de esos recursos públicos, porque los tiene bajo su control sea porque están a su cargo, o en razón de su cargo; en esta normativa, puede un "particular" también cometer peculado, si tiene a su cargo fondos públicos.

Cabe señalar, que en este año, el llamado "peculado bancario" ya se encuentra tipificado, cuando en la norma se habla de los valores que se encuentran en los bancos de Estados o comerciales²⁴. En cualquiera de las formas de peculado (común o bancario), la conducta

culposa es decir por negligencia o descuido, haciendo que los caudales y efectos se extravíen o se pierdan, por lo cual se les privaba de su empleos y debían reponer los caudales y efectos perdidos o extraviados; lo mismo sucedía con los funcionarios y empleados públicos que no cobraban oportunamente los intereses de la hacienda nacional en razón de su cargo.

24 En esta época, legislativamente ya se prevé el concepto de lo que son fondos captados del público; como los bancos reciben esos fondos y con ello efectúan operaciones financieras, fundamentalmente de crédito, la actividad peculiar del banco, por su naturaleza, hace que los fondos captados del público entren al orden económico social en las actividades de los miles de agentes económicos que dinamizan en progresión geométrica con su actividad de producción, distribución y consumo, los dineros que les han sido prestados por los bancos.

Los elementos del delito penal económico son tres: 1) el orden económico social, como bien jurídico protegido; 2) una

infraccional podía consistir en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

1889, en la Codificación Penal (art. 256); en esta normativa, la construcción típica del peculado no varía con relación al texto de 1872, excepto en cuanto a su numeración.

1906, en el Código Penal (art. 225), se habla claramente del Banco de Fomento y de los bancos comerciales, con lo cual hay que entender, que existe el "peculado bancario", no solo cuando se abusa de los fondos de la banca estatal, en lo que obviamente existirá siempre peculado, pues son fondos públicos; sino que, también de manera expresa, cuando se habla de "bancos comerciales"²⁵, se determina el cometimiento de este delito, cuando un banquero privado abusa de fondos captados del público.

1938, Código Penal, en términos generales, la construcción típica del peculado, es la que se ha venido manteniendo, con diversas modificaciones, hasta nuestros días, empero, no es ajena a lo detallado con respecto a los códigos precedentes. A partir de este año, sobrevienen otras codificaciones efectuadas, más sin embargo, para efectos del presente análisis y fallo, cabe pasar a la de 1960.

1960, Suplemento del R. O. No. 1202 de 20 de agosto de 1960; se trata de una edición especial de la Comisión Legislativa, en la que se codifican varias leyes, entre ellas el Código Penal; en esta codificación el delito de peculado constaba en los artículos 233, 234 y 235; el tipo penal establecía como sujetos activos a los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiesen

maniobra fraudulenta para abusar de los fondos captados al público; y, 3) la violación, es decir, la conducta ilícita consistente en irrespetar alguna norma, no necesariamente penal, sino que puede ser administrativa, inclusive resoluciones de la Superintendencia de Bancos, para configurar la maniobra abusiva de los fondos de fuente pública.

25

DONOSO CASTELLÓN, Arturo. Ob. Cit. señala que: ^aEs importante explicar que antes de la llegada de la Misión Kemmerer, traída por el Presidente Ayora, para organizar el banco Central, la Superintendencia de Bancos y la moderna concepción de las finanzas públicas, en la década de los años 20 del siglo XX, cada banco emitía su propia moneda, llegándose al extremo de que el Banco Comercial y Agrícola de Guayaquil del señor Urbina Jado, llegó al colmo de convertirse en la fuente de préstamos para el propio Estado ecuatoriano, a tal punto que frente a los abusos, se produjo el estallido de la revolución Juliana de los jóvenes militares nacionalistas del 9 de julio de 1925. Esta aclaración y explicación es necesaria para entender en la construcción típica, porqué se venía utilizando la referencia a los bancos comerciales, en forma genérica. (1/4)^o (p. 139)

*abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante; también se comprendía en esta "participación" a los que manejen fondos del Banco Central, sistema de crédito de fomento y comerciales, y de las cajas de previsión social; de manera tal, que se comprendía el "peculado bancario"; que incluía, de conformidad con la legislación de aquella época, al sistema de bancos que, entonces, recibían autorización para operar solo en los campos específicos, tales como crédito industrial o agrícola o en los llamados genéricamente comerciales, ya que no se habla, únicamente, del Banco Estatal de Fomento, sino que la "participación" en peculado, se extiende a todos los empleados bancarios, obviamente, incluidos con los privados; inclusive autores, cómplices y encubridores respondía solidariamente sobre los fondos materia del abuso y los daños y perjuicios.*²⁶

1971, Codificación del Código Penal (Suplemento del R.O. No. 147, de 22 de enero de 1971); en ésta, la numeración original del delito de peculado del año 1872, esto es, el artículo 257, aparece nuevamente y es la que se mantiene hasta el año 2014. El peculado aparece fundamentalmente en los artículos 257, 258 y 259 del Código Penal, el tipo penal utiliza el verbo rector "abusar", y el elemento objetivo sobre el que se construye la infracción, es, los dineros públicos o privados con finalidad social o pública, o de efectos que los representen, como piezas, títulos, documentos, o bienes o efectos mobiliarios, ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante; el elemento subjetivo, en cuanto al sujeto activo, es un funcionario público o cualquier persona encargada de un servicio público, que tenga aquellos dineros o efectos de los que abusa a su cargo o en razón de él; se comprende entre estos a todos los empleados que manejen fondos de los bancos, Central, de sistema de Crédito de Fomento, y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social²⁷; de lo dicho, se

²⁶ En esta época, la "participación criminal" se extendía, además, a los fiscalizadores de la Contraloría y a los inspectores de la Superintendencia de Bancos, que en fiscalizaciones anteriores, hubieren actuado con una conducta que implique complicidad o encubrimiento de los delitos de peculado, tanto general como el llamado "bancario"; tanto es así que acorde con el artículo 234 del Código Penal, de aquella época, la Superintendencia de Bancos, controlando también a los bancos privados, debía informar a la Contraloría, sobre la nómina de los infractores, con base a la información que los bancos y cajas de previsión le pedían; así como la lista de los desfalcadore.

mantiene también el "peculado bancario" incluyéndose a los bancos privados; el sujeto pasivo, por una parte, es una entidad del sector público a la que pertenecen dichos fondos; y por otra, al sector bancario privado en lo que corresponda, toda vez que los fondos captados del público, son también fondos públicos por destinación.

1977, en el R. O. No. 337, de 16 de mayo de 1977, se publica la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en cuyo artículo 396 se reforma el Código Penal, en lo concerniente al peculado, refundiendo los artículos 258 y 259, en el artículo 257, de manera tal que en este solo artículo quedaron comprendidos aquellos; se sanciona con reclusión a los servidores de los organismos y entidades del sector público que hubiesen abusado de dineros públicos o privados o de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuviesen en su poder en virtud o en razón de su cargo, ya consista el "abuso" en desfalco, "malversación", disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante; cabe reparar, que la descripción normativa se mantiene intacta, y como provenía de las codificaciones anteriores; ahora bien, la novedad legislativa es que se define a la "malversación" como la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando además, este hecho implique abuso en provecho personal o de terceros con fines extraños al servicio público; como sujetos activos, están comprendidos los servidores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados; también los fiscalizadores de la Contraloría y de la Superintendencia de Bancos que al efectuar los exámenes correspondientes en sus informes actúen demostrando complicidad o encubrimiento²⁸.

1978, en el R. O. No. 621 de 4 de julio de 1978 (art. 16), se reforman varios cuerpos legales, y con relación a la reforma realizada en el R. O. No. 337 (1977),

En esta época, se mantienen también como infractores a los fiscalizadores de la Contraloría y a los inspectores de la Superintendencia de Bancos, en la misma forma de la Codificación de 1960.

28

DONOSO CASTELLÓN, Arturo. *Ob. Cit.* señala que: ^aComo se ve es importante señalar que, en primer lugar se puntualiza lo que se entiende por malversación punible, para que se distinga ésta de las malversaciones con efectos meramente administrativos y civiles más no penales, por una parte; y por otra, y lo que es más importante, en vista de que la legislación bancaria y la práctica habían ampliado la acción de los bancos privados, que ya no eran utilizados solo restrictivamente y en determinados casos para los créditos en materia industrial o agrícola, sino comercial en general, se redacta mejor la norma **manteniendo el peculado bancario** que ya estaba tipificado en normas de años anteriores, (1/4)^o (p. 145) (negrillas fuera del texto)

en el artículo 257 del Código Penal, se "suprime" la palabra malversación, por lo que la definición que constaba en 1977 respecto de aquella, desaparece ±cabe indicar que esta definición constaba en el inciso segundo, que también fue suprimida-; en lo demás, salvo en lo de las penas ±un aumento que duró hasta 1979-, incluyendo lo de la prescripción de la acción, se mantiene como era en 1971.

1979, en el R. O. No. 36 de 1 de octubre de 1979 (arts. 1 y 3), se deroga el artículo 16 del R. O. No. 621, se restablecen las penas originales de delito de peculado.

1995, en el R. O. No. 764 de 22 de agosto de 1995, se añade al texto del artículo 257 del Código Penal que en esencia es el de 1971, en cuanto a que como sujetos activos del peculado, aparecen los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de Aduanas que intervengan en actos de determinación.

1999, en el R. O. No. 190, de 13 de mayo de 1999, luego del tercer inciso del artículo 257 del Código Penal, constan como sujetos activos del peculado a los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, y los miembros o vocales de los directivos y de los consejos de administración de estas entidades; empero, "No hace falta recalcar que desde 1872 existe el peculado bancario, cuyos sujetos activos son los servidores de los bancos estatales y privados que abusen de los fondos de los bancos, incluyendo los privados, porque dichos fondos captados del público se convierten en fondos públicos por disposición de la ley, dentro del tipo penal del peculado."²⁹ Con la reforma de este año (1999) se añaden después del artículo 257, cuatro innumerados que tipifican el denominado "peculado menor"³⁰.

2001, en el R. O. No. 422, de 28 de septiembre de 2001, se reforma el artículo 257 del Código Penal, de manera que la pena es de reclusión de ocho a doce años; en

29

DONOSO CASTELLÓN, Arturo. *Ob. Cit.* pp. 147,148.

30

DONOSO CASTELLÓN, Arturo. *Ob. Cit.* señala que: "No puedo de dejar de señalar que en esta reforma legislativa, incoherente, y favoreciendo en forma inaceptable a dignatarios de elección popular que pueden cometer peculado, en lugar de incorporarlos como corresponde al peculado general del Art. 257, se creó para ellos antitécnicamente, formas de conducta de peculado sancionado solo con prisión."²⁹ pp. 148,149.

cuanto a los sujetos activos constan los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que en beneficio propio o de terceros hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles e inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante; en el texto del artículo 257 se establece nuevamente que puede haber peculado por "malversación", cuando se aplique a fondos distintos a los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público.

En esta reforma se mantuvo todo el texto del artículo 257, que en esencia es el de 1971, consolidando definitivamente como hasta el 2014, en el propio Código Penal, independientemente de lo que tuviere que ver con otras normas relativas a este tipo, como las de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y sus modificaciones.

2002, en el Suplemento del R. O. No. 595, de 12 de junio de 2002, se publica la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, deroga algunas normas de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, entre ellas la del artículo 396 que en 1977 (R. O. No. 337), estableció el peculado en el artículo 257, refundiendo en él otros artículos, como quedó indicado.

Cabe precisar, que ahondar en un comentario en cuanto al texto mismo del artículo 257, que en esencia, como ya quedó indicado en ut supra, es el de 1971, consolidado definitivamente en el propio Código Penal, resulta irrelevante, toda vez que, ya estaba dicho Código Sustantivo debidamente legislado en forma autónoma y específica, sin modificaciones y en plena vigencia, y que se ha mantenido en esencia hasta el año 10 de Agosto del año 2014, cuando a partir de la plena y total entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el delito de peculado pasa a tipificarse en dicho cuerpo legal, en el artículo 278.

A manera de corolario, en esta parte, abordado que ha quedado el tipo penal de peculado en nuestra

legislación a través de la historia; y, contrastado con los argumentos del casacionista JAMIL MAHUAD WITT, ya sea en cuanto a los elementos del tipo penal peculado y/o en cuanto a la modalidad de malversación; pero, en definitiva, en cuanto a lo argüido por aquel ahora en escenario de casación, que a rasgos generales estriba en aquello que ya fuera planteado y resuelto en la instancia de apelación, deviene que tales reproches han quedado desvirtuados y resultan improcedentes; más aún, cuando, como se ha señalado en innumerables resoluciones, que la casación debe interponerse únicamente con base y por los motivos previstos en la ley, para este caso el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal de 1983; ya que no cualquier clase de "inconformidad" con la sentencia es susceptible de ser recurrida por esta vía, pues como quedó indicado, la naturaleza y/o esencia de este recurso, es corregir los errores, que al momento de aplicar el derecho, cometen los juzgadores de instancia, y los parámetros para fijar la existencia, de dicho error, vienen dados por el indicado artículo, que contiene las causales taxativas para su presentación.

2.5.8.6.- De otro lado y, con relación a la despenalización de la malversación, como una de las formas de peculado que ha sido así alegado por el recurrente JAMIL MAHUAD WITT; este Tribunal de Casación considera hacer un abordaje en torno a aquello a fin de dejar claro el tema; es así que, más allá de que al respecto tanto la sentencia ahora impugnada lo ha analizado con suficiencia y debida motivación; y, que incluso hay varios fallos -como el antes citado- por parte de este máximo órgano jurisdiccional que lo han establecido, es menester indicar que:

El artículo 257 del Código Penal, vigente a los años 1998 al 2000 -aplicable al *sub lite*-, señalaba:

*"Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público **que hubiere abusado de dineros públicos o privados de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo: ya consista el abuso en desfalco disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante** la pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.*

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorias o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán además perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos: para este efecto, el Juez de primera instancia comunicará inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Oficina Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario. El Director de la Oficina Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Oficina Nacional de Personal un registro en que consten los nombres de ellos.

La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el Art. 101 (1/4)" [negritas fuera de texto]

Por tanto, abstrayéndonos al caso en ciernes, como quedó analizado y evidenciado en anteriormente al referir el estudio de la evolución histórica que ha tenido el tipo penal de peculado en nuestra legislación, encontramos que el delito que se tipifica y sanciona es el peculado, infracción penal que consiste en el ^aabusar^o de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes, etc., y que tal abuso puede consistir ya sea en desfalco, disposición arbitraria o **cualquier otra forma semejante**; y precisamente entre esas formas, puede ser la malversación, terminología que a lo largo de la evolución histórico-legislativa del delito de peculado ha conestado desde 1837, cuando en aquel artículo 337 del Código Penal se hablaba del extravío, ^amalversación^o y mala administración de los caudales y efectos de la hacienda; empero, el verbo rector del peculado, siempre estuvo y está en el ^aabusar^o; en el artículo 257 del Código de 1872, también constaba que la conducta de abusar podía (adverbio ejemplificativo) consistir en desfalco, ^amalversación^o, disposición arbitraria o **cualquier otra forma semejante**; lo cual se mantiene en 1889 en el artículo 256; la construcción del tipo penal del peculado, es la que se ha venido manteniendo, con diversas modificaciones, hasta nuestros días; han sobrevenido varias codificaciones, por ejemplo la de 1960, en la que se mantiene el verbo nuclear ^aabusar^o, ya consista el abuso en desfalco, ^amalversación de fondos^o, disposición arbitraria o **cualquier otra forma semejante**; en la Codificación de 1971, reaparece, la numeración original del delito de peculado del año 1872, esto es, el emblemático artículo 257 -el cual se lo mantiene hasta el año 2014-, sigue el verbo rector ^aabusar^o, ya consista el abuso en desfalco, ^amalversación^o, disposición arbitraria o **cualquier otra forma semejante**; con la publicación de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en 1976, reforma el Código Penal, no se altera aquello del verbo nuclear del peculado el cual siempre está en el ^aabusar^o, ya consista el abuso en desfalco, ^amalversación^o, disposición arbitraria o **cualquier otra forma semejante**, con la ^anovedad^o de que se define a la ^amalversación^o como la aplicación de fondos a

finés distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando además, este hecho implique abuso en provecho personal o de terceros con fines extraños al servicio público; más sin embargo, en 1978 la palabra malversación, contextualizada ésta como una de aquellas ^a formas^o semejantes para el abuso como verbo rector del peculado, es suprimida, con lo cual queda que la tipificación de delito de peculado es tal como constaba en 1971; en 1979 se deroga el artículo aquel por el cual se hizo la eliminación de la palabra malversar, empero el texto que seguía vigente era el de 1971. Aquí cabe el paréntesis en cuanto a que los hechos que activaron el *sub iudice* y por los que se ha sentenciado, ocurren en el año 2000, cuando para aquella época el delito de peculado, acorde al texto de 1971 -vigente hasta aquella época con sus reformas-, tenía como su verbo nuclear el ^a abusar^o, ya consista el abuso en desfalco, ^a malversación^o, disposición arbitraria **o cualquier otra forma semejante**; recordando además, que para aquella época regía el texto de 1971, reformado, donde se eliminó la palabra malversación. Con las reformas del 2001, el artículo 257, se mantiene aquello del verbo rector ^a abusar^o, acompañado de la tradicional frase, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante; reaparece, en inciso separado aquello de la palabra ^a malversación^o, cuando se aplique a fondos distintos a los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público; reforma ésta que huelga reiterar, mantuvo todo el texto del artículo 257, que en esencia es el de 1971, consolidando definitivamente como hasta el 2014, en el propio Código Penal, independientemente de lo que tuviese que ver con otras normas relativas a este tipo; es por ello que, lo que respecta, a otras normas como la de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el 2002, y que deroga algunas normas de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, deviene en irrelevante, en tanto y en cuanto, como quedó evidenciado el peculado, y su tipificación en el artículo 257, era en esencia la de 1971, consolidando definitivamente en el propio Código Penal, cuerpo legal, que ha sido legislado en forma autónoma y específica, y que se ha mantenido su génesis de tener un solo verbo nuclear, el ^a abusar^o; más aún, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de la cual el Ecuador es signatario, concibe a la malversación como un sinónimo del peculado cuando lo trata como ^a malversación o peculado^o. De allí, que el argumento del casacionista deviene en impertinente³¹

Ahora bien, dado que además se ha argüido, que la malversación, por la que se dictó condena en la sentencia que se impugna, ha sido despenalizada y que incluso en el actual Código Orgánico Integral Penal, pues dicha palabra no consta en el artículo 278; hay que precisar que, bajo el mismo hilo conductor del análisis *ut supra*, que el delito, entendido éste, como el acto típico, antijurídico y culpable que amerita el reproche penal, es el peculado, que siempre ha tenido y tiene como verbo

³¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, ob. Cit.; define a la palabra ^oimpertinente^o como: ^oDel lat. *impertinens*, *-entis*; *adj.* Que no viene al caso (1/4)^o.

nuclear el ^aabusar^o de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos que estén en su poder en virtud o en razón de su cargo; por lo tanto, encontramos, que la conducta antijurídica continúa penalizada; de allí, que no cabe entender a la malversación como un tipo penal independiente, pues nunca ha estado así, para sobre esa base, realizar un ejercicio simple de aplicación de reglas de solución de antinomias, en donde se establece que al existir contradicciones, se aplicará la norma competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior, conforme lo prevé el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; lo cual no es del caso, ya que como quedó señalado, no hay tal antinomia, ni contradicción.

2.5.8.7.- Más allá de las precisiones que quedan indicadas, a partir de las cuales *per se*, se desvanece el cargo *in examine*; de manera adicional, en torno a aquello de los dineros públicos y privados, alegación que tampoco resulta procedente, cabe indicar de manera primigenia que en la Norma Surema, tanto en la CPR-1998 como en la CRE-2008, constan claros capítulos en cuanto al ^a sistema económico^o ^a sistema financiero^o, su naturaleza, de qué y cómo se halla conformado, la política económica, sus directrices, etc.; es así que, por ejemplo consta:

En la CPR-1998, en el Título XII, Del Sistema Económico; Capítulo 1, Principios generales (arts. 242 a 253):

^a Art. 242.- La organización y el funcionamiento de la economía responderán a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad, a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna ¼^o

^a Art. 245.- La economía ecuatoriana se organizará y desenvolverá con la coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado. ¼^o

En la CRE-2008, en el Título VI, Régimen de Desarrollo; Capítulo cuarto, Soberanía económica; Sección Primera, Sistema Económico y Política Económica (arts. 283 y 284); Sección Segunda, Política Fiscal (arts. 285-288); Sección Ocatva, Sistema Financiero (arts. 308-312):

^a Art. 308.- Las actividades financieras son un servicio de orden público, ¼^o

^a **Art. 309.-** *El sistema financiero nacional se compone de los sectores público y privado, 1/4°*

De allí que, en el adecuado entendido que el sistema económico y financiero se integra del sector público y privados, por tanto de tales recursos y dineros, huelga traer a colación aquella referencia de que en el peculado es claro y lógico que, además de reunir características propias, se debe congregar los elementos generales del tipo penal, el núcleo o verbo rector de la conducta antijurídica que es ^aabusar^o; que debe producir como efecto ^abeneficio al sujeto activo o a un tercero^o; que el sujeto activo debe ser un servidor público o el encargado de un servicio público; y, que el objeto material del delito serán siempre ^adineros públicos o privados (en el caso de instituciones del sistema financiero), de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo.

2.5.8.8.- Sobre la base de lo indicado, deviene que el reproche *in examine* de falsa o indebida aplicación del artículo 257 CP, despejado que ha sido en su totalidad no prospera, ya que más allá de que si bien cumple con los principios de autonomía y taxatividad, pues se señala una norma y una causal específica; al momento de tamizarlo desde el marco del principio de trascendencia se diluye y desvanece en argumentaciones que -conforme se determinó amplia y suficientemente *ut supra*- carecen de pertinencia y asidero jurídico, más aún, con relación al error *in iure* de pertinencia alegado, el cual incluso carece hasta de la proposición jurídica completa, ya que en ningún momento se determina cual es la norma que en su defecto debió ser la que -a decir del casacionista-, era la que debió haberse aplicado, lejos de que, en un pequeño apartado se indica la reflexión general de que si no era peculado era concusión; es por todo ello que el reproche deviene por tanto en improcedente.

2.5.9.- Cabe reiterar, que el recurso de casación es un juicio técnico-jurídico sobre la sentencia de última instancia, para cuya realización se exige, al casacionista, señalar con claridad y precisión, los errores en que ha incurrido el juzgador, demostrarlos y acreditar su incidencia en el fallo impugnado, a efectos de que el Tribunal de Casación, provea los correctivos del caso y/o subsane los errores de derecho, de haberlos; lo cual no ha ocurrido en este caso con el recurso planteado y el forma que ha sido argumentado por el encartado JAMIL MAHUAD WITT, de allí que, sobre la base de todo lo que euad precisado, este Tribunal de Casación determina que el recurso de casación presentado deviene en improcedente; tanto más que, ha sido suficiente y reiteradamente precisado que el recurso de casación por definición es limitado, con carácter específico, que le impide al Tribunal o Corte de

Casación saltarse la barda que le impone el sensor, mediante la proposición jurídica; por lo que no corrige ni adiciona demandas, que se limita a verificar la correcta formulación de la proposición y su desarrollo normativo; que solo aquellas demandas que se desarrollan por el correcto sendero, tienen vocación para prosperar.³²

3.- RESOLUCIÓN

Sobre la base de lo queda expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**^o, al tenor del artículo 382 del Código de Procedimiento Penal (CPP-1983) -aplicable al *sub lite*-, resuelve por unanimidad:

3.1.- Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el encartado JAMIL MAHUAD WITT; al no haber justificado, conforme a derecho, sus argumentaciones y sin que pueda evidenciarse algún error de derecho que pueda ser corregido de acuerdo a la facultad oficiosa que tiene este Tribunal.

3.2.- Una vez ejecutoriado el fallo de casación, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen. **Notifíquese y Cúmplase.**

LEON RODRIGUEZ IVAN XAVIER
JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

³² Ver Rodríguez, Orlando. *Casación y Revisión Penal*^o. Edid. Temis. Bogotá. 2008, p. 138

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

JUEZ NACIONAL (E)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

JUEZ NACIONAL (E)

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL (E), SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO, DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, miércoles 14 de octubre del 2020, las 11h03. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, integrado por los Jueces Nacionales Iván Xavier León Rodríguez, David Isaías Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo (Voto salvado); Magistrados que conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, habiendo sido designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura y por el sorteo de ley realizado en ésta causa, acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión salvada:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Se impugna el fallo dictado por el Tribunal integrado por las Magistradas Zulema Pachacama Nieto, Conjuenza Nacional Ponente, Gladys Terán Sierra y Sylvia Sánchez Insuasti, Juezas Nacionales, de 17 de mayo de 2017, dentro de la causa seguida en contra del señor Jorge Jamil Mahuad Witt, en razón del fuero, al ser la conducta atribuida conforme al orden jurídico a un Ex Presidente de la República del Ecuador; por el delito tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código Penal, de 1983.

1.1.- Proceso que dicho Tribunal, lo conoció en virtud de los Recursos de apelación y nulidad, interpuesto por la persona procesada Jorge Jamil Mahuad Witt, en contra de la sentencia dictada por la Jueza Nacional Ximena Vintimilla Moscoso, que Juzgó en base a la ventilación de la etapa plenaria practicada en esta causa y con sentencia de 29 de mayo de 2014, decide en lo primordial, declarar al señor Jorge Jamil Mahuad Witt, ex Presidente Constitucional de la República del Ecuador, autor y responsable del delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257, inciso primero del Código Penal de 1983; imponiéndole la pena de 12 años de reclusión mayor ordinaria.

1.2.- Ventilados que han sido los Recursos de Nulidad y Apelación, en lo fundamental, la decisión acepta parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el ex Presidente de la República del Ecuador, Jorge Jamil Mahuad Witt, respecto al *quantum* de la pena impuesta en la sentencia del órgano jurisdiccional de origen, modificándole la pena a ocho años de reclusión mayor ordinaria, por el delito tipificado y sancionado en el artículo 257, inciso primero del Código Penal de 1983, en relación al artículo 42 del mismo Código.

2.- El recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, el procesado sentenciado Jorge Jamil Mahuad Witt (en adelante: ^a Sr. Mahuad^o o ^a recurrente^o o ^a procesado^o) deduce Recurso de Casación; por lo que, el Tribunal de ésta Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, que ha asumido el conocimiento y dado el trámite acorde a la naturaleza del procedimiento de esta causa, mandando a fundamentar el recurso, corriendo traslado su contenido; en definitiva materializando el rito procesal acorde al trámite propio de esta causa. Receptó la delimitación del recurso de casación del recurrente; y, de esta manera se constituye en sujeto impulsor ± activo dentro del instituto casacional, el Sr. Mahuad, por haber invocado y tramitado este medio impugnatorio para el juicio de legalidad de la sentencia.

II. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

3.- El Recurso del Sr. Mahuad: La fundamentación escrita de este Recurso, contiene seis secciones, que en lo medular advierten el siguiente contenido puntual:

3.1.- Acusación de contravención de los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República: Refiere que son elementales derechos que se le han negado durante diecisiete años de demora de este proceso, que desde que se dictó Auto Cabeza de Proceso, no ha tenido contacto directo con los jueces que han tramitado la causa; que desde el inicio dictan en su contra una ilegal orden de prisión preventiva, sin cumplirse los principios de inmediación y

celeridad, teniendo un trato desigual y discriminatorio, presumiéndose siempre su culpabilidad, utilizando este juicio políticamente en cuatro procesos electorales, al manipular el feriado bancario como tema central de campaña con resoluciones judiciales inmotivadas. El *ad-quem*, desechó su alegación de nulidad por violación a las garantías del debido proceso, sosteniendo que han sido respetadas, desconociendo su alcance y confundiendo su respeto con aspectos formales; el artículo 76 de la Constitución, atinente al debido proceso, no fue satisfecho con su efectiva aplicación. También se vulnera la tutela judicial efectiva, limitándose al aspecto formal de acceso a la administración de justicia, sin considerar que su alcance implica el derecho a recibir respuestas motivadas, oportunas y justas; esto se explica con la difusión pública de los correos electrónicos que dan cuenta de la intervención de la Función Ejecutiva al designar jueces de la Corte Nacional de Justicia, pues los Jueces Nacionales Vintimilla, Blum, Merino e Iñiguez, que conocieron su caso, pese a su bajo puntaje, fueron favorecidos por afinidad con el gobierno de Correa, dejando de honrar su condición de jueces, convirtiéndose en instrumentos de persecución política en su contra; afirmación resultante de un correo electrónico de la Viceministra a la Ministra de Justicia. Desde lo formal, lo condenaron jueces dotados de jurisdicción y competencia, legalmente designados; pero, desde lo material, lo condenan personas que accedieron a sus funciones sin méritos y sumisos al régimen, llegando a la alta magistratura, para cumplir los dictados del poder, configurándose la violación del derecho de defensa, incumpléndose con la garantía prevista en la letra k) del número 7 del artículo 76 de la Constitución.

3.2.- Acusación de contravención de los artículos 130.10 y 212 de la Constitución Política de 1998: Normativa vigente al tiempo de los hechos, que establecía la atribución del Congreso Nacional de autorizar con votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal al Presidente de la República; autorización, que es un presupuesto del proceso penal; este enjuiciamiento, sólo podía iniciarse si el Congreso lo autorizaba. La sentencia impugnada, estima que la opinión del Pleno del Congreso Nacional, según la cual al no ser el Sr. Mahuad Presidente en funciones, el Congreso Nacional, según la Constitución, no puede tratar el tema, ya que solo le compete en tanto y en cuanto al Presidente y al Vicepresidente en funciones y no a ex presidentes o ex vicepresidentes, le equivale a la autorización exigida por la Constitución. Al Congreso Nacional, le correspondía conceder o negar la autorización para el enjuiciamiento penal; sin embargo, el pleno del Congreso Nacional ni concedió ni negó tal autorización, sólo opinó sin implicar el ejercicio de la

facultad prevista en el artículo 284 de la Constitución Política de 1998; desprendiéndose que se inobservó el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 130.10 de la Constitución Política de 1998. Se contraviene el artículo 212 de la Constitución Política de 1998, que establecía el requisito de procedibilidad de que antes de iniciar un juicio penal por peculado, debe preexistir informe de Contraloría General del Estado, presupuesto negado sin fundamento, confundiendo la aplicación de esta norma con el alcance de la Resolución del Pleno de la Corte Nacional, publicada en el Registro Oficial 154, de 19 de marzo de 2010; el contenido del citado artículo 212, difiere del texto del artículo 212 de la Constitución de 2008, con una diferencia sustancial y material, ya que la Constitución de 2008, elimina el requisito de procedibilidad previsto en la Constitución Política de 1998, al prescribir que Contraloría General del Estado, tiene la facultad de establecer indicios de responsabilidad penal, sin perjuicio de las funciones de Fiscalía General del Estado; con la Constitución de 2008, el ejercicio de la acción penal en contra de funcionarios públicos puede provenir o de la Contraloría o de la Fiscalía. Con la Constitución Política de 1998, aquello sólo podía ejercerse previo informe de Contraloría de indicios de responsabilidad penal, exclusividad que desaparece con la Constitución de 2008; siendo el requisito de procedibilidad, del artículo 212 de la Constitución Política de 1998, inobjetable. Tanto la Jueza Vintimilla como la Sala de Apelación, contravienen el artículo 212 Constitución Política de 1998, al negar la nulidad alegada pese a ser evidente que no existe informe de la Contraloría General del Estado, ignorando fallos sobre el tema, soslayando su importancia, enfatizando aspectos secundarios; cuando el pronunciamiento judicial unánime, finca este requisito de procedibilidad, montando ese esquema que intenta excusar la inexistencia de dicho requisito constitucional, sin el cual no podía iniciarse este proceso. Los Jueces de instancia, con falta de imparcialidad, cambian el sentido de sus alegaciones y sostienen que ha fundamentado el pedido de nulidad al amparo de la Resolución del Pleno de la Corte Nacional (R.O. No. 154 de 19 de marzo de 2010), siendo falso, pues alegó la nulidad por incumplirse este requisito. Configurándose la contravención del artículo 212 de la Constitución Política de 1998, se debe declarar la nulidad de todo lo actuado.

3.3.- Acusación de violación a la garantía de igualdad formal y material: Acota que la contravención de los artículos 130.10 y 212 de la Constitución Política de 1998, conducen al *Ad-quem*, a contravenir el derecho de igualdad formal y material positivado en los artículos 11.2 y 66.4 de la Constitución de 2008. La clave de este derecho, radica en que a similares

situaciones jurídicas para conocimiento y resolución, corresponde la misma respuesta. La Sala de Apelación, contraviene este derecho, ya que vista la idéntica situación procesal del ex Vicepresidente Dahik, a la suya, al iniciarse un proceso penal, sin autorización del Congreso Nacional, su consecuencia judicial, fue la nulidad de tal proceso por incumplirse ese requisito de procedibilidad. Hay abundante jurisprudencia que declara la nulidad de varios procesos penales, por no cumplirse el requisito de procedibilidad del artículo 212 de la Constitución Política de 1998. Se debe declarar la nulidad, por contravención del derecho a la igualdad material y formal, al ser evidente que en casos análogos, tales nulidades han sido declaradas.

3.4.- Acusación de violación de las disposiciones del artículo 105 del Código de Procedimiento Penal de 1983 y del número 5, del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil: Sustenta diciendo que en el considerando XXII, de la sentencia recurrida, se reitera lo sostenido por la Jueza Vintimilla, ratificando que se probó la existencia del delito de peculado con los testimonios propios de los Dres. Alfredo Alvear y Víctor Granda Aguilar, Eco. Jorge Rodríguez Torres y Monseñor Víctor Corral Mantilla; sin considerar que los tres primeros fueron los denunciados, quienes por su interés directo, no son imparciales y el cuarto fue miembro de la Comisión de Investigación, que concluyó sobre los efectos económicos del salvataje bancario, afirmándose en el contenido del informe presentado ante la Presidencia de la República. Los juzgadores de instancia, contravinieron los artículos 105 del Código de Procedimiento Penal de 1983 y 216.5 del Código de Procedimiento Civil, ya que consideran probado el delito de peculado por el cual lo condenan, en base a dichos testimonios propios, que no pueden ser considerados como idóneos, por falta de imparcialidad de éstos.

3.5.- Acusación de violación de la disposición del artículo 64 del Código de Procedimiento Penal de 1983: Las sentencias de instancia, violan las reglas de la sana crítica; reproche que dice encaminarse a demostrar la carencia de lógica de la sentencia por graves y notorias incongruencias al omitir el verdadero significado material probatorio, escondiendo su alcance y contenido; alude un desatino en el análisis y comprensión de los medios de prueba, al hacer un recuento parcial y fraccionado del contenido de los informes de los peritos Walter Spurrier, Marcela Proaño y Alfredo Arízaga, soslayan su parte esencial, que coincide al señalar que la reprogramación de depósitos, su congelamiento, es una herramienta de política económica utilizada en otros países como medio idóneo para corregir desajustes macroeconómicos como los que sufría Ecuador al momento de expedir el Decreto

685. Tal desatino, se reitera cuando se niega a reconocer que los recursos públicos para resolver la crisis financiera, fueron objeto de auditoría por la Contraloría General del Estado, cuyo resultado del Examen Especial a las operaciones administrativas y financieras de la Agencia de Garantía de Depósitos, por el periodo del 1 de diciembre de 1998 al 31 de octubre de 2000, no estableció indicios de responsabilidad penal en su contra ni de otro funcionario de su Gobierno. Sin cumplirse las reglas de la sana crítica, dan al informe de la Dra. Wilma García y Dr. Oswaldo Herrera el carácter de pericial, cuando dichos profesionales señalan que no realizaron una pericia financiera-contable que los lleve a presentar conclusiones técnicas y científicas, que solo reprodujeron cierta información recibida. La obligación del juzgador de aplicar las reglas de la sana crítica, implica realizar un examen crítico y reflexivo de los autos como deber de sanidad y equilibrio; respecto a los informes periciales, en las instancias, se ignora la esencia de las conclusiones de los expertos, que reconocen que el congelamiento, era una de las medidas apropiadas para restablecer equilibrios macroeconómicos. Sobre el Examen Especial de Contraloría, omiten toda mención a que tal auditoría, sí comprendió el análisis de la utilización de los recursos públicos. En lo concerniente al informe de los peritos García y Herrera, le dan la calidad de pericial, cuando tales profesionales se limitaron a repetir información recibida de terceros. En la valoración de la prueba, no se actuó con sanidad y equilibrio, debiéndose anular la sentencia.

3.6.- Acusación de falsa aplicación del artículo 257 del Código Penal: Argumenta que la sentencia acusada, define al peculado con doctrina que lo concibe, como la sustracción, mala utilización o abuso de fondos públicos. Se configura la falsa aplicación del artículo 257 del Código Penal, ya que, pese a asumir correctamente la caracterización doctrinaria del delito, vinculado a recursos públicos, lo aplica a recursos privados, sin considerar que el Decreto 685, reprogramó plazos de dineros depositados por el público de personas particulares, en instituciones del sistema financiero; dando el fallo, a los recursos privados, el mismo trato que a los públicos, como si fuesen iguales, cuando solo son públicos, los pertenecientes al Estado y sus instituciones, acorde al artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Analizando el bien jurídico protegido, confirma que al tipo penal, no puede aplicarse al Decreto 685, que reprogramó el plazo de depósitos del público (recursos privados); con doctrina aclara que el delito se refiere al cuidado de fondos públicos y muestra que el tipo, solo puede aplicarse a un funcionario del Estado, que tenga función de recaudación, administración o gasto de bienes públicos; lo cual no ocurre con un Presidente

de la República. Al referirse a bienes privados, en los números 14.1 y 14.2 del fallo, le es confuso, al concluir que se trata únicamente de fondos públicos, diciendo que la acción típica básica del peculado, consiste en la sustracción de caudales o efectos públicos que el funcionario tiene a su cargo por razón de sus funciones. Esa falsa aplicación, le es evidente, en el número 20.1; la sentencia, alude que la acción del peculado, consiste en apropiarse o distraer en provecho propio o ajeno dinero o cosas muebles poseídas en razón del cargo o servicio y pertenecientes a la administración pública. Dice que la sentencia en el número 17.4 afirma, que el análisis debe determinar si las acciones realizadas por el Sr. Mahuad, atentaron contra los bienes del Estado, dejando de considerar que el Decreto 685, atiende a bienes privados, depositados en instituciones del sistema financiero privado. Respecto al sujeto pasivo, se incluye a todos los ciudadanos; implicando una interpretación extensiva del concepto legal de Estado, siendo cuestionable que los ciudadanos comprendan el Estado y sean equiparables a los organismos Estatales. Sobre el sujeto activo, no discute que sea un funcionario público, ni que el Presidente, tenga la calidad de tal; más la argumentación para demostrar que un Presidente de la República pueda incurrir en peculado, le es ociosa; el problema no es la calidad de funcionario público, sino el hecho de tratarse de un funcionario que abuse de recursos públicos bajo su cuidado, tema eludido en la sentencia, al no haber como demostrar que los recursos depositados en instituciones financieras, estaban bajo cuidado del Presidente de la República, en razón de sus funciones. No discute si un Presidente de la República, puede ser sujeto activo del delito de peculado o si puede o no ser responsable por sus acciones u omisiones; lo que debe establecerse, es cómo puede asignarse responsabilidad a un funcionario público por temas sobre los que ni la Constitución ni la ley le hacen responsable. La referencia a normas internacionales y la numeración de tipos penales de la Convención Interamericana contra la Corrupción, sin definir cuál de estos se aplica al caso; o, cómo los hechos encajan en esas tipicidades, sin constar prueba de recepción, directa o indirecta, de bienes a cambio de realizar actividades determinadas; si ese fuera el caso, el delito no sería peculado, sino concusión, revelando la falsa aplicación acusada, porque la sentencia basa su decisión, en normas internacionales con otra clase de tipos penales. La falsa aplicación, fue para hacerla coincidir con hechos incompatibles al tipo penal; siempre que habla del delito de peculado, la Sala lo hace bien, diciendo que aparece con la sustracción, apropiación indebida o abuso de fondos públicos; pero, pese a ser esto claro, al analizar si en este caso se configura el delito, no considera los criterios doctrinarios y el tipo penal

legislado. No presenta el artículo 257 del Código Penal vigente al momento de los hechos, ni muestra cómo encajan en esa figura, se pregunta: ¿Qué es lo que debió establecer el Tribunal? Que el Presidente de la República, tenía determinados dineros públicos o privados en su poder y abusó de ellos; los razonamientos le son confusos y contradictorios, yendo de un tema a otro dando afirmaciones sin relación con las pruebas. Citando el apartado XXI de la sentencia, acota que es una declaración retórica, sin serle claro, si el supuesto abuso fue sobre fondos públicos o privados, ni se explica cómo esos fondos, estuvieron en poder del Presidente, hablando de abundante prueba que sustenta lo afirmado; más una sentencia penal, no puede limitarse así, tiene que precisar a qué prueba se refiere y cómo ésta demuestra que se produjo el hecho típico. El fallo, dice que el Presidente soslayó su deber como funcionario público, que era el de cuidar los fondos públicos y privados de la Nación, siendo un despropósito, sin serle claro cómo es que los fondos privados, son también de la Nación; no hay sustento jurídico para afirmar eso, cuando lo que debe cuidar el Presidente son fondos públicos. Lo fundamental, es demostrar que el Presidente tenía en su poder los fondos referidos en la sentencia, que asume que la obligación de cuidado de los bienes equivale a tenerlos en su poder. Agrega que los jueces de instancia, acuden a una figura penal eliminada del derecho ecuatoriano, hace cuarenta años; dice la sentencia, que el Presidente, dio a los caudales públicos, dejando de hablar de fondos privados, usos distintos a los de su destino; esto, es lo que el Derecho Penal ecuatoriano definía como malversación; el artículo 16 del Decreto Supremo 2636, publicado en Registro Oficial 621, de 4 de Julio de 1978 reformó el artículo 257 del Código Penal, eliminando a la malversación como delito. No se explica cómo el Decreto 685, atinente a recursos depositados en el sistema financiero que son privados, sirve para dar a los recursos públicos usos distintos a los originalmente previstos. En el apartado 22.5 de la sentencia, se contradice, ya que la figura de la malversación, derogada en 1978, se relacionaba con caudales públicos; y, la Sala dice que se congeló dinero de carácter privado, por ende, el Decreto 685 no dio a los caudales públicos una aplicación distinta. Afirma que esto deviene de la falsa afirmación de que la malversación fue restablecida y que en el artículo 257, se establece de nuevo, pudiendo haber peculado por malversación; cuando esa palabra y definición se eliminó del artículo 257, en julio de 1978, fecha desde la cual, no hay norma que restablezca ese texto, ni reforma posterior que la habilite; sin ser admisible que una sentencia pretenda restablecerlo, sin ley. Se afirma que el peculado existe en el Derecho Penal ecuatoriano desde 1837, más yerra al pretender que peculado y malversación

son sinónimos o que el segundo se incluye necesariamente en el primero; se cita un texto que no existe, un supuesto artículo 257 que en 1999 incluiría la malversación, cosa que no es así, al revisar la historia legislativa, no constaba en el artículo 257 vigente en 1998. El tipo penal, exige que los dineros públicos o privados abusados, hayan estado en poder del sujeto activo, tema fundamental aludido de forma ligera y contradictoria, al decir que si bien, los dineros públicos o privados no estuvieron físicamente en poder del Presidente, tenía la facultad para decidir sobre la administración Estatal, como lo hizo con los Decretos Ejecutivos. El problema de comprensión de la Sala, le es evidente y su ánimo de confundir dice ser notorio, al ignorar el alcance y contenido de la decisión de política económica de reprogramar los depósitos y enfatizarla de modo tendencioso; pues, el auto de sobreseimiento provisional dijo que el Dr. Mahuad, expidió los decretos 681 y 685, actos que caen en el ámbito de los normativos abstractos y generales de la política económica como Jefe de Estado, gozando de presunción de legitimidad y ejecutoriedad que gozan los actos administrativos del poder público. Al analizarse la relación causal, dice el fallo, que hay perjuicio a los fondos públicos por el congelamiento y reprogramación de recursos privados, que se habría entregado fondos públicos a terceros, sin explicar cómo. Que habría un perjuicio en el monto calculado por una Comisión *ad-hoc*, designada por Correa, Comisión sin sustento con facultades no emanadas de la ley, cuyas afirmaciones no pueden tomarse como prueba, que deben ser probadas; de aceptarse lo dicho por esa Comisión, ésta no señala acto doloso al expedirse los Decretos Ejecutivos de congelamiento y reprogramación, lo que hubo, dice la Comisión, fueron decisiones políticas equivocadas, esto es, culpa o negligencia, pero nunca dolo ni peculado, que exige el dolo como elemento sustancial; pretendiendo la sentencia presentar como prueba o elemento que configuraría un delito, un informe que habla de culpa. La falsa aplicación, también existe cuando la Sala convierte a la reprogramación de los plazos de depósitos (congelamiento) de dineros privados, en abuso de dineros públicos; dándole un efecto retroactivo al número uno de la Disposición Reformatoria Trigésima Séptima del Código Orgánico Monetario y Financiero, del segundo suplemento del Registro Oficial 332, de 12 de septiembre de 2014, que sustituyó el cuarto inciso del artículo 278 del Código Integral Penal. El peculado no es un delito contra la propiedad, es contra la administración pública, consiste en el incumplimiento, doloso, de los deberes de fidelidad que debe observar el servidor público que, por ser tal, tiene en su poder o administra bienes públicos; se materializa en la disposición arbitraria de bienes o recursos públicos, en provecho propio o de terceros; para

operar la disposición arbitraria, la conducta debe exteriorizarse en el abuso de los bienes fiscales o caudales públicos o recursos públicos; hay falsa aplicación del tipo Penal, al establecer la culpabilidad afirmando que malversó fondos que los ciudadanos mantenían depositados en instituciones financieras privadas; esta construcción artificial de tipicidad, es una interpretación extensiva de la administración pública y al caracterizar al sujeto pasivo del delito de peculado, equivocadamente señala que el Estado que comprende, todos los organismos estatales que lo conforman; y, los ciudadanos que en él han depositado su confianza.

3.7.- Solicita que se declare la procedencia del recurso de casación, y, que, se pronuncie a su favor sentencia absolutoria, enmendado las violaciones alegadas, dejando sin efecto la sentencia condenatoria de 17 de mayo de 2017, dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito y auto de 5 de junio de 2017, que resuelve la aclaración y ampliación.

4.- Contestación de Fiscalía General del Estado al Recurso de Casación: Al traslado escrito, el doctor Carlos Baca Mancheno, entonces Fiscal General del Estado, al que correspondió contestar, a cada cargo acusado, responde de la siguiente manera:

4.1.- Sobre la acusación de contravención de los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República: Arguye en lo puntual que el argumento del recurrente, de que estos derechos se le han negado, es incoherente; en el acápite I del escrito de fundamentación, detalla el antecedente del juicio, sustanciado conforme a leyes vigentes a la época de la comisión del hecho y ha accedido a la justicia, demostrándose con todos los recursos que ha presentado dilatando a la justicia. Decir que, en todo este tiempo, no ha tenido contacto directo con los jueces de esta causa; es contradictorio, pues al exponer que se desechó su alegación de nulidad, por un lado se encuentra exponiendo que no pudo acceder a la justicia y por otro, que a través de sus abogados, interpuso cuanto escrito, alegato y recurso le asistía. La puntualización de que no ha podido tener contacto directo con los jueces, es por su falta de comparecencia a este juicio, por mantener su condición de prófugo, conociéndose que vive irregularmente en Estados Unidos e incluso dicta cátedra; y este delito, tiene designación constitucional de imprescriptible. No establece cual es el trato desigual y discriminatorio, tampoco en qué lugar la sentencia atacada carece de motivación. La jurisprudencia, doctrina como sus alegaciones, no son objeto de pronunciamiento, al no adaptarse a los estándares del recurso de casación. Respecto al argumento de que el tribunal de alzada vulneró su derecho a

la tutela judicial efectiva por emitir la sentencia, denota su inconformidad con el resultado, cosa que de ninguna forma, el subjetivo criterio de desacuerdo con la sentencia condenatoria, puede ser violatorio a derecho alguno. La imparcialidad de los jueces que resolvieron, se refleja en su coherencia y congruencia con los hechos que el recurrente no ataca, refiere supuestas irregularidades administrativas en sus nombramientos, sin comprobar ni inferir en el criterio jurídico de los jueces. La acusación de contravención del artículo 75 y 76 de la Constitución de la República, Fiscalía supone es la de *contravención expresa al texto* establecida en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal de 1983; más no se aprecia que la violación alegada sea concordante con la causal enunciada, ya que para determinar la contravención expresa, se requiere un ejercicio de selección equivocada de normativa, por el juzgador al momento de emitir su pronunciamiento y evidencie el error de derecho.

4.2.- Sobre la acusación de contravención de los artículos 130.10 y 212 de la Constitución

Política de 1998: De manera concreta, alude que es de conocimiento público que el Sr. Mahuad, no estaba en ejercicio de funciones, al haber sido destituido; mal podía el Congreso, aprobar o negar su enjuiciamiento penal, ya que cuando se dicta el Auto Cabeza de Proceso, no tenía la calidad de Jefe de Estado. Respecto de que es una opinión del Congreso Nacional, cuando no aprueba ni desaprueba su enjuiciamiento, dicha Función del Estado, no tenía tal obligación, siendo ese pronunciamiento innecesario y facultativo. Con relación a que la Contraloría General del Estado, tenía competencia exclusiva para establecer indicios de responsabilidad penal, en casos como el que se juzga; la ley procesal penal de ese tiempo, no disponía que dicho informe sea un requisito de procedibilidad, para iniciar la acción penal; tal requisito, se estableció el 19 de marzo de 2010, Con Resolución de la Corte Nacional (Reg. Of. 154), la cual no tiene efecto retroactivo. Es improcedente pretender que se aplique una resolución del 2010 a este caso, ya que las normas jurídicas no son retroactivas, ni es coherente valorar el contenido constitucional de las atribuciones de la Contraloría en las Constituciones de 1998 y 2008, ni señalar que la actual Constitución eliminó el que ahora es requisito de procedibilidad. Tampoco es objeto de análisis la jurisprudencia que cita el recurrente. Por el reclamo de que la sentencia violentó la ley, de acuerdo a la primera causal, establecida en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, es de indicar que el fundamento de que el tribunal de alzada no consideró el numeral 10 del artículo 130 de la Constitución Política de 1998, respecto a la autorización previa del Congreso Nacional para iniciar el juicio penal, así como el artículo 212 *ibídem*, referente al supuesto requisito de

procedibilidad, no tiene asidero, sin poderse establecer violación de derechos.

4.3.- Sobre la acusación de violación a la garantía de igualdad formal y material: Lo repudia, exponiendo en lo medular que el recurso de casación, se encamina a garantizar la igualdad ante la ley. Se acusa de contravenir el derecho de igualdad formal y material, aduciendo que no se consideraron casos similares y que este juicio debe declararse nulo, por iniciar con las mismas circunstancias que la causa 1058-2009, seguida en contra de Alberto Dahik, donde el órgano jurisdiccional competente en ese momento, declaró la nulidad, por cuanto la causa penal en contra de esa persona, inició en agosto de 1995, fecha en la cual la Constitución Política de la República del Ecuador, codificada en 1993, en su artículo 59, letra e, señalaba que el Congreso Nacional se reúne en pleno, para conocer sobre el enjuiciamiento político del Presidente y Vicepresidente de la República en funciones y hasta un año después de terminadas éstas. En esa época, las actuaciones derivadas de infracciones cometidas en el desempeño de sus cargos, como el peculado, constitucionalmente eran motivo de juicio político y la traición a la Patria, cohecho o cualquier otra infracción que afectare gravemente al honor nacional, configuraba un enjuiciamiento penal. En dicho caso, el Congreso Nacional inició juicio político, por el supuesto peculado, que luego se archivó por no hallar perjuicio económico en contra del Estado, pero persistía el juicio penal sustanciado en vía judicial y para el momento constitucional no procedía, ya que el peculado no era un delito de traición a la patria, tampoco el cohecho, ni se consideraba una infracción que afectare gravemente al honor nacional, por lo que no debió iniciarse, más cuando el juicio político fue archivado. Por este razonamiento, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, el 20 de enero de 2012, declaró la nulidad del proceso. Por ello, el juicio sustanciado en contra de Dahik, no guarda similitud con este caso, considerando las circunstancias, los hechos y la temporalidad de la normativa constitucional vigente en ambos casos. El fundamento, no es suficiente para demostrar la supuesta violación del principio de igualdad ante la ley, tampoco refiere ninguna causal contenida en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, siendo imposible determinar algún tipo de violación, ya que los argumentos esgrimidos, no se adaptan a ninguna de las causales establecidas en la ley.

4.4.- Sobre la acusación de violación de las disposiciones del artículo 105 del Código de Procedimiento Penal de 1983 y del número 5, del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil: Expresa su rechazo, en lo primordial, argumentando que el procesado, pretende que el Tribunal casacional haga nueva valoración de prueba, cosa impropia de este

recurso. El artículo 107 del Código de Procedimiento Penal de 1983, sobre el testimonio, establecía que no se rechazará el de persona alguna, siendo el Juez libre de apreciar su grado de credibilidad; además en el artículo 112 *ibídem*, señalaba la obligación de comparecer personalmente a rendir su testimonio, no solo de quienes el juez llame a declarar, sino todo quien conozca de la comisión de la infracción; también se establecía como única prohibición, que en ningún caso el juez admitiría como testigo a los coacusados, ni al cónyuge del encausado. El testimonio, es considerado una prueba especial por la presencia de quien lo realiza; y, si a lo largo del proceso se producían variaciones o contradicciones en las declaraciones, correspondía al juez sentenciador, la facultad de examinarlas, ponderarlas y formarse libremente su convicción, pudiendo así, aceptar la versión que en función de las circunstancias concurrentes, estime veraz, con independencia del momento procesal de su producción. No basta con decir que los testimonios propios de los Dres. Alfredo Alvear, Víctor Granda, Eco. Jorge Rodríguez y Monseñor Víctor Corral, al ser los tres primeros denunciadores y el último miembro de la Comisión de Investigación, carecen de idoneidad como testigos, por tener interés directo en la causa; la normativa penal, no establece prohibición para que comparezcan esas personas, como establece la sentencia en la letra c, del punto 21.2.10. El argumento del recurrente, es impertinente, ya que fueron considerados en la sentencia sin vulnerar disposición legal alguna. En relación a que la Jueza Vintimilla, no tuvo empacho en aplicar una norma derogada para condenarlo con pena superior a la prevista, anota que el objeto de éste recurso, es determinar errores de derecho de la sentencia acusada, siendo la dictada por la Sala de Apelaciones, que resolvió dicha alegación. La supuesta violación acusada, se reduce en que los testimonios de las personas referidas, son no idóneos e imparciales, sin establecer la violación o irregularidad, haciendo juicios de valor, sin exponer ninguna causal del artículo 373 del Código de Procedimiento Penal.

4.5.- Sobre la acusación de violación de la disposición del artículo 64 del Código de Procedimiento Penal de 1983: Dice en lo destacable que es un argumento relacionado con la valoración de los medios probatorios planteados en la etapa de juicio y que los revisó el Tribunal de alzada. El recurrente, dice que la transgresión al artículo 64 del Código de Procedimiento Penal, atinente a que toda prueba será apreciada por quien Juzgue, conforme a las reglas de la sana crítica; y que la valoración de los jueces, es carente de lógica con inconsistencias, sin especificar esas violaciones; y que la cuestionada sentencia, desatina el análisis y comprensión de los medios probatorios, omitiendo los criterios coincidentes de los

peritos Walter Spurrier, Marcela Proaño y Alfredo Arízaga, respecto a que la reprogramación de los depósitos, es una herramienta de política económica utilizada en otros países como medio idóneo para corregir desajustes macroeconómicos. Revisando la sentencia recurrida, tales profesionales, comparecen por petición del recurrente, como peritos económicos, cuyo análisis se basó en el contexto histórico económico de la crisis financiera y fiscal de la época, sin asegurar que la utilización de dicha reprogramación de depósitos como herramienta política económica, haya sido beneficiosa al país; además el encaje bancario o inmovilización de cuentas, fue un mecanismo utilizado como pretexto para garantizar reservas líquidas en entidades bancarias y satisfacer las demandas de sus depositantes, conllevando a una crisis bancaria espiralada. El resultado del examen de Contraloría, que el impugnante dice que se ejecutó por el período del 1 de diciembre de 1998 al 31 de octubre de 2000, del cual no se estableció indicios de responsabilidad penal en su contra y que ello no ha sido reconocido; señala que la sentencia, puntualiza que el contenido del Decreto 685 de 11 de marzo de 1999 y 1492 de 10 de noviembre de 1999, se elaboró contrariando el ordenamiento jurídico de ese tiempo, como los artículos 16, 17, 18, 30, 35.7, 35.14, 181.8, 182 y 272 de la Constitución, como también lo enfatiza en el punto 21.2.7 de la sentencia. Entonces, el resultado del examen de Contraloría, atiende a un período que no sustenta todo el tiempo que surtió efecto el Decreto Ejecutivo 685 y que prosiguió con el Decreto 1492, que agravó más la crisis financiera y fiscal; también, este informe según las potestades de Contraloría, establecidas en la Constitución Política de 1998, como las funciones y facultades dadas en la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control de aquel tiempo, se tiene que los informes de indicios de responsabilidad penal eran actuaciones administrativas, no reconocidas como requisito de procedibilidad. Respecto a que el *Ad-quem*, no cumplió las reglas de la sana crítica, al calificar como pericia financiera-contable, los informes de los Dres. Wilma García y Oswaldo Herrera, de la sentencia recurrida, se tiene que estos profesionales periciaron los informes de auditoría de la Corporación Financiera Nacional, Banco Central del Ecuador y Agencia de Garantía de Depósitos, concluyendo que el costo aproximado de la crisis financiera fue de \$ 6.515.000.000. El error en los medios probatorios por medio de la sana crítica, debe evidenciarse en la falencia de apreciación y valoración probatoria, además del falso juicio de existencia o falso juicio de identidad, para aclarar el equívoco de valoración crítica. Tales peritajes, el tribunal de alzada, en el punto 21.2.4, indicó que la información concedida por la Corporación Financiera Nacional, que indica las pérdidas ocasionadas a esa entidad, por la

negociación de los depósitos reprogramados tanto por el ingreso de los CDRs y la cartera incobrable que era de un mil ciento setenta y ocho millones, con sesenta y un centavos de dólar, se obtuvo ilegalmente, estableciendo el *Ad-quem*, que eso es alejado de la verdad, ya que dicho informe, se realiza por orden judicial; y, no carecieron de valoración oportuna y pertinente. Esta alegación, no conlleva a transgresión a la ley, tampoco se sustenta bajo las causales del artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, siendo impertinente referirse a argumentos sin sustento legal.

4.6.- Sobre la acusación de falsa aplicación del artículo 257 del Código Penal: El Fiscal General del Estado, contradice, exponiendo en lo relevante, se señala que hay falsa aplicación del artículo 257 del Código Penal, indicando que en la sentencia, se trata de la misma forma a los recursos públicos y privados, cuando el tipo penal, establece que el perjuicio debe ser sólo a fondos públicos, que el bien jurídico protegido no se establece en el punto 14.1 y 14.2 de la sentencia al concluir que el perjuicio trata sobre los fondos públicos; afirmando que en el numeral 17.4 y 22.5 de la sentencia, se alude a bienes del Estado, pero que se omite considerar el Decreto 685 referente a bienes privados; ni se determina, si el perjuicio es sobre caudales públicos. El tipo penal del artículo 257, trata sobre el abuso de dineros públicos o privados, en armonía con la resolución 685, decretada por el Sr. Mahuad, en su calidad de Presidente de la República, que declara en Estado de Movilización a las instituciones financieras nacionales y privadas y cuando el *ad-quem*, analizó dicha resolución en el punto 22.2, determinó que los dineros públicos y privados reprogramados (congelados) arbitrariamente mediante el aludido Decreto, de 11 de marzo de 1999, como sus consecuencias, en el Decreto Ejecutivo 1492, de 11 de noviembre de 1999, obligó a los depositantes que con los certificados reprogramados paguen los créditos que mantenían con los bancos privados, procedimiento que afectó en gran escala a los depositantes, obligándoles a renegociar los CDRs, a precios por debajo del valor real, por su necesidad de alimentación, educación, salud, etc.; obligó también a la Corporación Financiera Nacional y a la Agencia de Garantía de Depósitos, a recibir los certificados reprogramados de Bancos cerrados, a su valor nominal, incluyendo los intereses devengados y no pagados a la fecha de la transacción. Respecto al numeral 17.4 de la sentencia, dentro del acápite XVII, donde se reseñan instrumentos normativos para el análisis del caso, hace que no sea necesario que en ese acápite se enuncie el Decreto 685, cuando ya lo hace en el desarrollo de la sentencia; respecto al punto 22.5, ubicado en el acápite XXII, se analizan los elementos que configuran el delito;

por ello, el argumento del recurrente tergiversa el sentido de la sentencia. El impugnante, arguye falsa de aplicación del artículo 257 del Código Penal, en el punto 20.1 de la sentencia, al no establecerse de forma clara la apropiación de bienes de la administración pública, en provecho propio, con relación al cargo desempeñado por el recurrente, diciendo que no hay manera de demostrar que los recursos depositados en las instituciones financieras, estaban bajo su cuidado, sin poderse comprobar el dolo. El Presidente de la República ± dice Fiscalía ± acorde al artículo 164, de la Constitución Política de 1998, ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe de Estado, del gobierno y responsable de la administración pública, debiendo cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, tratados y convenios internacionales en el ámbito de su competencia. El sujeto activo en el delito de peculado, es de carácter específico, especial o calificado, puesto que en principio solo puede ser ejecutado por un servidor público, conforme al artículo 120 *ibidem*, no hay dignidad, autoridad o funcionario ni servidor público exento de responsabilidad por actos u omisiones realizados en ejercicio de sus funciones. El Tribunal de alzada, al resolver, refiere que el ex Presidente, manejó la política macroeconómica del Estado, ordenando mediante Decreto Ejecutivo el Estado de Emergencia Nacional y el congelamiento de las cuentas de los depositantes en Bancos privados, disponiendo que se destinen fondos públicos, para beneficiar a la banca, perjudicando a los depositantes, que integran la sociedad ecuatoriana en conjunto, quebrantando así, el deber de responder al verdadero interés nacional. Es incoherente, que el recurrente diga que en el numeral 20.1 de la sentencia, no puede configurarse su participación, sobre bienes que no estaban a su cargo, cuando el Presidente, fue el principal causante del delito y del perjuicio económico para la nación en general. Dice también que, la sentencia incluye como sujeto pasivo a todos los ciudadanos, ya que fueron estos quienes depositaron su confianza, lo que implica una interpretación extensiva, ya que Fiscalía acota por medio de doctrina que existen diversas formas del delito de peculado. En este delito, el bien jurídico protegido es la Administración Pública, definida como la rama del poder público que tiene como misión impulsar los intereses generales, conservar el orden, proteger el derecho y facilitar el normal desenvolvimiento de las actividades sociales dentro de un Estado, además de enfatizar que trasciende la simple esfera patrimonial siendo más una violación flagrante a los deberes de garantía y confianza asumidos por el funcionario o servidor en razón a su cargo cual tipo pluriofensivo o uniofensivo; por lo que la Sala de Apelación, invocó al Estado como un todo, integrado por la ciudadanía que guarda interacción con todas las instituciones que compone la

administración pública, sin dejar de lado que las empresas privadas como las bancarias, se rigen por entidades rectoras de carácter público, que avalan su funcionamiento. La sentencia impugnada, sustenta que del significado de la expresión *erga omnes*, la emisión del Decreto 685, no tuvo ese carácter, por no ser posible su aplicación en beneficio de los depositantes de la banca, al causar perjuicio económico, ya que de la probanza, los beneficiarios de dichos decretos fueron propietarios de la banca y cierto grupo de deudores de la banca privada y de la Corporación Financiera Nacional; decreto que fue declarado contrario al orden jurídico por el Tribunal Constitucional, por lo que el Decreto 685 no tuvo carácter *erga omnes*, ya que solo benefició a una parte de los habitantes. Evidenciándose la lesividad en la comisión del delito, conducente a los depositantes, pero que afectó a la sociedad íntegra, en beneficio de personajes que produjo este hecho a costa de los perjudicados, sin existir tal interpretación extensiva alegada. La supuesta incidencia de normativa internacional empleada, que no coincide con el tipo penal, es improcedente, ya que el *Ad-quem* invoca normativa internacional asegurando el derecho al debido proceso y la obligación de aplicar el bloque de constitucionalidad y más normativa, que deben ser de directa e inmediata aplicación, en los derechos y garantías, conforme a la Constitución actual y la de 1998. También la alegación de falsa aplicación, aduciendo que no se consideró que el artículo 16 del Decreto Supremo No. 2636, del Registro Oficial 621, de 4 de julio de 1978, reformó el artículo 257 del Código Penal, despenalizando la malversación; la Sala de Apelación, en el punto 22.5 de su sentencia, indicó que la malversación se usó como sinónimo de peculado y no como delito autónomo; no existe, por tanto falsa aplicación. Además el recurrente alega la falsa aplicación, diciendo que la Sala convierte a la reprogramación de plazos de los depósitos privados, en abusos de dineros públicos y que esta retrotrae el artículo uno de la disposición reformativa trigésima séptima del Código Orgánico Monetario Financiero, que ordenó sustituir el cuarto inciso del artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal. Sobre esto, la Sala de Apelación, dijo que del lenguaje del artículo 148 del Código Monetario, por el principio de adaptación establecido en el artículo 3 de la Ley de Garantías Constitucionales, por ende no tiene asidero la interpretación del procesado de que la prohibición de congelar depósitos aparece con el Código Monetario Financiero, publicado en septiembre de 2014. Por lo que el *Ad-quem*, en el numeral 21.2.9, no retrotrae la ley actual con la de esa época, analiza en basa en la magnitud de la conmoción interna del país, motivando a la aplicación del principio de adaptación normativa, para establecer como delito el congelamiento que está

considerado dentro del delito de peculado reformado inciso cuarto del artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, decisión adoptada como medida de protección, por la realidad actual del país. El recurrente, sustenta estas alegaciones por la causal segunda del artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, esto es Falsa aplicación a la ley, referente el artículo 257 del Código Penal, que establece el delito de peculado. Sus argumentos, no se adaptan a los requisitos de dicha causal, que exhibe la actuación de las autoridades jurisdiccionales a través de la sentencia por aplicar una norma que no estaba vigente, en el caso en análisis, no está configurado tal error de derecho.

4.7.- Alegación general: El recurso extraordinario de casación tiene varios requisitos, regidos por principios básicos que se deben observar al fundamentarlo; para determinar la violación a la ley, se debe demostrar el error de derecho, presentándolo sobre el valor de las normas, consistente en un juicio erróneo que puede recaer sobre su existencia, selección o hermenéutica y que en este caso no se produjo. La sustentación no tiene una construcción lógica, no sólo por los hechos refutados y la normativa utilizada, sino por falta de argumento jurídico, sin ameritar examen, al incumplir el principio de taxatividad, de mínimos lógicos y coherencia, de trascendencia y proposición jurídica completa, de no contradicción; sin demostrar la violación a la ley para establecer errores de derecho. Refleja el ánimo de dilatar la justicia, con alegatos y recursos inoficiosos, impertinentes con incoherencia lógica y jurídica, para evadir la condena. El principio de buena fe y lealtad procesal, sanciona el abuso del derecho al usar procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis. No se cumplió con las causales del artículo 373 del Código de Procedimiento Penal de 1983, ni con el artículo 377 *ibídem*, no contiene la exposición precisa de los hechos que, según la sentencia, son constitutivos del delito, ni se cita la Ley violada y los fundamentos jurídicos en que se basa el recurso. Pide que acorde al artículo 382 del Código de Procedimiento Penal de 1983, se declare improcedente el recurso, rechazando los argumentos y la pretensión de convertir al recurso en una instancia de valoración de prueba, al comportar una afectación a la lealtad procesal y un abuso al derecho de recurrir, que debe observar el Tribunal de Casación.

III. CONSIDERANDOS

5.- La Ley Del Tiempo Rige El Acto (*pro tempore regit actum*): Los hechos que estructuran este proceso, han sido antes de junio de 2001, fecha en la que entra en rigor el Código de Procedimiento Penal, que fue publicado en el Registro Oficial Suplemento 360, de 13 de

enero de 2000, que acorde a su Disposición Final, derogó el Código de Procedimiento Penal (Ley No. 134), publicado en el Registro Oficial 511 de 10 de junio de 1983 y todas sus reformas posteriores; entrando en vigencia luego de transcurrido dieciocho meses desde su publicación en el Registro Oficial. Por ende también son anteriores al 10 de agosto de 2014, fecha a partir de la cual entró en rigor el actual Código Orgánico Integral Penal; iniciando con esa temporalidad previa la acción penal en fase *pre-procesal* y *procesal*. Por eso, en atención a la Primera Disposición Transitoria del Código de Procedimiento Penal del año 2000, los procesos, actuaciones y procedimientos de investigación que se encontraban en trámite, continuaron sustanciándose conforme a las reglas de procedimiento vigentes al tiempo de su inicio y hasta su conclusión; lo cual guarda coherencia con la Primera Disposición Transitorio del Código Orgánico Integral Penal, que dispone que los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia dicho Código, seguirán sustanciándose de acuerdo al procedimiento penal anterior hasta su conclusión; por lo que, aplicando el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal, artículo 2 inciso final del Código Penal, artículo 2 del Código de Procedimiento Penal publicado en el año 2000 y artículo 158 del Código de Procedimiento Penal de 1983, se aplican normas distinguiendo tiempos para concordar las leyes (*distingue tempora et concordabis jura*), utilizando normas sustantivas y adjetivas penales aplicables al tiempo, antes de su derogación en concordancia con las vigentes ± en lo aplicable *prima in tempore prima in iure* (primero en tiempo, primero en derecho), cumpliendo así el principio de temporalidad, ya que acorde al artículo 16.1 del Código Orgánico Integral Penal el tiempo rige el acto (*tempus regit actum*).

6.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 números 1, 3 y 7 letra K, artículo 167, 172, 178.1 y 184.1 de la Constitución de la República; Considerando Octavo, artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183.3, 184, 186.1 en relación al penúltimo inciso del Art. 182 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato de la Primera Disposición Transitoria del Código Orgánico Integral Penal, radica la jurisdicción y competencia por disposición de la Primera Disposición Transitorio del Código Orgánico Integral Penal en concordancia con la Primera Disposición Transitoria del Código de Procedimiento Penal publicado en el 2000; visto el imperio ultra-activo de los artículos 1 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 1983 y artículo 5 del Código Penal; este Tribunal, tiene jurisdicción y competencia para conocer la impugnación, ventilarla y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, temporis, loci*,

gradus y personae).

7.- Validez Procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso; del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, lo cual, del estudio de las tablas procesales, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violado solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar, en lo concerniente al cuaderno casacional; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

IV. DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación del Recurso de Casación)

8.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, tiene por misión principal, en la trayectoria de la legislación, desde que se incluye en el sistema jurídico ecuatoriano este medio impugnatorio, en los diversos cuerpos jurídicos procedimentales que han tenido vigor desde 1983 hasta el presente, se encuentra la de vigilar la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; implicando, que los fines de la casación, en el Ecuador, desde la legislación de 1983 hasta la vigente, se han encaminado a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que, el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva y procesal, según la naturaleza de cada causal de casación, sin examinar los hechos del caso en concreto; ya que el recurso de casación, no puede revisar las pruebas ni los hechos probados, estudia el cumplimiento de las leyes con grado diferente de funciones; diferenciándose de la apelación, por ejemplo (donde ha venido constituyendo instancia y hay la valoración de hechos probados), por eso en

apelación, quien juzgue, puede llegar a sus propios hechos probados y configurar su propio cuadro fáctico; mientras que, en casación, no se puede recibir prueba, la casación no puede concluir con su propio cuadro fáctico.

9.- Presupuestos del Recurso de Casación: Previo a las cuestiones de fondo, conforme al artículo 373 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, se tiene que el presente Recurso de Casación, ha sido interpuesto dentro de los tres días posteriores a la notificación de la sentencia y ha sido remitido el proceso al Tribunal casacional para su conocimiento como lo ordena el artículo 374 *ibídem*. Luego de notificarse la recepción del proceso, el Sr. Mahuad, como Recurrente, se ha presentado dentro de los diez días, ulteriores a la notificación de dicha recepción y ha solicitado plazo para fundamentar su recurso; motivo por el que, no se ha declarado la deserción del recurso; y, en el plazo de veinte días lo ha fundamentado, por lo que se ha corrido traslado a Fiscalía quien ha dado su respuesta; por lo que se ventiló la respectiva audiencia casacional, cumpliendo así el rito procesal de los artículos 376, 379, 381 y más pertinentes del Código procesal aplicable a esta causa.

10.- Sobre las causales de casación: Para determinar si el recurso impulsado, se ajusta a las causales establecidas en la ley, se tiene que el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, dicta lo siguiente:

^a El recurso de casación será procedente para ante la Corte Suprema de Justicia cuando en la sentencia se hubiera violado la Ley, ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente^o

Del texto de la norma, deviene que las causales son:

10.1.- Contravención expresa del texto de la ley, que constituye una exclusión evidente, la cual se presenta, cuando no se emplea la norma que corresponde, porque el juez yerra acerca de su existencia; ya porque la desconoce o que de manera simple conociéndola, no la aplica.

10.2.- Falsa aplicación de la ley, configurada cuando el sentenciador, hace una inadecuada adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la disposición, ese yerro, recae en la selección de la norma aplicada, dejando de aplicar la norma que corresponde para la solución del problema jurídico.

10.3.- Errónea interpretación de la ley, que sucede cuando la norma aplicada y adecuada por el Juez en su proceso de selección, es la correcta, pero al concederle su interpretación, le atribuye un sentido que no le corresponde, con efectos contrarios a sus contenidos,

implicando que le ha consignado una interpretación equivocada del alcance del texto de la norma.

11.- Las causales expresadas, son atingentes a errores *in iudicando*, que configuran un vicio de juicio en sus distintas contemplaciones que puede manifestarse en la sentencia objeto de casación ± causales expresadas ± que tampoco desmerecen dentro de la estructura del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cual modelo adoptado por el Ecuador (Art. 1 CRE), la casación, por vulneración del derecho a la motivación, lo cual implica una alta gama de interrelación comunicativa entre la interdependencia de los derechos consagrados en la Constitución e Instrumentos (internacionales) protectores de los Derechos Humanos.

12.- A la luz de los parámetros indicados, se tiene que el casacionista, han invocado acusaciones en diverso orden, por lo que para establecer cuáles de esas acusaciones contienen causales casacionales, se extrae el señalamiento de cada reproche que ha formulado el casacionista, los mismos que son: **a)** Contravención de los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República; **b)** contravención de los artículos 130.10 y 212 de la Constitución Política de 1998; **c)** violación a la garantía de igualdad formal y material; **d)** violación de las disposiciones del artículo 105 del Código de Procedimiento Penal de 1983 y del número 5, del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil; **e)** violación de la disposición del artículo 64 del Código de Procedimiento Penal de 1983; y, **f)** falsa aplicación del artículo 257 del Código Penal.

12.1.- Los reproches que el impugnante ha formulado de: **a)** violación a la garantía de igualdad formal y material; **b)** violación de las disposiciones del artículo 105 del Código de Procedimiento Penal de 1983 y del número 5, del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil; y, **c)** violación de la disposición del artículo 64 del Código de Procedimiento Penal de 1983. No constituyen causales de casación de las determinadas en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal de 1983 (aplicable a esta causa). Pues la violación a la Ley, en materia casacional, se la formula por medio de sus causales, ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente. Visto el principio de especificidad, el recurrente ha de especificar de manera categórica a la causal que se refiere, cada uno de sus reproches, en las indicadas acusaciones del recurrente, no se menciona cuál es la causal; de dar una interpretación a cada reproche por parte del Tribunal, para asignar una determinada causal, implicaría una ruptura

al principio de imparcialidad y con ello, el rompimiento del principio dispositivo, ya que los sujetos procesales, marcan los linderos de discusión y enfoque de estudio del Tribunal. Por lo que de manera nítida estos reproches realizados por el recurrente, quedan como meros enunciados, que el Tribunal no puede enfocarse a su estudio.

13.- Delimitación conclusiva: De lo anotado, este Tribunal de Casación, se encuentra ante dos causales de las que se determinan en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal de 1983 (aplicable a esta causa), y estas son: **a)** Contravención de los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República; **b)** contravención de los artículos 130.10 y 212 de la Constitución Política de 1998; y, **c)** falsa aplicación del artículo 257 del Código Penal. Siendo éstos los límites sobre los cuales el sensor casacional actuará; tal delimitación conclusiva del juicio de legalidad de la sentencia, no se contrapone al derecho a la tutela judicial efectiva ni a la presunción de inocencia, menos aún al derecho a la defensa; pues, respecto al juicio contra el juicio o fiscalización de la sentencia, este máximo organismo de administración de justicia, de ser procedente, se pronunciará, en los términos que señala el artículo 383 del Código Adjetivo penal aplicable, que establece:

“En caso de haberse declarado la deserción del recurso o en el que el recurrente lo hubiese fundamentado equivocadamente, si la Corte Suprema observa que, en efecto, ha existido la violación de la Ley, casará la sentencia, rectificando el error de derecho que la vicia”

13.1- Se deja en claro que la fiscalización de la sentencia, por medio de la Corte Nacional de Justicia (en el orden penal), tiene una limitación lógica por la estructura del procedimiento casacional, siendo revisable todo lo que se puede revisar mientras no afecten los principios constitucionales estatuidos en el artículo 168 y 169 de la Constitución, entre otros de oralidad e intermediación, que no impidan la revisión. La Corte de Casación es responsable por el control de lo que tiene capacidad de revisar por sus propios medios, sin necesidad de rehacer un nuevo juicio [de hechos], de modo que las verificaciones fácticas que dependen de la intermediación y la oralidad son las únicas que permanecen reservadas exclusivamente al juzgador de instancia, de allí que ^a¼ *la apelación es un juicio sobre el hecho, el juicio de casación es un juicio sobre el juicio, particularmente sobre la motivación. Como tales, ambos juicios no son fungibles en absoluto: ni el juicio sobre la logicidad de la argumentación probatoria puede sustituir el doble examen, ni viceversa*^¼ ° [Luigi Ferrajoli,

^aLos valores de la doble instancia y de la nomofilaquia.°. En: Revista ^aNueva Doctrina

Penal°. Buenos Aires: Del puerto, 1996]; este recurso se dirige a examinar *ex post* la justificación de la decisión para corregirla y/o verificar si es una decisión justa, en derecho, acorde al resultado procesal evidenciado en la sentencia. El control en casación, no implica reformular el juicio de hecho, sino establecer si la decisión se sustenta en argumentación racionalmente aceptable; es decir, es un control de validez racional de la justificación según el contexto en el cual ha sido expedida.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

14.- Como ya ha quedado determinado, en el párrafo 13, de esta sentencia, se procede a verificar lo impugnado con el Recurso del Sr. Mahuad.

15.- Primer cargo, de contravención de los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República: Acusación que se centra en el sentido medular de que estos derechos dice le han sido negados durante el proceso, que, desde que se dictó el Auto Cabeza de Proceso, no ha tenido contacto directo con los jueces; dictándose una ilegal orden de prisión preventiva, contra los principios de inmediación y celeridad, con trato desigual y discriminatorio, presumiéndose su culpabilidad, usando esta causa, en cuatro procesos electorales, manipulando el feriado bancario como tema electoral con resoluciones judiciales inmotivadas. Se desechó su pedido de nulidad por violación a las garantías del debido proceso, desconociendo su alcance y confundiéndolas con aspectos formales, cuando el artículo 76 de la Constitución, no fue satisfecho. Se vulnera la tutela judicial efectiva, al limitarla al acceso formal a la justicia, que implica el derecho a recibir respuestas motivadas, oportunas y justas; evidenciándose a su juicio la intervención de la Función Ejecutiva al designar a los jueces Nacionales que conocieron este caso, quienes por su afinidad con el régimen de Correa, han sido instrumentos de persecución política, condenándolo jueces con jurisdicción y competencia, legalmente designados, que desde lo material, accedieron a sus funciones para cumplir los dictados del poder, configurando la violación al derecho de defensa y la garantía del artículo 76.7.k, de la Constitución.

16.- Segundo cargo, de contravención de los artículos 130.10 y 212 de la Constitución Política de 1998: Reproche que en lo fundamental se constriñe en que se establecía la atribución del Congreso Nacional de autorizar con votación de sus dos terceras partes, el enjuiciamiento penal al Presidente de la República y este juicio, sólo podía iniciar con esa autorización. En la sentencia impugnada, se estima que la opinión del Pleno del Congreso Nacional, según la cual al no ser el Sr. Mahuad Presidente en funciones, no puede tratar el

tema, al competirle cuando se trata del Presidente y Vicepresidente en funciones y no a ex mandatarios, sin equivaler a dicha autorización; al Congreso, le correspondía autorizar o no este enjuiciamiento y solo opinó sin ejercer la facultad del artículo 284 de la Constitución Política de 1998, inobservándose este requisito de procedibilidad previsto en el artículo 130.10 de la Constitución invocada. Se contraviene el artículo 212 de la Constitución referida, que establecía el requisito de procedibilidad de que antes de iniciar un juicio por peculado, debía haber informe de Contraloría General del Estado, negándose sin fundamento, confundiendo esta norma con la Resolución del Pleno de la Corte Nacional, publicada en el Registro Oficial 154, de 19 de marzo de 2010; el artículo 212, difiere del texto del artículo 212 de la Constitución de 2008, que elimina este requisito, al prescribir que la Contraloría, tiene la facultad de establecer indicios de responsabilidad penal, sin perjuicio de las funciones de Fiscalía; con la Constitución de 2008, el ejercicio de la acción penal contra funcionarios públicos puede provenir de Contraloría o de Fiscalía; con la Constitución Política de 1998, sólo podía ejercerse previo informe de Contraloría de indicios de responsabilidad penal, exclusividad que elimina la Constitución de 2008; requisito que es inobjetable. La sentencia de primer nivel y la de Apelación, contravienen el artículo 212 Constitución Política de 1998, al negar la nulidad alegada pese a no existir informe de Contraloría, ignorando fallos sobre el tema y enfatizar aspectos secundarios, ante el pronunciamiento judicial unánime de este requisito de procedibilidad, con un esquema que trata excusar su ausencia, sin el cual no podía iniciar este proceso. Los Jueces de instancia, sin parcialidad, cambian el sentido de sus alegaciones y sostienen que fundamentó la nulidad en la Resolución (R.O. No. 154 de 19 de marzo de 2010), cuando alegó la nulidad por incumplirse este requisito. Al configurarse la contravención del artículo 212 de la Constitución Política de 1998, debe declararse la nulidad de todo lo actuado.

17.- Tercer cargo, falsa aplicación del artículo 257 del Código Penal: En lo concreto, se centra indicando que el fallo concibe al peculado, como la sustracción, mala utilización o abuso de fondos públicos. Este cargo se configura, cuando a este delito vinculado a recursos públicos, lo aplica a recursos privados, sin considerar que el Decreto 685, reprogramó plazos de dineros depositados por particulares, en entidades del sistema financiero; el fallo, da a los recursos privados, el mismo trato que a los públicos, como si fuesen iguales. Analizando el bien jurídico protegido, confirma que a este tipo penal, no aplica el Decreto 685, que reprograma el plazo de depósitos del público; al aclarar que el delito atiende al cuidado de

fondos públicos y solo aplica al funcionario del Estado, con función de recaudación, administración o gasto de bienes públicos; sin ocurrir esto con un Presidente de la República. Respecto a bienes privados, los puntos 14.1 y 14.2 del fallo, concluyen que se trata sólo de fondos públicos y que la acción prohibida, está en sustraer caudales o efectos públicos que el funcionario tiene a su cargo en razón de sus funciones. El apartado 20.1 de la sentencia, alude al acto, referente a apropiarse o distraer en provecho propio o ajeno, dinero o cosas muebles poseídas en razón del cargo o servicio, pertenecientes a la administración pública. El punto 17.4, dice que el análisis debe determinar si las acciones del Sr. Mahuad, atentaron a bienes del Estado, sin considerar que el Decreto 685, atiende bienes privados, depositados en instituciones del sistema financiero privado. Sobre el sujeto pasivo, incluye a los ciudadanos, interpretando extensivamente el concepto legal de Estado, sin que éstos, se equiparen a los organismos Estatales. Sobre el sujeto activo, el argumento que afirma que un Presidente de la República puede incurrir en peculado, le es ocioso, sin ser problema, la calidad de funcionario público, sino que siendo funcionario, abuse de recursos públicos bajo su cuidado, sin demostrar que los depósitos en instituciones financieras, estaban bajo cuidado del recurrente, en razón de sus funciones; sin establecer, cómo se asigna responsabilidad a un funcionario público por temas que no le atribuye responsabilidad la Constitución o la ley. La alusión a normas internacionales y delitos de la Convención Interamericana contra la Corrupción, sin definir cuál de éstos, se aplica al caso o cómo se encaja en esas tipicidades; sin probar la recepción directa o indirecta de bienes a cambio de hacer actividades determinadas; si ese fuese el caso, el delito sería de concusión; basa la sentencia su decisión, en normas con otros tipos penales. Se hace coincidir hechos incompatibles al tipo, que la Sala dice que, aparece con la sustracción, apropiación indebida o abuso de fondos públicos; pese a eso, al analizar si se configura el delito, no considera al tipo penal legislado, con un artículo 257 del Código Penal no vigente al tiempo de los hechos. El apartado XXI del fallo, es retórico, no aclara, si el supuesto abuso fue sobre fondos públicos o privados, ni explica cómo esos fondos, estaban en poder del Presidente; refiere abundante prueba sin sustentar su afirmación, la sentencia penal, no puede limitarse así, debe precisar a qué prueba alude y cómo se demuestra el hecho típico. El fallo, dice que el Presidente soslayó su deber como funcionario público, debiendo cuidar los fondos públicos y privados de la Nación, sin aclarar cómo es que los fondos privados, son de la Nación, cuando el Presidente debe cuidar fondos públicos. Debiéndose demostrar si tenía en su poder dichos fondos, asume que la obligación de cuidado de los

bienes, equivale a tenerlos en su poder. Con una tipicidad eliminada hace cuarenta años, dice la sentencia, que el Presidente, dio a los caudales públicos, sin hablar de fondos privados, un uso distinto al destinado, cuando el artículo 16 del Decreto Supremo 2636 (R.O. 621, 4 de Julio de 1978) reformó el artículo 257 del Código Penal, descriminalizando la malversación. No explica cómo el Decreto 685, atinente a recursos privados depositados en el sistema financiero, sirve para dar al recurso público usos distintos a los de su destino. El punto 22.5, es contradictorio, ya que la derogada malversación, era por caudales públicos; y, se dice que se congeló dinero privado, el Decreto 685 no dio a los caudales públicos una aplicación distinta. Por la falsa afirmación de que la malversación se restableció, pudiendo haber peculado por malversación; cuando eso se eliminó en 1978, sin ser restablecida. Se yerra, al pretender que peculado y malversación son sinónimos o que el segundo se incluye en el primero; se cita un texto inexistente, de un supuesto artículo 257, que en 1999 incluiría la malversación. Este delito, exige que los dineros públicos o privados abusados, hayan estado en poder del sujeto activo, cosa tratada de forma ligera y contradictoria, al decir que si bien, los dineros públicos o privados no estuvieron en poder del Presidente, éste decidía sobre la administración Estatal, como lo hizo con los Decretos Ejecutivos; confundiendo e ignorando su alcance y contenido, como lo afirmó el auto de sobreseimiento provisional, que el Sr. Mahuad, expidió los Decretos 681 y 685, que pertenecen al ámbito de los normativos abstractos y generales de la política económica como Jefe de Estado, con presunción de legitimidad y ejecutoriedad que gozan los actos administrativos del poder público. En la relación causal, dice el fallo, que hay perjuicio a fondos públicos por congelar y reprogramar recursos privados y se habría entregado fondos públicos a terceros, sin explicar un perjuicio en el monto calculado por una Comisión *ad-hoc*, sin ser prueba sus afirmaciones, de aceptarse aquello, ésta no señala acto doloso al expedirse estos Decretos Ejecutivos, sino que fueron decisiones políticas equivocadas, siendo culpa o negligencia y no, dolo ni peculado, pretendiéndose configurar al delito, con ese informe que habla de culpa. Falsa aplicación, al convertir la reprogramación de plazos de depósitos de dinero privado, en abuso de dinero público, dando uso retroactivo, al número uno de la Disposición Reformatoria Trigésima Séptima del Código Orgánico Monetario y Financiero, (2do Sup. R.O. 332, 12 de septiembre 2014), que sustituye el cuarto inciso del artículo 278 del Código Integral Penal. No es un delito contra la propiedad, es contra la administración pública, es el incumplimiento doloso, de deberes de fidelidad a ser observados por el servidor público que tiene en su poder o

administra bienes públicos; se materializa en la disposición arbitraria de bienes o recursos públicos, en provecho propio o de terceros; conducta materializada en el abuso de bienes o caudales o recursos públicos; falsa aplicación, al establecer la culpabilidad diciendo que malversó fondos que los ciudadanos depositaron en instituciones financieras privadas; construcción artificial de tipicidad, que es una interpretación extensiva de la administración pública al caracterizar al sujeto pasivo y equivocadamente señalar que el Estado comprende también los ciudadanos que en él depositan su confianza.

18.- Problemas a dilucidar: De los tres reproches que contienen causal, formulados por el impugnante, se extraen los siguientes problemas: **1.** ¿Puede concentrar el estudio casacional análisis de aspectos desarrolladas en instancias inferiores?; **2.** ¿Será procedente argüir cargos de errores *in procedendo* en sede casacional ecuatoriana?; y, **3.** ¿Las Políticas Económicas Decretadas con antecedente de un Estado de Emergencia, configurarían peculado conforme al derogado Código Penal Ecuatoriano? Las interrogantes planteadas, se resuelven en el desarrollo que se expone en los párrafos siguientes:

¿Puede concentrar el estudio casacional análisis de aspectos desarrolladas en instancias inferiores?

19.- La interrogante planteada, deviene de los contenidos sustentados por el recurrente bajo la acusación de contravención de los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República, ya que el recurrente centra su fundamento en esta causal concretando siete afirmaciones: **1.** Afirma ser derechos que se le han negado durante el trayecto del proceso; **2.-** Afirma que desde que se dictó el Auto Cabeza de Proceso, no ha tenido contacto directo con los jueces; **3.-** Afirma que se dictó una ilegal orden de prisión preventiva, irrespetando los principios de inmediación y celeridad, con trato desigual y discriminatorio, presumiéndose su culpabilidad; **4.-** Afirma que esta causa, se ha utilizado en cuatro procesos electorales, manipulando el feriado bancario como asunto proselitista y con resoluciones judiciales inmotivadas; **5.-** Afirma que en instancia, se desechó su pedido de nulidad por violación a las garantías del debido proceso, limitándolas a aspectos formales, sin satisfacer el artículo 76 de la Constitución; **6.-** Afirma que se le vulneró la tutela judicial efectiva, al limitarla al acceso formal a la justicia, sin recibir respuestas motivadas, oportunas y justas; **7.-** Afirma que la Función Ejecutiva ha influido designando a los jueces Nacionales que conocieron este caso, quienes han sido instrumentos de persecución política, condenándolo jueces con jurisdicción

y competencia, legalmente designados, pero que al responder al poder, se configura la violación al derecho de defensa y la garantía del artículo 76.7.k, de la Constitución. Estas afirmaciones, son tendenciosas a realizar verificaciones *in procedendo*; ya que, el trayecto del decurso del proceso; ya que, la falta de contacto directo con los jueces desde que se dicta el Auto Cabeza de Proceso; ya que, el hecho de dictarse una orden de prisión preventiva; ya que, el uso del proceso como plataforma proselitista; ya que, la negativa de peticiones de nulidad; ya que, el acceso efectivo a la justicia; ya que, la influencia de otra función del Estado sobre la independencia judicial; ya que, en fin, son una señalética para revisar cuestiones extra sentencia, asuntos que en su mayoría son procesales , desarrolladas en instancias inferiores, lo cual está vedado para éste máximo Juez Extraordinario de Casación, su conocimiento y análisis.

20.- El artículo 75, de la Constitución, cataloga un derecho fundamental de protección, cuyo texto es el siguiente:

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

20.1.- Este inmanente derecho, se fracciona en dos dimensiones, por un lado el acceso gratuito a la justicia y, por otro la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses del ciudadano; con irradiación de los principios de inmediación y celeridad, precautelando la defensa y el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Este derecho, se materializa por medio de la ley que determina las formas de acceso a la justicia y los procedimientos como se tutelan los derechos e intereses ciudadanos, los mecanismos para lograr la inmediación y la celeridad como la protección de la defensa, remitiéndose a la ley para sancionar el incumplimiento de las resoluciones judiciales. En consecuencia, este derecho para lograr su propulsión, requiere de normativa que por lo general puede ser adjetiva y en ciertos casos sustantiva, que a la luz del sistema jurídico, efectivice el debido proceso, es decir un procedimiento adecuado. En la especie, por un lado, el recurrente no expone la ley para su examen, deja como fuente suficiente la mención del derecho fundamental con una exposición que incita a una revisión del procedimiento en la causa, como si se tratase de instancia, en contradicción al inciso segundo del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

21.- Por otro lado, el artículo 76 de la Constitución, constituye un sub catálogo de derechos, con siete numerales, que del último, se parcela en trece apartados con sus propias particularidades, cual derecho de protección que alude a su fraccionamiento como garantías básicas; de allí que, de haberse vulnerado alguna de estas garantías y procreado indefensión, reflejando aspectos injustos, bajo ciertas circunstancias cuando tal evento sea trascendente, puede lograr procrear la nulidad y no el efecto casacional; pero, para lograr ello, será menester puntualizar el vicio de manera taxativa y concreta, refelejando de manera nítida a cuál de las garantías básicas en lo medular se refiere, ya que la argumentación que practica el recurrente es genérica y lo hace de manera acumulada, lo cual vulnera el principio casacional de autonomía, sin poder este juzgador determinar el argumento a la violación de cual garantía específica es que acusa.

22.- Pese a lo dicho, al revisar la sentencia en impugnación, es menester verificar si las normas acusadas, han sido trasgredidas en la sentencia y se tiene:

22.1.- El *ad-quem*, en el párrafo 7.6.2, titulado: *ª Sobre la Competencia, independencia, e imparcialidad de los juecesº*, señala en lo puntual, lo siguiente: *ª El principio de independencia¼ consagrado en la Constitución de 1998, desde 2 ópticas, la independencia tanto interna y¼ externa que¼ contempla la vigente en el artículo 168.1¼ este principio se lo puede observar en el hecho de la que la Constitución estructura a la Función Judicial, como independiente de las otras¼ como una fórmula de limitación y¼ control de éstos¼ la Función Judicial realiza su labor sin interferencias de los otros poderes¼ los organismos jurisdiccionales resuelven las controversias sometidas a su conocimiento con criterio¼ jurídico, como¼ en la especie, así ha ocurrido, cumpliendo¼ con lo preceptuado en el artículo 8¼ del Código Orgánico de la Función Judicial, esto es que los jueces se sometieron únicamente al derecho, plasmando¼ lo establecido en el artículo 76.7.k) de la Constitución¼ el recurrente ha sido juzgado por jueces independientes¼ ha sido protegido por la normativa constitucional del artículo 75, cumpliendo¼ con la consagración del principio de independencia jurisdiccional, como consecuencia del principio de separación de poderes¼ la¼ Carta Magna¼ establece que la potestad de administrar justicia corresponde a los órganos de la Función Judicial, con la salvedad de las potestades jurisdiccionales que confiere a otros organismos¼ que tiene relación con lo preceptuado en el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial. En cuanto a la imparcialidad de los jueces, esta se ha cumplido, por cuanto la solución de esta controversia se ha dejado en manos de un*

tercero imparcial, es decir ajenos a la contienda, pues los jueces están legitimados^{1/4} por la falta de interés en el proceso a diferencia de las partes que uno reclama el derecho y el otro contradice esa pretensión, evidenciándose^{1/4} que los jueces que conocieron esta controversia^{1/4} aplicaron correctamente el derecho, que se verifica de la decisión judicial que^{1/4} es impugnada^o. Por sí sola la sentencia cuestionada, da respuesta a la alegación que hace la defensa técnica del Sr. Mahuad, en el sentido que ha sido juzgado por jueces influenciados por la función ejecutiva, que le han afectado en sus derechos, de lo cual la propia sentencia revela el cuidado de tales derechos, por ende no es casable la sentencia desde este extremo.

22.2.- *La sentencia objeto del Recurso, en el párrafo 7.6.3, acota que ^a^{1/4} contrastado con el proceso penal impugnado, se desprende que^{1/4} los jueces que actuaron en sus respectivas etapas, respetaron^{1/4} las garantías que constituye el debido proceso; observando las reglas de procedimiento para la sustanciación enunciadas^{1/4} se observa, de la existencia de las diferentes actas de sorteo, previo a^{1/4} conocimiento de la causa, lo que demuestra su competencia, imparcialidad e independencia en^{1/4} sus actuaciones procesales. Cumpliéndose^{1/4} el respeto a^{1/4} el artículo 24.11, de la Constitución Política de 1996, 76.7.k, de la Constitución de la República^{1/4} el recurrente por medio de su defensa técnica ha hecho uso de sus derechos y garantías constitucionales, como el derecho a la defensa, lo que se demuestra con las pruebas aportadas relacionadas con el objeto del proceso, así como de sus contradicciones^{1/4} con las respectivas atenciones a las pretensiones y manifestaciones del justiciable^{1/4} es evidente que^{1/4} ha hecho uso de los medios de impugnación consagrados por la ley, y la Constitución^{1/4} le ha sido posible defender^{1/4} sus derechos, cumpliéndose este principio^{1/4} denominado Debido Proceso^{1/4} que tiene por objeto garantizar los derechos humanos^{1/4} tanto individuales como de la sociedad^{1/4} se ha respetado la tutela judicial efectiva contemplada en el artículo 75 de la Carta Magna^{1/4} ^o Deja la sentencia evidenciado que no se ha afectado al derecho a la defensa, por ende no ha existido limitación del acceso a la tutela judicial efectiva ni a las garantías básicas a observarse en todo procedimiento, por ende no existe trascendencia que haya influenciado o podido influir en la decisión final y conclusión de la causa; en consecuencia las alegaciones de que el Sr. Mahuad, no ha tenido contacto directo con los Jueces que han tramitado este proceso, de que se ha dictado una ilegal orden de prisión preventiva en su contra, de que se ha utilizado este proceso como herramienta electoral, que ha sido juzgado por jueces carentes de imparcialidad, no tiene*

asidero para que prospere el recurso de casación desde este extremo.

22.3.- Continuando con el estudio de la sentencia objetada, dentro del párrafo 7.6.4, se detecta el siguiente texto: *“se advierte el cumplimiento al debido proceso y sus garantías constitucionales, al haberse advertido que para cada caso hay un camino que se debe seguir o que para cada trámite hay un procedimiento que se debe verificar para cada acción y juicio hay un proceso que debe efectuarse. Como se lo ha verificado del proceso en análisis no se desprende arbitrariedad y abuso de la administración de justicia se ha asegurado al justiciable la certeza, justicia y legitimidad en el transcurso de la causa, ya que el debido proceso y sus garantías explican e ilustran que, para cada caso hay una vía que se debe seguir y obligatoriamente se debe cumplir. Inclusive se observa la existencia de un auto de sobreseimiento provisional del proceso y del sindicado al no haber encontrado en aquella época elementos suficientes para continuar con el proceso y posteriormente al haberse presentado pruebas suficientes sobre su actuación, se reabrió el sumario, y al haberse establecido presunciones graves sobre su responsabilidad en el delito acusado se dictó auto de apertura del plenario, en el cual se practicaron las pruebas pertinentes que inclusive varias fueron pedidas por el recurrente se desprende que no se obstaculizó en ningún momento procesal el derecho a la defensa”*. De esta manera, la sentencia ilustra el camino procesal adoptado de conformidad con la ley aplicable a la causa, que cada paso del caudal procesal, se ha dado sin afectar el derecho a la defensa, pues al tratarse de una conducta penalmente relevante, cuando ésta caracteriza los elementos que pueden integrar los presupuestos de una infracción, se activa el aparato Estatal, por medio de su circuito jurídico institucional, que a través del sistema jurídico, la sociedad da respuesta ante el apareamiento de un hecho reprochable; por lo tanto, al cumplirse el acceso a la justicia con la tutela imparcial, efectiva y expedita, a su vez se va materializando el derecho a la defensa y las mismas garantías básicas a observarse en cualquier procedimiento. En consecuencia la sentencia impugnada, no es casable desde esta latitud.

22.4.- Más adelante, el fallo impugnado, en su párrafo 7.10, con el título: *“Del argumento de la violación del derecho a la defensa”*, en su parte pertinente expresa: *“De las normas constitucionales e internacionales citadas, verificadas con el proceso penal en análisis, se desprende que la tesis del recurrente, es errada de autos se observa que en todas las etapas del proceso penal, ha ejercido su derecho a la defensa, representado por varios profesionales de su confianza, advirtiéndose que constantemente ha estado informado*

sobre los hechos materia del caso concreto y sobre estos hechos es que^{1/4} [el] 27 de diciembre del 2011^{1/4} el^{1/4} Conjuez Nacional, emite auto de apertura del plenario^{1/4} por el delito de peculado tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código Penal^{1/4} en estricto cumplimiento al rol de juez, quien tiene la facultad de calificar el injusto típico con base a los hechos traídos a su conocimiento y posteriormente sentenciado por la^{1/4} Jueza de la Corte Nacional de Justicia, por lo tanto no se encuentra que haya existido sorpresa en la emisión del auto de apertura del plenario, como de la sentencia dictada el 29 de mayo de 2014^{1/4} no se encuentra obstáculo a su derecho a la defensa que inclusive en este momento procesal está haciendo uso de su derecho a la impugnación, contemplado en el artículo 76.7.m de la Constitución^{1/4} artículo 8.2.1.h de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos^{1/4} artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 348 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 1983, en consecuencia no se ha vulnerado el derecho a la defensa del acusado, advirtiéndose que durante toda la etapa del plenario el doctor Mahuad, ha encaminado su defensa expresamente contra el delito imputado, presentado escritos, pruebas, ha controvertido, en todo momento procesal e inclusive, constan del proceso escritos suscritos por el^{1/4} abogado defensor, y muchos de ellos encaminados a obstaculizar el normal desarrollo del proceso penal; caracterizándose por su contenido ofensivo en contra de los jueces, sin entender que la función de un juez, es la de administrar justicia^{1/4} inclusive ha sido llamado la atención mediante providencia dictada por la^{1/4} Jueza Nacional, debido a sus constantes faltas de respeto^{1/4} no se evidencia violación del derecho a la defensa, toda vez que del proceso no se establece que existan actos que conlleven a la privación o limitación del referido derecho^{1/4} no se ha producido indefensión, ni quebrantamiento de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental que tutela el acceso a la justicia lo que se demuestra inclusive con la presentación de este recurso en análisis, que el justiciable lo impugna debido a su inconformidad, acreditándose una vez más el acceso a los órganos jurisdiccionales.º Se afianza el cumplimiento del derecho a la defensa y refleja incluso márgenes de tolerancia y respuesta judicial, atención a los petitorios; la imparcialidad tiene luz propia, lo cual implica que no se encuentra al servicio de determinados intereses en particular, sino que esta decide por sí sola, lo contrario sería parcialización y motivo en sí mismo de carestía de seguridad jurídica, no por el hecho de que la respuesta no conceda la razón a un interviniente en el proceso penal, implica falta de imparcialidad o limitación a la tutela judicial efectiva ni menos privación o limitación del

derecho a la defensa. Por ende tampoco es casable la sentencia desde esta perspectiva.

22.5.- Al proseguir en el párrafo 7.11, de la sentencia en estudio, que se titula ^a *Del argumento de la falta de motivación en las decisiones*^o, el *Ad-quem*, deja expresado que ^a *ha revisado el contenido de las decisiones emitidas por los jueces en su momento así como del fallo impugnado, encontrando que cumplen con la justificación de sus decisiones*^{1/4} *aplican el derecho, en razón de los hechos, explicando su pertinencia de forma razonada, lógica y congruente, lo que incluye la sentencia emitida con fecha 29 de mayo del 2014*^{1/4} *por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional, en la que se le declara al doctor*^{1/4} *Mahuad*^{1/4}, *autor responsable del delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257, inciso primero del Código Penal*^{1/4} *el fallo impugnado cumple con el*^{1/4} *estándar de motivación contemplado en el artículo 76.7.1 de la Constitución*^{1/4} *en concordancia con el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial*^{1/4} *en el contenido de la decisión recurrida se establece que la juzgadora analizó el acervo probatorio constante del proceso penal, los que han sido valorados en su conjunto, como era su deber como Jueza de Garantías Penales, llegando a determinar con certeza, que los hechos y actos realizados por el recurrente se encuentran explicados en la sentencia, son coherentes con su decisión*^{1/4} *ajustados a derecho, lo que se justifica con los argumentos fácticos y jurídicos*^{1/4} *contemplados en dicho fallo, reflejando un razonamiento lógico, claro, preciso, integral y congruente con los elementos objeto de la controversia, llegando al convencimiento de que su acciones típicas se adecuan en el contenido del artículo 257, primer inciso del Código Penal, vigente a la época de los hechos*^o. Se tiene entonces que la sentencia impugnada, revela que lo decidido y su conclusión es producto del tramo del juicio con observancia de la normativa en rigor y los méritos del proceso, entonces mal se puede hablar que haya existido negación de los derechos estatuidos en el artículo 75 y 76 de la Constitución, que se haya privado del derecho a la defensa, cuando el trayecto procesal ha sido acopiado en virtud de ser un proceso penal público, con participación de los sujetos procesales y atendiendo los requerimientos que éstos han formulado, por lo que menos aún revela parcialización de los juzgadores, ya que desde ésta óptica la respuesta ha sido producto del propio proceso judicial.

22.6.- En el párrafo 7.20, de la sentencia en estudio, titulado ^a *La alegación que la sentencia recurrida es nula porque la jueza, que la dictó no es competente, independiente ni imparcial*^o, se tiene que el Juez de instancia ha dejado sentado que dicho ^a *1/4 Tribunal, en los*

considerandos 9.5.1.2; 9.6 y 9.7, dejó puntualizado que la juzgadora que dictó el fallo^{1/4} es competente, independiente e imparcial, de conformidad con las normas constitucionales y legales^{1/4} ya enunciadas, por lo tanto su alegación no tiene sustento jurisdiccional, toda vez que es proferida de manera espurria. Reiterando que la decisión que hoy es objetada cumple con la debida motivación a la que se refieren los artículos 76.7.1) de la Constitución^{1/4} 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, ya que en su texto se enuncian los hechos fácticos y jurídicos relacionados al caso concreto, así como las normas legales aplicadas, desprendiéndose de su simple lectura que la misma es concreta porque versa sobre los elementos constitutivos de los hechos sometidos a su decisión judicial y la resolución se refiere sobre éstos. Por otra parte se explican con claridad las razones de su decisión, por lo tanto su lectura se torna en accesible a todo nivel cultural^o. En consecuencia ante la reiterada acusación que desde la sentencia de juicio ha sido dictada por juzgadores faltos de imparcialidad y con carencia de motivación, la misma sentencia deja sentado que existe motivación y de manera adicional al revisar la sentencia del *Ad-quem*, se encuentra que esta se encuentra manufacturada acorde a los estándares motivacionales, sin que esto implique adelantamiento a cualquier yerro.

23.- Como se apuntó en el párrafo 10.1, de esta sentencia, la causal de contravención expresa, es en sí una exclusión evidente, la cual se presenta, cuando no se emplea la norma que corresponde, porque el juez yerra acerca de su existencia; ya porque la desconoce o que de manera simple conociéndola, no la aplica. En el presente caso, como se refleja en los párrafos anteriores, los artículos 75 y 76 de la Constitución, se encuentran aplicados en diversos parajes de la sentencia y así se tiene que por el artículo 75, se tiene que dicha norma es invocada y aplicada de manera categórica en el párrafo 7.6.2, donde se aborda el tema discutido con el título ^a *Sobre la Competencia, independencia, e imparcialidad de los jueces^o*, donde practica un desarrollo interactivo con otras normas relacionadas, colocando a la vista las premisas que interconectan con la decisión, llevando la hilvanación al párrafo 7.6.3, por ser un tema alegado por el hoy casacionista como lo revela el párrafo 343, que expone el reclamo que ha practicado la defensa técnica del Sr. Mahuad. De la misma forma la aplicación del artículo 76, se encuentra en el desarrollo de la sentencia en estudio dentro del párrafo 7.6, con el título ^a *Respecto del argumento que se ha violado del debido proceso, por cuanto no ha sido juzgado por jueces competentes, independientes e imparciales^o*, se aborda su exposición y desarrollo en el párrafo 7.6.1 de la misma; al igual que, en el párrafo 7.10,

donde se encuentra el título ^a *Del argumento de la violación del derecho a la defensa*^o; también se aplica en el párrafo 21.2.2, ^a *Respecto de la alegación de que las pruebas no han sido legalmente actuadas conforme el artículo 117 (121) del Código de Procedimiento Civil*^o, también para tratar la proporcionalidad de la pena como reza en el párrafo 22.9. Por lo tanto, además los argumentos que ha reiterado el impugnante en este recurso, también han sido alegados ante la Sala de Apelaciones, quien da su respuesta referente a éstos puntos, de manera suficiente, coherente, completa, amplía, ajustada a los insumos pertinentes que refleja la misma sentencia. Por lo tanto tampoco es casable la sentencia desde ésta perspectiva.

24.- El Juez de Casación, no tiene otra herramienta que la misma sentencia objeto de impugnación, para establecer la adecuada aplicación de la Ley dictada por el soberano, ya por seguridad jurídica, por las reglas del debido proceso, visto el principio dispositivo y estricto mandato legal, acorde a las lógicas de cada causal acusada, para operativizar la decisión de este Máximo Tribunal de cierre; en consecuencia, en los presupuestos de la causal de contravención expresa al texto de la ley, no se puede por un lado conllevarse a un análisis extra sentencia, ya que ello sería un peligro para el orden jurídico y el Estado democrático que impera; pues el estudio extra sentencia implicaría una revisión de instancia, cuando la misión de éste Extraordinario Juez, es detectar los yerros de la ley en la sentencia, velando su acertada aplicación en la misma. Por otro lado visto el principio de independencia e imparcialidad, el Juez no tiene cómo, no puede, ni tampoco debe utilizar un proceso jurisdiccional en proselitismos políticos, ante tal imposible, que de evidenciarse aquello incluso conllevaría a responsabilidades para dicho Juez; por ello, es que el Juez decide de manera independiente bajo la influencia normológica, el contexto axiológico y la dinámica de los valores que rigen a una sociedad en determinado tiempo. Si acaso la independencia judicial fuese más allá de cuestionada; es decir, como lo dicta el artículo 168.1 de la Constitución y artículo 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, se atentare a la independencia judicial, tal ilicitud, es sancionada conforme a la ley; y, de la revisión de la sentencia, no aparece que se haya atentado a la independencia judicial, ya que consta sanción a persona alguna por interferir en la recta administración de justicia; que de haber tal sanción, por atentado contra la independencia judicial, otro sería el remedio para reparar los efectos reflejados en una sentencia por dicha interferencia y no de manera precisa la ruta casacional. En consecuencia tampoco se puede con este recurso, revisar una orden de prisión preventiva, menos el procedimiento administrativo de nombramiento de los jueces que trataron el asunto

sobre el que versa el juicio, peor aún el uso que un particular haga de una sentencia de un proceso penal público, ni siquiera los motivos por los cuales se ha rechazado un reclamo de nulidad; *ergo*, no debe confundirse la sanción impartida desde la casación con los recursos ordinarios; por ende, no caben apreciaciones extra sentencia dentro de este medio impugnatorio. Por lo tanto la sentencia no es susceptible de casación desde la órbita que en esta acusación, plantea el recurrente y en consecuencia se desecha la acusación de contravención de los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República, ya que la propia Defensa Técnica del recurrente, no focaliza impidiendo que este Tribunal visibilice vicio alguno dentro de la sentencia.

¿Será procedente argüir cargos de errores *in procedendo* en sede casacional ecuatoriana?

25.- Esta interrogante, aparece los fundamentos vertidos en virtud de contravención de los artículos 130 número 10 y 212 de la Constitución Política de 1998. Como quedó fincado en el párrafo 5 de la presente sentencia, los hechos que estructuran y han contextualizado este proceso, responden al ámbito jurídico de una temporalidad anterior a junio de 2001, fecha en la que entra en rigor el Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 360, de 13 de enero de 2000, que según su Disposición Final, derogó el Código de Procedimiento Penal (Ley No. 134), publicado en el Registro Oficial 511 del 10 de junio de 1983 y todas sus reformas posteriores, adquiriendo vigor luego de haber transcurrido dieciocho meses contados desde su publicación en el Registro Oficial. En dicha temporalidad, regía la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 1, de 11 de agosto de 1998; derogada con la promulgación de la República del Ecuador, en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008. De allí que aparece este reproche.

26.- El texto constitucional del artículo 130 número 10 de la Constitución Política de 1998, era el siguiente:

^a El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones: (1/4)

10. Autorizar, con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal del Presidente y Vicepresidente de la República cuando el juez competente lo solicite fundadamente. (1/4)^o

27.- Por su parte el artículo 212 de la Constitución Política de 1998, señalaba:

^a La Contraloría General del Estado tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal,

y hará el seguimiento permanente y oportuno para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles.

Los funcionarios que, en ejercicio indebido de las facultades de control, causen daños y perjuicios al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables.^o

28.- Las alegaciones del impugnante, en este punto, se distribuyen en dos dimensiones: **a) en una primera dimensión**, arguye que: * Conforme al acusado artículo 130.10, el Congreso Nacional, autoriza mediante votación de las dos terceras partes de su pleno, el juicio penal contra el Presidente de la República y no existe esa autorización. * El Pleno del Congreso Nacional, opinó que al no ser el Sr. Mahuad Presidente en funciones, no le compete el tema, pudiendo hacerlo sólo al tratarse del Presidente y Vicepresidente en funciones y no a ex mandatarios. * El Congreso Nacional, sin autorizar, opinó sin ejercer la facultad del artículo 284 de la Constitución Política de 1998, inobservándose este requisito de procedibilidad. **b) en una segunda dimensión**, alega que: * El artículo 212 de la Constitución Política de 1998, establecía el requisito de procedibilidad de que antes de iniciar un juicio por peculado, se necesitaba informe de Contraloría General del Estado. * Se confunde el citado artículo 212, con la Resolución del Pleno de la Corte Nacional (Reg. Of. 154, de 19 de marzo de 2010). * El artículo 212 de la Constitución de 2008, elimina este requisito, dando a la Contraloría, la facultad de establecer indicios de responsabilidad penal, sin perjuicio de las funciones de Fiscalía. * Con la Constitución de 2008, esta acción penal puede provenir de Contraloría o Fiscalía; con la Constitución Política de 1998, sólo se puede previo informe de Contraloría de indicios de responsabilidad penal. * Se niega su nulidad alegada por no existir dicho informe, pese al pronunciamiento judicial unánime de este requisito, sin el cual no podía iniciar este proceso. * Se cambia el sentido de sus alegaciones, como si basare su pedido de nulidad en la Resolución (R.O. No. 154 de 19 de marzo de 2010), cuando fue por incumplirse este requisito.

29.- Respecto a la primera dimensión de la acusación, la sentencia cuestionada atiende a los contenidos del artículo 130.10, de la Constitución que invoca; y en distintos apartados, lo aborda y desarrolla:

29.1.- Se tiene que en el párrafo 7.2.1, de la sentencia cuestionada con el título ^a *Respecto de la falta de autorización del Congreso Nacional, para su enjuiciamiento^o*, se migran contenidos atinentes a un conjunto probatorio que el hoy impugnante ha impulsado en su afán de justificar sus alegaciones ± prueba ± que este Tribunal se encuentra impedido de revisarla

por la naturaleza del presente recurso extraprdnario; al llegar al párrafo 7.3, titulado: ^a *análisis de las pruebas presentadas por el recurrente*^o, se tiene que prosigue en el párrafo 7.3.1, donde se afirma que: ^a *Del texto de las pruebas^{1/4} presentadas por el recurrente, se advierte que las mismas no justifican su argumento, esto es la falta de autorización del Congreso Nacional, para proceder a su enjuiciamiento penal por el presunto delito de peculado^{1/4} de la revisión del proceso se encuentra que el citado poder del Estado, no emitió la referida autorización, por cuanto de autos consta el Acta^{1/4} emitida por el Congreso Nacional^{1/4} documento del que se desprende^{1/4} [que] al no ser el doctor Mahuad, Presidente en funciones, el Congreso Nacional de acuerdo a la Constitución no puede tratar el tema, porque solamente le compete en tanto y en cuanto al Presidente y al Vicepresidente en funciones y no a los ex presidente y ex vicepresidentes^{1/4} Del texto^{1/4} es incuestionable que el Congreso Nacional se pronunció al respecto de la autorización para el enjuiciamiento del ex Presidente de la República, doctor^{1/4} Mahuad^{1/4} por lo tanto no era pertinente la referida autorización para su enjuiciamiento^o*. La función legislativa, como lo determinaba el artículo 130 número 5, de la Constitución Política de 1978, tenía entre sus deberes y atribuciones la de expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio. Por lo que la interpretación que realizaba el Congreso Nacional, en relación a los contenidos normativos deviene con un carácter generalmente obligatorio, facultad que vierte además desde el artículo 284 *supra*; por lo tanto la interpretación dada por la función legislativa, contiene el valor del enfoque y el pensamiento de la manifestación de la voluntad soberana de ese tiempo, que si bien la respuesta que en el presente caso da la Asamblea Nacional, no constituye ley, tal respuesta, no se encuentra fuera del ámbito de sus facultades y por ende goza de presunción de legitimidad; en esta virtud, al ser el propio Congreso Nacional, quien refiere que la atribución de expedir la autorización para iniciar el enjuiciamiento penal, es una potestad orientada a facultar el enjuiciamiento penal del primer mandatario y del Vicepresidente de la República, en funciones; y en consecuencia tal atribución no se extiende para autorizar el enjuiciamiento penal de ciudadanas y ciudadanos que en el pasado haya ejercido la Presidencia o Vicepresidencia de la República. Al ser así las cosas, el hecho de que la atribución del Congreso Nacional se constriña a éstas dignidades mientras se encuentran en funciones, no limitaba para que en general la acción penal se la ejerciera de oficio, por medio de auto cabeza de proceso, que podía tener como antecedente, la pesquisa que de oficio efectúe el Juez o Tribunal competente, la excitación fiscal, la denuncia, la

acusación particular, el parte policial informativo o la indagación policial y la orden superior de origen administrativo, como lo establecían los artículos 14 y 15 del Código de Procedimiento Penal de 1983 ultra activo para esta causa; que según la clase de antecedente, que tenía el auto cabeza de proceso, se establecían reglas propias para el inicio de la acción penal, al tratarse de delitos que debía perseguirse de oficio y que no se encontraban previstos en el artículo 428 *ibídem*, que eran delitos que solo podían juzgarse mediante acusación particular, entre los cuales, no consta el delito de peculado. Por lo tanto la misma sentencia objeto de estudio, va motivando sus razones y fundamentos con los que decide, evidenciando que no es casable desde esta óptica.

29.2.- Más adelante, dentro del párrafo 7.3.2, se establece que *“se desprende, que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, de esa época, al emitir el auto correspondiente, realiza una interpretación al artículo 130.10 de la Constitución de 1998, con el cual este Tribunal comparte por cuanto al mencionar “aun antes de ser candidato” la norma constitucional es clara y mandatoria al señalar que entre los deberes y atribuciones del Congreso está autorizar, con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal del Presidente y Vicepresidente de la República, cuando el juez competente lo solicite fundamente. el ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia hace constar [que] lo que la Constitución manda y ordena es que desde el 10 de agosto de 1998, fecha de su vigencia, ningún Presidente de la República pueda ser sindicado en el proceso penal sin autorización del Congreso Nacional”* la prenombrada jueza no sindicó a un candidato, como dice en sus providencias, sino al actual Presidente de la República, lo que está prohibido por la Constitución. reflexión jurídica confrontada con el contenido de la norma constitucional guarda estricta relación en la parte que dice: *“ninguna Presidente de la República pueda ser sindicado en el proceso penal sin autorización del Congreso Nacional”* puntualizando: *“la prenombrada jueza no sindicó a un candidato, como dice en sus providencias, sino al actual Presidente de la República, lo que está prohibido por la Constitución”* Del texto se evidencia, que la autorización del Congreso es requisito para el enjuiciamiento del Presidente y Vicepresidente de la República, es decir, cuando se encuentran en funciones, no así para el ex Presidente ni ex Vicepresidente es incuestionable, que en el caso analizado haya sido requisito previo, la autorización del Congreso Nacional, para el inicio del enjuiciamiento penal en contra del doctor Mahuad Presidente de la República del Ecuador, en aquella época de sucedido los supuestos hechos.

Tesis del recurrente que inclusive^{1/4} fue objeto de resolución, por la jueza a quo, en su^{1/4} oportunidad, al dictar la sentencia recurrida.^o Primero se evidenció con la respuesta del Congreso Nacional, guardando la misma línea la Presidencia de la entonces Corte Suprema de Justicia, donde se aclara que se encuentra prohibido iniciar un enjuiciamiento contra el actual Presidente de la República, aludiendo a quien se encuentra en funciones, que para la fecha en que inicia este enjuiciamiento, revela la propia sentencia que el Sr. Mahuad, no se encontraba en funciones; por lo que a virtud del artículo 58 de la Ley Orgánica de la Función Judicial de aquel tiempo, cuando se trate de personas que gozan de fuero como es el caso del Presidente de la República, siendo infracciones relacionadas con el ejercicio de las funciones, tendrá lugar el fuero de Corte aunque el funcionario haya cesado en el cargo, en consecuencia, cuando el Sr. Mahuad, ya no se encontraba en ejercicio de sus funciones por infracciones perpetradas en virtud de potestades funcionales, el fuero le persigue su individualidad humana, el fuero que le persigue no se facultaba, por medio de la autorización del Congreso Nacional para iniciar el enjuiciamiento penal en contra de un ex Presidente de la República. Entonces la regla es que para iniciar un enjuiciamiento penal de un Presidente de la República en funciones, se debía contar con la autorización del Congreso Nacional; mientras que cuando tales funciones han cesado y en la forma que establecía la Constitución y las leyes, no se requiere de dicha autorización. En consecuencia por los contenidos de la propia sentencia impugnada, no es casable la sentencia desde este punto de vista.

29.3.- Dentro del párrafo 7.3.2, con el titular ^a *En virtud de las alegaciones antes analizadas este Tribunal de Nulidad y Apelación reitera^{1/4} ° que ^aEn virtud del mandato constitucional constante en el artículo 130.10 de la Constitución Política^{1/4} de 1998, consta de autos el oficio^{1/4} suscrito por el^{1/4} Secretario de la Corte Suprema de Justicia de esa época, con el que notifica al señor Presidente del Congreso Nacional, sobre el auto suscrito por el doctor Galo Pico Mantilla, solicitando al Congreso Nacional, la^{1/4} autorización para iniciar el juicio penal en contra del ex Presidente de la República del Ecuador, doctor^{1/4} Mahuad^{1/4} El acta^{1/4} emitida por el Congreso Nacional, suscrita por^{1/4} [el] Presidente del Congreso de esa época y el^{1/4} Secretario^{1/4} del Congreso Nacional y^{1/4} Prosecretario^{1/4} del que se desprende^{1/4} [que]: ^a al no ser el doctor Mahuad, Presidente en funciones, el Congreso Nacional de acuerdo a la Constitución no puede tratar el tema, porque solamente le compete tanto en cuanto al Presidente y al Vicepresidente en funciones y no a los ex presidente y ex vicepresidentes^o ^{1/4} Evidenciándose^{1/4} que no era procedente la autorización del Congreso*

Nacional, para que se inicie el proceso penal en contra del ex Presidente de la República, por cuanto a la época de su enjuiciamiento ya no se encontraba en funciones^{1/4} de la revisión de la sentencia impugnada^{1/4} la jueza a quo dio contestación a este argumento de forma clara y motivada^{1/4} transcribe el texto de la resolución tomada por el Congreso Nacional^{1/4} agregando que ^a esta pretensión ya ha sido materia de resolución judicial^{1/4} pronunciamiento judicial el 13 de junio del 2007^{1/4} emitido por el^{1/4} en esa época Presidente de la Corte Suprema de Justicia; en auto de apertura del plenario^{1/4} [que] atendiendo el pedido que consta en la denuncia^{1/4} solicitó la autorización del H. Congreso Nacional para proceder al enjuiciamiento del doctor^{1/4} Mahuad^{1/4} resolvió^{1/4} en uso de sus atribuciones que le confiere la Ley^{1/4} en razón de que los hechos relatados constituyen infracciones punibles y pesquisables de oficio, dictó auto^{1/4} cabeza de proceso contra^{1/4} Mahuad^{1/4} El numeral 1 del considerando Octavo de la Sentencia^{1/4} es específico y claro ya que a su momento procesal se resolvió lo recurrido, constituyéndose en materia de resolución judicial^{1/4} es evidente que el Congreso Nacional, en aquella época, contesto de forma clara y explicando las razones por la cuales no procede, que^{1/4} emita la autorización para iniciar el juicio penal en contra del ex Presidente. En esta circunstancia la pretensión de nulidad^{1/4} por esta causa, no tiene sustento jurídico^o. Siendo un delito perpetrado durante las funciones que desempeñaba el Sr. Mahuad, ha de diferenciarse sobre todo la temporalidad en que empieza el enjuiciamiento penal, tal temporalidad marca el procedimiento con el que se ha de sustanciar la causa, respetando la normativa sustantiva de la época. Por ello es que además ante la alegación del Sr. Mahuad, que es un caso similar al que se ha ventilado en contra del ex Vicepresidente Alberto Dahik, se puntualiza en la sentencia objetada que tales hechos se refieren a un proceso iniciado en el año de 1995, contexto en el cual regía la Constitución anterior a la de 1998, con reglas diferentes. En consecuencia desde este enfoque no es casable la sentencia.

29.4.- Hay que dejar sentado que al amparo del artículo 121 inciso segundo de la Constitución Política de 1978, ^a Los dignatarios elegidos por votación popular^{1/4} estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.^o Por ende, la autorización del Congreso Nacional, no resulta

trascendente, ya que además, sin que sea necesario que exista enjuiciamiento penal, pues un Presidente de la República, por la comisión entre otros delitos de peculado, podía también ser enjuiciado políticamente para su censura y destitución como lo dictaba el artículo 130.9 inciso segundo *uptra*. Por lo que al ser el cargo de Presidente de la República de elección popular, está sujeto a las sanciones establecidas por la comisión de un delito como en la especie se dice que es el de peculado. Por lo tanto no es casable la sentencia desde este parámetro.

29.5.- Respecto a la segunda dimensión de la acusación, la sentencia sometida a estudio, atiende a los presupuestos del artículo 212 de la Constitución Política, de la manera que se ilustra a continuación:

29.6.- Dentro del párrafo 7.4, con el título *Respecto del argumento de que el proceso es nulo por falta del Informe de la Contraloría General del Estado, en el que conste indicios de responsabilidad penal en su contra*^o, el Tribunal de apelaciones, dentro del párrafo 7.4.1, expone que según esta norma, *se le otorgaba a la Contraloría la facultad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, a funcionarios que en ejercicio de sus funciones causen daños y perjuicios al interés público, o a terceros la normativa constitucional invocada, en ninguna parte dispone que, previamente al inicio del juicio penal en contra de un funcionario público, deba existir la determinación del citado informe, estableciendo indicios de responsabilidad penal es innegable, que en aquella época, no era requisito previo el referido informe para la iniciación de un proceso penal, y menos del doctor Mahuad*^o Cuestión que lo reitera en el párrafo 7.4.1.1, de la sentencia objeto de impugnación; de esto es de tener presente que el segundo inciso del artículo 212, señala que: *Los funcionarios que, en ejercicio indebido de las facultades de control, causen daños y perjuicios al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables*^o, de lo que como colorario hay que tener presente que conforme al artículo 261 del Código de Procedimiento Penal de 1983 aplicable a esta causa, en la etapa del plenario, es donde se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar la responsabilidad o inocencia del procesado, a fin de condenarle o absolverle; actos necesarios que se logran por medio de la prueba; por ello, es que a virtud del artículo 333.4 del Código de Procedimiento Penal *ibíd.*, es un requisito de la sentencia las pruebas en que se fundamente la responsabilidad de los procesados; de lo que se tiene que no alude a indicios; y, los jueces deben intervenir personal y directamente en la práctica de los

actos procesales de prueba, y cuidarán que se realicen con observancia de las normas legales (artículo 62 del Código de Procedimiento Penal en uso); conforme a la naturaleza de éste procedimiento, las pruebas son materiales, testimoniales y documentales (artículo 68 *ibidem*); los indicios no hacen prueba, sino que más de uno de éstos pueden construir la presunción sobre el nexo causal entre la infracción y sus responsables para llegar a constituir prueba, conforme a las reglas del artículo 66, del cuerpo legal en uso, estableciendo entre sus requisitos que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho; que se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y, ^a (1/4) *Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean: a) Varios; b) Relacionados tanto con el asunto materia del proceso, como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre si; c) Unívocos, es decir que, necesariamente todos conduzcan a una sola conclusión; y, d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente*^o. Es decir que la determinación de indicios de responsabilidad penal, por sí sola no puede llegar a constituir prueba por tratarse de un solo informe de Contraloría que informa la existencia del indicio y en esa virtud, requiere de una pluralidad para construirse la presunción y para que ésta, tenga el valor de prueba debe cumplirse los presupuestos del artículo 66. Por lo tanto la sola existencia de un indicio (informe de Contraloría General del Estado), es intrascendente para la decisión de fondo, ya que para trascender ha de acompañarse de otro u otros indicios que permitan la manufacturación de la presunción y para que esta presunción constituya prueba, debe regirse por medio de las reglas del indicado artículo 66 del Código de Procedimiento Penal de 1983; sumado a ésta no un requisito absoluto para dictar sentencia de condena, tanto más que la legislación de esa época, no colocó al informe de indicios de responsabilidad penal realizado por Contraloría General del Estado; por lo tanto, tampoco es casable desde este extremo.

29.7.- Más adelante, dentro del mismo párrafo 7.4, la sentencia, al referirse a una prueba que concierne a la alegación que ha hecho el hoy recurrente, referente a un examen especial, realizado por la Contraloría General del Estado a las operaciones administrativas y financiera de la Agencia de Garantía de Depósitos, por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 1998 al 31 de octubre del 2000, se tiene que la sentencia acota que ^a1/4 *la Contraloría emitió las*1/4 *recomendaciones del caso a fin de que se enmienden dichos errores*1/4 *este informe quedó sujeto al cumplimiento de las respectivas correcciones*1/4 *no aporta con justificación alguna sobre los hechos en cuestión. Toda vez que de las mismas*

recomendaciones realizadas en el informe^{1/4} se desprende que los ingresos económicos no estaban manejados o administrados correctamente, por lo tanto, que el recurrente afirme por medio de su defensa técnica, que^{1/4} justifique que la Contraloría certificó el buen uso de los recursos públicos, es una falacia, que tiene como objetivo inducir al engaño al juzgador con la única finalidad de retardar indebidamente el progreso de la litis, infringiendo de esta forma el principio de buena fe y lealtad procesal^{1/4} °; es decir que los propios juzgadores de instancia, dan los calificativos y conclusiones con su propia valoración probatoria, cosa que no puede realizarlo este Tribunal Casacional, por lo tanto el solo hecho de revisar el fondo de esta particularidad, sería rebasar las atribuciones de éste Tribunal que no constituye instancia, por ende tampoco es casable desde este extremo.

29.8.- Con alusión a la Resolución de 24 de febrero de 2010, emitida por el Pleno de la Corte Nacional, publicada en el Registro Oficial número 154, de 19 de marzo de 2010, dentro del párrafo 7.4, la sentencia cuestionada, en lo sustancial indica que ^a^{1/4} *El contenido del artículo 3, de la citada Resolución es claro, conciso y preciso al señalar que esta disposición regirá para lo futuro, es decir luego del 19 de marzo del 2010, fecha de su promulgación, por lo tanto se aplicarán únicamente para las causas que se inicien a partir de ello^{1/4} las causas analizadas, con las cuales el recurrente pretende sean consideradas por éste Tribunal como pruebas a su favor, no tienen relación con la especie, así como tampoco la Resolución referida es aplicable a su caso, por tratarse de un proceso que se inició en el año 2000^{1/4} °.* En efecto la temporalidad de la vigencia del contenido normativo previsto en la Resolución de 24 de febrero de 2010, emitida por el Pleno de la Corte Nacional, publicada en el Registro Oficial número 154, de 19 de marzo de 2010, que se refiere a procedimientos, es posterior a esta causa, y el artículo 3 de la indicada Resolución, es imperativo en su expresión de que rige para el futuro cuyo texto es el siguiente: ^a *Las normas previstas en esta resolución, regirán para lo futuro y por tanto se aplicarán únicamente para las causas que se iniciaren a partir de su promulgación^o*, por lo tanto esta norma no es retroactiva en consecuencia no es aplicable a esta causa ni a la naturaleza del proceso; sólo la normativa con carácter general es exigible en su ámbito espacial y temporal, el principio *stare decisis*, obliga de manera particular a la uniformidad de las decisiones al propio juzgador que ha acogido una determinada línea de decisión, pero no tiene un carácter imperativo, de modo que para otro juzgador según su convicción o forma razonativa del derecho no le es vinculante; por lo tanto tampoco es casable por este extremo.

30.- De forma primordial, es de anotar que cuestiones previas al procedimiento o de procedibilidad, cuando estas han sido violentadas, no ocasionan la sanción casacional y en ciertos escenarios, pueden conllevar a configurar una causa de nulidad, las cuales, se encuentran establecidas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal de 1983 que en concreto son: cuando el Juez o el Tribunal Penal hubiese actuado sin competencia; cuando no se haya citado el auto cabeza de proceso o la acusación particular, al sindicado o al defensor de oficio; cuando no se ha notificado a las partes el nombramiento de peritos, fuera de los casos en que la Ley permite esta omisión; cuando no se hubiere notificado la sentencia a una de las partes; cuando el Tribunal Penal no se hubiera integrado en la forma legal; cuando en la sustanciación de la audiencia del Tribunal Penal se ha violado el procedimiento previsto en este Código; cuando no se ha notificado la reunión del Tribunal Penal en el plazo a que se refiere el Art. 271; Cuando se ha integrado el Tribunal con uno o más miembros legalmente recusados; cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el Art. 333; y, cuando en la sustanciación del proceso se hubiera violado el trámite previsto en la Ley. De allí que, si se hubiera omitido algún acto procesal necesario para la comprobación de la existencia de la infracción, en cualquier estado del proceso se mandará que se lo practique, sin anularlo (Art. 361 *ibidem*); pues para declarar la nulidad, esta debe ser trascendente, es decir siempre que influya en la decisión de la causa. En el presente caso, no expone el recurrente el motivo de influencia en la decisión de la causa, como tampoco el Tribunal a la vista de la sentencia, lo encuentra. Las cuestiones previas al procedimiento o de procedibilidad, dentro de la acción penal, de manera independiente al sistema procesal que impere, siempre que se respeten los mínimos derechos; pues la acción penal, tiene saltos de una fase averiguativa o indagatoria, al proceso propiamente dicho, donde se instrumenta la causa y se la prepara para el eventual juzgamiento o juicio, cual sea su nombre. En el presente acaso como lo dicta el artículo 221 del Código aplicable, el sumario inicia con el auto cabeza de proceso, naciendo así el procedimiento; y como lo dicta el artículo 166 del mismo cuerpo jurídico, por regla general el proceso penal debe desarrollarse en las etapas siguientes: del sumario, la intermedia, del plenario y de la impugnación. En la etapa intermedia, como lo dicta el artículo 239 *supra*, si el juzgador, observare que se han omitido actos procesales que los estime esenciales, ordenará la reapertura del sumario por el plazo de diez días, para que se practiquen dichos actos, pues en esta etapa se dicta auto de sobreseimiento o de apertura al plenario, según corresponda. En esta etapa del proceso, el juzgador determina la necesidad o no de tales requisitos, en adelante

tal cuestión precluye. Más aún esto es un factor procedimental cuya revisión corresponde a instancia y no al extraordinario recurso de casación, por ser aspectos propios de *error in procedendo* lejos de ser corregidos a través del recurso de casación; por lo que no cabe dichos análisis a este Tribunal, lo contrario sería fisurar la seguridad jurídica y la validez de los actos propios de cada etapa procesal; por lo tanto tampoco es casable la sentencia desde este extremo.

¿Las Políticas Económicas Decretadas con antecedente de un Estado de Emergencia, configurarían peculado conforme al derogado Código Penal Ecuatoriano?

31.- Esta interrogante aparece de la acusación de Falsa aplicación del artículo 257 del Código Penal aplicable al caso, cuyo texto legal del inciso primero, para marzo de 1999, era el siguiente:

^a¼ los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional. (¼)°

31.1.- Esta acusación, el recurrente lo hace en lo concreto aludiendo que: **a)** este delito es atinente a recursos públicos, y lo han aplicado a recursos privados, cuando el Decreto 685, reprogramó plazos de dineros depositados por particulares, en entidades del sistema financiero privado. Yerro que dice aparecer al dar a los recursos privados, el mismo trato que a los públicos, como si fuesen iguales; **b)** Alega que el bien jurídico protegido, no es al que se destinó el Decreto 685, que reprograma el plazo de depósitos de particulares; **c)** Aduce que el tipo penal es contra el funcionario con función de recaudación, administración o gasto de bienes públicos, cosa que no ocurre con un Presidente de la República; **d)** señala que un Presidente de la República no puede incurrir en peculado, sin demostrar que los depósitos en instituciones financieras, estaban bajo su cuidado, sin establecer, cómo se le asigna responsabilidad por temas que no le atribuye responsabilidad la Constitución o la ley; **e)** Dice que se alude a normas internacionales, sin definir cuál de éstas, se aplica al caso o cómo se encaja en esas tipicidades; que si ese fuese el caso, el delito sería de concusión; **f)** Que se ha

hecho coincidir hechos incompatibles al tipo y confundido la malversación con el peculado;

g) Que se afirma que el recurrente soslayó su deber como funcionario público, debiendo cuidar los fondos públicos y privados de la Nación, cuando lo que debe cuidar son fondos públicos y que en la sentencia, se equipara a la obligación con el hecho de tenerlos en su poder; g) Que los Decretos Ejecutivos, fueron decisiones políticas.

31.2.- Para que prospere esta alegación, se debe tener presente, que este yerro de derecho, se atribuye al juzgador cuando aplica una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta, que se pretende juzgar en el fallo; para que logre prosperar esta causal, como cargo casacional, es necesario hacer una contraposición entre el supuesto fáctico de la norma versus la narración de los hechos; de allí, que si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, ha sido aplicada para resolver, la vulneración se habrá configurado, caso contrario no; debiéndose, a su vez, en aras de contar un proposición jurídica completa, determinarse cuál sería, la norma verdadera que se debió aplicar, cosa que no lo hace la defensa técnica del recurrente. Por otro lado el artículo 257, acusado por el recurrente de falsa aplicación, es la norma que origina este proceso, por ende es la norma adecuada en este caso, que debe utilizar el juzgador tanto para condenar como para ratificar la inocencia, de allí que el cargo resulta ineficaz ante los fines casacionales. Sumado a esto que el recurrente, se encuentra en una constante alegación de prueba, como si se tratase de instancia, este alto Tribunal, se enfoca revisar la ley y son los yerros por la aplicación de la ley lo que se ha de revisar. Por lo que sería infructuoso proseguir con la revisión del cargo que alude el recurrente, en consecuencia, no es casable la sentencia desde este extremo.

32.- El contexto de la problemática desarrollada en la sentencia objeto de impugnación, se tiene que gira además en torno a Decretos Ejecutivos, expedidos por el entonces Presidente Constitucional de la República Sr. Mahuad, en virtud de su facultad prevista en el artículo 11 letra f, del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo, que establecía desde aquél tiempo, que entre sus deberes y atribuciones, debía *Adoptar sus decisiones de carácter general o específico, según corresponda, mediante decretos ejecutivos y acuerdos presidenciales*^o; por lo tanto son instrumentos normativos que la propia Constitución y la Ley, según cada particularidad le concede dicha atribución de normar al Presidente de la República. Estos Decretos Ejecutivos, en lo primordial fueron:

32.1.- El Decreto 681 de 9 de marzo de 1999, publicado en el Registro Oficial 148, de 15 del

mismo mes y año, instrumentos normativo, que en lo esencial, en su artículo 1, se declaró el estado de emergencia nacional y se estableció como zona de seguridad todo el territorio de la República; y a virtud del artículo 2 del indicado instrumento jurídico, se dispuso la movilización de los servicios públicos en los términos del artículo 55 de la Ley de Seguridad Nacional, y las requisiciones que sean necesarias, conforme a la Ley, así como el empleo de la fuerza pública para restablecer las condiciones requeridas para el desarrollo de las actividades ciudadanas. Al respecto, el artículo 180, de la Constitución Política de 1998, establecía que *“El Presidente de la República decretará el estado de emergencia, en todo el territorio nacional o en una parte de él, en caso de inminente agresión externa, guerra internacional, grave conmoción interna o catástrofes naturales. El estado de emergencia podrá afectar a todas las actividades de la sociedad o algunas de ellas”*; es decir que existía presupuestos para establecer el estado de emergencia, siendo: **a)** la inminente agresión externa, **b)** guerra internacional, **c)** grave conmoción interna o **d)** catástrofes naturales. En el presente caso, en los considerandos del Decreto Ejecutivo en mención, se determinan tres puntos: **i.** *“Que el Ecuador enfrenta una grave crisis económica, que ha repercutido en el desenvolvimiento normal de las actividades ciudadanas”*; **ii.** *“Que pese a que de esa manera no contribuyen a la solución de la crisis, algunos sectores han respondido a ella a través de medidas de hecho y paralizaciones ilegales, y han anunciado la realización de un paro nacional los días 10 y 11 de marzo de 1999”*; **iii.** *“Que estos hechos configuran un estado de grave conmoción interna, que debe ser enfrentado en los términos previstos por la Constitución Política”*^{1/4}°. Por lo tanto, del propio instrumento jurídico deviene la existencia de una grave conmoción interna. Al revisar la sentencia impugnada, aparece en el apartado *“XXII. Elementos Probatorios que Demuestran la Responsabilidad del Delito Acusado, Considerados por la Jueza Aquo, y Analizados por este Tribunal de Apelación”*, en el párrafo 22.5, se deja establecido que el hoy recurrente, *“Justificando este accionar en el hecho que el Ecuador enfrentaba una grave crisis económica, por lo que, algunos sectores han anunciado un paro nacional los días 10 y 11 de marzo de 1999 y que estos hechos para el ex Presidente configuran una grave conmoción interna; en consecuencia, amparado en las atribuciones que le confieren los artículos 180 y 181 de la Constitución Política del Estado, dictó el referido decreto ejecutivo”*^{1/4}°; dentro del mismo párrafo o apartado más adelante se enfatiza que *“1/4 el ex Presidente de la República, dictó el Decreto Ejecutivo No. 681, amparado en los artículos 180 y 181 de la Constitución Política de 1998, declarando el estado de*

emergencia nacional y se establece como zona de seguridad todo el territorio de la República, Decreto Ejecutivo expedido con el argumentado que el Ecuador enfrentaba una grave crisis económica, y que las paralizaciones ilegales de distintos sectores, configuran un estado de grave conmoción interna^{1/4}°. Luego del párrafo 22.5, a continuación de un subpárrafo ii *La acción*°, en el párrafo que inicia enfatizado con la expresión: *RELACIÓN CAUSAL*°, donde el *Ad-quem*, en la parte pertinente acota: *se ha determinado un perjuicio económico al Estado ecuatoriano, que incluyen sus habitantes*^{1/4} que se produjo en razón de la ejecución de los decretos ejecutivos^{1/4} mencionados, emitidos por el sujeto activo^{1/4} doctor^{1/4} Mahuad^{1/4} que consistió en el congelamiento y posteriormente la reprogramación de los depósitos en las diferentes instituciones financieras del país^{1/4} que inclusive persiste hasta la actualidad, reiterando que no solamente fue el *abuso*° de fondos públicos para fines diversos a los que estaban previstos, sino también que estos fondos fueron otorgados a terceros, usando para ello decretos ejecutivos, *estado de emergencia*° (^{1/4}) Cuando el ex Presidente^{1/4} Mahuad dicta el primer Decreto de *feriado bancario*° el 9 de marzo de 1999^{1/4} *lo hace basado en una declaratoria de emergencia nacional, que no reunía los requisitos constitucionales y legales, porque no existía la eminente agresión externa, guerra internacional, ni grave conmoción interna o catástrofes naturales, como lo exigía el artículo 180 de la Constitución Política de la República*° norma jurídica, que tiene estricta *relación con el literal k), del artículo 7, de la Ley de Seguridad Nacional en concordancia con el artículo 72 de la misma Ley, por lo que no habría existido sustento constitucional, ni legal para tal declaratoria.*° La cuestión ante este primer Decreto, se encuentra en establecer qué función del Estado o cuál es el procedimiento para determinar si existe o no una *grave conmoción interna*°, de conformidad a la normativa de dicha época; y así se tiene que acorde al artículo 7 letra k de la Ley de Seguridad Nacional de 1979, vigente hasta septiembre de 2009, estableció entre los deberes y atribuciones principales del Presidente de la República el *Declarar el estado de emergencia nacional y decretar Zonas de Seguridad, en caso de*^{1/4} *grave conmoción o catástrofe interna, y asumir las atribuciones que le confiere la Constitución*°. Por lo tanto es una de las atribuciones del Presidente de la República; el control de dicha atribución, dentro del ámbito específico expuesto, tiene ciertas particularidades y así que el artículo 182 de la Constitución Política de 1998, disponía en su inciso primero que el ^{1/4} *Presidente de la República notificará la declaración del estado de emergencia al Congreso Nacional, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la*

*publicación del decreto correspondiente. Si las circunstancias lo justificaren, el Congreso Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo (1/4)º. Por ende el control de la justificación de este ^a estado de emergenciaº, competía al Congreso Nacional, con la facultad de revocarlo en cualquier tiempo; amén de que el Estado de emergencia tiene un carácter excepcional y temporal como lo dictaba el inciso segundo de la norma en mención al preceptuar que ^a El decreto de estado de emergencia tendrá vigencia hasta por un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persistieren, podrá ser renovado, lo que será notificado al Congreso Nacionalº y más aún no desvanece la facultad de la función legislativa de revocar este decreto en los términos del inciso primero de la norma constitucional en uso; que, dentro del tercer inciso, agrega que ^a Cuando las causas que motivaron el estado de emergencia hayan desaparecido, el Presidente de la República decretará su terminación y, con el informe respectivo, notificará inmediatamente al Congreso Nacionalº. Es decir en todos los ámbitos la Función Legislativa, en esta particularidad asume el poder de fiscalizar y revocar en cualquier tiempo esta clase de decretos ejecutivos de estado de excepción, cuando las circunstancias no lo justifiquen. Ahora el artículo 2 del Decreto 681 de 9 de marzo de 1999, publicado en el Registro Oficial 148, de 15 del mismo mes y año, dispuso ^a 1/4 la movilización de los servicios públicos en los términos del artículo 55 de la Ley de Seguridad Nacional, y las requisiciones que sean necesarias, conforme a la Ley, así como el empleo de la fuerza pública para restablecer las condiciones requeridas para el desarrollo de las actividades ciudadanasº. Al respecto, la movilización, conforme al artículo 52 de la Ley de Seguridad Nacional de ese tiempo, se entendía como un mecanismo para permitir la transformación o paso de la organización y actividades de tiempo de paz a la organización y actividades de tiempo en emergencias nacionales; el inciso final del artículo 55 de la Ley en mención, disponía que ^a La movilización nacional comprende la movilización militar, la civil y la económica y abarca todos los aspectos de la actividad nacionalº; el penúltimo inciso de la norma *normarum* aludida, reseña que ^a Todos los recursos nacionales, públicos o privados, podrán ser movilizados para satisfacer las necesidades de la Defensa Nacionalº. Por ende, son un conjunto de atribuciones normadas que le competían al Presidente de la República; Es de anotar que, el Congreso Nacional, como lo dictaba la Ley Orgánica de la Función Legislativa, de 1992, vigente hasta octubre de 2008, en su inciso final del artículo 5, establecía que el Congreso Nacional, podía ser convocado a un período extraordinario de sesiones, incluso a otro periodo simultáneo, de*

sesiones en casos de grave conmoción interna; de allí que a virtud del artículo 7 *uptra*, ^a Si durante un período extraordinario de sesiones se produjere una ¹/₄ grave conmoción ¹/₄ interna, calificada por las dos terceras partes de los miembros del Congreso Nacional, el Presidente del Congreso Nacional clausurará dicho período extraordinario, y de inmediato, convocará a un nuevo período extraordinario ¹/₄ ° es decir que estos asuntos de ^a *conmoción interna*°, se califican por medio de la función ejecutiva a través del Presidente de la República o por la Función Legislativa acorde a lo preceptuado en la Constitución y la Ley.

32.2.- Otro de los detonantes del contexto de la sentencia objeto de impugnación, es el Decreto ejecutivo 685, de 11 de marzo de 1999, publicado en el Registro Oficial 149, de 16 de marzo de 1999, que en lo puntual, trata lo siguiente:

“Art.1. Declarase en estado de movilización a las instituciones financieras nacionales públicas y privadas, sus entidades “off shore”, a las sucursales y agencias de las instituciones financieras y extranjeras que operen en el Ecuador, a las compañías administradoras de fondos, las de arrendamiento mercantil, fideicomisos mercantiles y las emisoras y administradoras de tarjetas de crédito, así como a las personas naturales o jurídicas que mantengan a la fecha deudas o créditos con ellas.

Art. 2. En virtud del estado de movilización, quedan sujetos al régimen previsto por los artículos 54, 55 y más aplicables de la Ley de Seguridad Nacional y a las normas del presente Decreto, los depósitos, captaciones y operaciones de crédito directas y contingentes en moneda nacional, moneda extranjera o unidades de valor constante que a la fecha se mantengan en las instituciones referidas en el Art. 1.

Art. 3. Establece o ampliase según corresponda, el plazo de los siguientes instrumentos financieros:

a) por 365 días para el 50% de los depósitos en cuenta corriente denominados moneda nacional, realizados en instituciones financieras nacionales públicas y privadas (excepto el Banco Central del Ecuador), sus “off shore”, así como en sucursales o agencias de instituciones financieras extranjeras que operan en el Ecuador, si el saldo de la cuenta a la presente fecha es superior a 500 dólares. Si este saldo fuere de 500 dólares o inferior, será de libre disposición;

b) Por 365 días, el 50% de los depósitos de ahorro en moneda nacional y UVC, y la totalidad de los depósitos en moneda extranjera realizados en instituciones financieras nacionales, sus correspondientes “off shore” y en sucursales o agencias de instituciones

financieras extranjeras que operen en el Ecuador. Se exceptúan las cuentas de ahorro en moneda nacional y UVC con saldo de hasta cinco millones¹/₄ a la presente fecha y las cuentas en moneda extranjera de hasta quinientos dólares;

c) Por 365 días, el 50% las operaciones de reporte y depósitos a plazo en UVC, moneda nacional o extranjera realizados en instituciones financieras nacionales, sus correspondientes "off shore" y sucursales o agencias de instituciones financieras extranjeras que operen en el país;

d) Por 366 días las captaciones en UVC, moneda nacional o extranjera realizadas por compañías de arrendamiento mercantil o emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, a partir de su vencimiento original; y,

e) Por 365 días los vencimientos de los créditos directos en UVC, moneda nacional o extranjera, concedidos hasta la presente fecha por instituciones financieras nacionales, sus correspondientes "off shore" y las sucursales o agencias de instituciones financieras extranjeras que operen en el Ecuador. Igual aplicación se efectuara respecto de las obligaciones adquiridas por las indicadas instituciones como consecuencia de operaciones de descuento de cartera. Esta ampliación será a partir de la fecha original del vencimiento de la operación.

Art. 4. Los cheques girados con anterioridad a la expedición de este Decreto que como consecuencia de la aplicación de sus normas, no puedan ser pagados por el banco girado, a pesar de existir fondos suficientes, no darán lugar a la aplicación de las multas, sanciones y recargos aplicables a los cheques protestados y serán devueltos con una nota que señale la aplicación del presente Decreto.

Art. 5. Las obligaciones cuyo plazo ha sido ampliado y estén denominadas en UVC, mantendrán su mecanismo de reajuste y devengaran una tasa de interés del 7% en el caso de operaciones pasivas y 11.5% en el caso de operaciones activas.

Art. 6. Los pasivos en sucres y dólares de las instituciones financieras cuyo plazo ha sido ampliado, excepto aquellos que se hayan originado en depósitos en cuenta corriente y de ahorro, devengaran una tasa de interés anual del 40% y del 9%, para sucres y dólares respectivamente, reajutable cada 90 días en proporción a la variación que se haya producido en la tasa pasiva referencial publicada por el Banco Central del Ecuador en sucres, dólares y UVC. Los pasivos en sucres y en dólares de las instituciones financieras, cuyo plazo ha sido ampliado y que se hayan originado en depósitos en cuenta

corriente y ahorro, mantendrán una tasa anual equivalente al 50% y al 40% respectivamente, de la que devenguen los demás pasivos en sucres y en dólares, cuyo plazo ha sido ampliado.

Art. 7. Los activos en sucres de las instituciones financieras cuyo plazo ha sido ampliado, mantendrán una tasa anual de 1.3 veces la tasa que devenguen los pasivos a plazo en sucres a que hace relación el Art. 6 y será reajutable, de igual manera, cada 90 días. Los activos en moneda extranjera de las instituciones financieras cuyo plazo ha sido ampliado, mantendrán una tasa fija anual del 14% y será reajutable cada 90 días.

Art. 8. Las instituciones financieras deberán emitir certificados de depósitos, en forma total o fraccionada a solicitud del depositante hasta por una denominación mínima de S/. 5.000.000.00 de sucres y US. \$ 1.000.00 dólares. Estos títulos valores serán transferibles por vía de endoso y servirán como medio de pago de obligaciones que tengan como acreedor a la institución financiera emitente, la cual estará obligada a recibir por su valor nominal.

Art. 9. En las obligaciones emitidas por empresas al amparo de la Ley de Mercado de Valores, se ampliará el plazo por 365 días a partir del vencimiento.

Art. 10. El interés que generen las obligaciones cuyo plazo ha sido ampliado, tanto activas como pasivas, se pagará mensualmente o de la forma establecida al tiempo de su emisión o concesión, a elección del cliente. El importe de estos intereses es de libre disposición por su titular.

Art. 11. Los partícipes en fondos o fideicomisos de inversión que tengan inversiones afectadas por este Decreto, diferirán sus derechos de rescate sobre el valor de sus participaciones cortado a la fecha de expedición del presente Decreto, por un lapso de 365 días. Los certificados de participación constituirán documentos negociables en el mercado. Los rendimientos serán pagados en las condiciones pactadas.

Art. 12. Los depósitos y más obligaciones garantizados por la AGD, se someterán a las normas de este Decreto.

Art. 13. Las normas de este Decreto no se aplicarán a las agencias internacionales de bancos privados ni a los depósitos, inversiones o pasivos de las representaciones y agentes diplomáticos, los organismos internacionales y otros organismos gubernamentales con los cuales el estado tiene convenios internacionales, ni a los de las entidades del sector público, ni de las empresas de propiedad de éste, mantienen con el

sistema financiero.

Art. 14. Los depósitos a la vista o a plazo, en UVC, moneda nacional o extranjera que se efectúen a partir del lunes 15 de marzo de 1999, en cualquier institución financiera y administradora de fondos, no se someterán a las disposiciones de este Decreto.

Las operaciones activas que igualmente se concedan a partir del 15 de marzo de 1999, así como las operaciones que se encuentran vencidas, tampoco se someterán a las normas del presente Decreto.

Estas operaciones activas y pasivas se someterán al sistema de libre contratación.

Art. 15. Todas las operaciones realizadas entre el Banco Central y las instituciones financieras y las operaciones interbancarias efectuadas entre éstas, no están sujetas a las normas de este decreto y mantienen sus condiciones originales.

Art. 16. El Banco Central del Ecuador garantizará la provisión de divisas para el cumplimiento de las obligaciones que las instituciones financieras nacionales mantengan con bancos corresponsales del exterior a la fecha de expedición del presente Decreto, siempre que los bancos del exterior acepten voluntariamente reprogramar el vencimiento de tales obligaciones, a por lo menos un año plazo con amortización semestral de capital más intereses y que las instituciones financieras nacionales entreguen al Banco Central el contravalor en moneda nacional.

Art. 17. Al vencimiento de los plazos de reprogramación establecidos por este Decreto, todas las operaciones activas y pasivas se someterán al sistema de libre contratación. Las operaciones de crédito que se declaren vencidas, se liquidarán a las tasas de interés de mora que el sistema de libre contratación tenga a esa fecha.

Art. 18. Las instituciones del sistema financiero nacional reanudarán su atención al público el lunes 15 de marzo de 1999.

Art. 19. A las operaciones activas y pasivas en UVC, moneda nacional o moneda extranjera realizadas por instituciones financieras nacionales, off shore y administradoras de fondos y representaciones y sucursales de bancos extranjeros que operan en el Ecuador, vencidas entre el 8 y el 14 de marzo, se aplicarán las normas establecidas por este Decreto.

Art. 20. Encargase a la Ministra de Finanzas y Crédito Público de la ejecución de este Decreto y se le faculta para que, mediante Acuerdo Ministerial, emita las normas complementarias necesarias para ello.(1/4)°

Como ya se indicó en el párrafo anterior, el estado de movilización, ante un *estado de emergencia*^o, se regulaba en la Ley de Seguridad Nacional de 1979, vigente hasta septiembre de 2009, dentro del TÍTULO II *De la Movilización Nacional*^o, del artículo 52 al 81. En la sentencia impugnada, dentro del largo contenido del párrafo 22.5, luego del apartado ii, se encuentra que el *Ad-quem*, menciona que: *Las acciones realizadas por el doctor Mahuad inician con la declaratoria de emergencia nacional, mediante el Decreto 681 de 9 de marzo 1999, siendo éste la base para que se dicte el Decreto Ejecutivo 685 de reprogramación de los depósitos bancarios "congelamiento de depósitos," se evidencia que sus acciones fueron planificadas con anterioridad, a fin de cumplir con la finalidad que éste perseguía, que era la de favorecer a la banca privada, pues varios ejecutivos bancarios formaban parte de su régimen. En ese contexto de "emergencia nacional" se utilizaron fondos públicos y privados, recursos que por su naturaleza tenían otro destino*^o. Al respecto, es pertinente remitirse a lo establecido en el artículo 53 de la Ley de Seguridad Nacional de 1979, que disponía: *La planificación de la Movilización abarcará los cuatro Frentes de Acción de Seguridad Nacional y será elaborada en tiempo de paz con el objeto de adecuar el Poder Nacional al esfuerzo de la guerra, como uno de los medios para lograr los Objetivos Nacionales; con este fin, los organismos de movilización adoptarán las medidas que sean necesarias para la adecuación ordenada, rápida y segura de los recursos movilizables del país*^o. Es decir que la planificación se la hace en tiempos de paz (entendida la guerra en términos de los convenios de Ginebra conflictos bélicos de carácter internacional e interno), de manera independiente a las conmociones internas que no impliquen tiempo de guerra; los cuatro Frentes de Acción de Seguridad Nacional, conforme al artículo 18 *uptra*, son: a) el Frente Externo; b) el Frente Interno; c) el Frente Económico; y, d) el Frente Militar. Estos Frentes de Acción de Seguridad Nacional, realizaban coordinadamente el estudio, la investigación y la planificación necesarios para la elaboración de los documentos correspondientes que permitan la consecución y mantenimiento de los Objetivos Nacionales, de acuerdo con las directivas emanadas del Presidente de la República (Art. 19 Ley de Seguridad Nacional 1979). Conforme al artículo 31 de la norma *normarum* en uso, el Frente Económico se constituía por los Ministerios de Finanzas, de Recursos Naturales y Energéticos, de Agricultura y Ganadería, de Comercio, Industrias e Integración y de Obras Públicas y Comunicaciones, cuya dirección correspondía al Ministro de Finanzas; decía el artículo 32, que este Frente, tenía la misión principal de organizar y fortalecer

permanente todos los recursos económicos y financieros del país para los fines de desarrollo nacional, como base de la preparación y ejecución de la Seguridad Nacional, en orden a la consecución y mantenimiento de los Objetivos Nacionales y asesoraba al Presidente de la República y al Consejo de Seguridad Nacional, sobre las políticas económicas orientadas al fortalecimiento del país, tanto en la paz como en la guerra (Art. 33 Ley de Seguridad Nacional 1979). Con esta ilustración, se tenía que a tono con el artículo 54 de la Ley en mención, eran ^a *objeto de movilización las personas y toda clase de bienes y servicios; empresas, industrias, alojamiento; y, en general, todos los elementos que puedan contribuir a las finalidades de la Seguridad Nacional*^o. Esta movilización nacional ± decía la ley ± podía ser total o parcial, en forma pública o secreta; la total, por su carácter general, no tenía más limitaciones que las impuestas en el decreto de movilización; mientras que la movilización parcial se decretaba en razón de las limitaciones de las personas, de bienes y servicios o de la extensión territorial que abarcaba. Siguiendo al penúltimo inciso del artículo 55 *ibídem*, ^a *Todos los recursos nacionales, públicos o privados, podrán ser movilizados para satisfacer las necesidades de la Defensa Nacional*^o; y la responsabilidad en materia de movilización corresponde: a) al Presidente de la República; b) a la Dirección Nacional de Movilización; c) a los Directores de los Frentes de Acción de Seguridad Nacional; d) al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas; y, e) a las Unidades de Movilización de las Direcciones de Planeamiento de Seguridad para el Desarrollo Nacional (Art. 56 Ley de Seguridad Nacional 1979). Con esto se ha de tener como un imperativo de norma cuando el artículo 58, de la Ley en uso, disponía que ^a *El Presidente de la República podrá decretar la movilización de uno o más Frentes de Acción Seguridad Nacional en caso de*^{1/4} *grave conmoción*^{1/4} *interna*^o; que cómo se analizó en el párrafo anterior, la justificación de esta conmoción la calificaba por mandato constitucional el Congreso Nacional y sobre las demandas de inconstitucionalidad al entonces Tribunal Constitucional, como lo establecía el artículo 276 numeral 1 de la Constitución; debiéndose tener presente que no todo lo inconstitucional puede caracterizar delito así como también la falta de justificación calificada por el Congreso Nacional puede constituir delito. Por ello, cuando la sentencia impugnada en el apartado 22.7, en la parte donde se dedica a dilucidar sobre el dolo, cuando dice: ^a *la emisión y*^{1/4} *ejecución de los Decretos Ejecutivos 685 de 11 de marzo de 1999 y 1492 de 10 noviembre del mismo año, acción típica del ex Presidente*^{1/4} *Mahuad, se encuentra con su conocimiento y previa planificación en la que*^{1/4} *opera la consciencia y voluntad*^{1/4} *sabía el*

resultado de esta acción típica, lo que se convierte en hecho doloso, y^{1/4} su ejecución tuvo el resultado esperado ya que dio rienda suelta a sus intenciones esperando un efecto, esto es la de beneficiar a un grupo determinado de miembros de su gabinete político que se encontraba vinculado con las instituciones del sistema financiero nacional quienes con la ejecución de los citados decretos, usaron los dineros de los depositantes^{1/4} estas acciones típicas, fueron planificadas intelectualmente con mucha anterioridad, y aprovechándose de la situación económica en la que vivía el país en aquellos momentos plasmaron sus ideales dolosos que inició con la emisión del Decreto Ejecutivo 681 de declaratoria de emergencia nacional, estableciéndose como zona de seguridad todo el territorio nacional, dictado el 9 de marzo de 1999, (feriado bancario)^{1/4} que sirvió de base para^{1/4} de forma extremadamente arbitraria, dictar el Decreto 685, dos días después^{1/4} el 11 del mismo mes y año, denominado de "congelamiento de depósitos"; agravando la estabilidad económica y financiera del país con el Decreto 1492 de 11 de noviembre del 1999, ya que ocasionó la salida de capitales y la inflación aumentó de manera incontrolable, afectando a la clase media y baja de la sociedad^{1/4} Se lesionó el patrimonio del Estado, y con ello faltó a la fidelidad y confianza depositada por el pueblo ecuatoriano, ya que su conducta no se ajustó al accionar propio de su función^{1/4} establecida en la normativa constitucional vigente a la época, esto es que tenía la obligación de establecer las políticas generales del Estado y velar por su cumplimiento, previsto en los numerales 3 del artículo 171 y la conservación de los equilibrios macroeconómicos contemplado en el numeral 2 del artículo 243^{1/4}°. Por supuestos que la declaratoria de estado de movilización de las instituciones financieras nacionales públicas y privadas, sus entidades "off shore", las sucursales y agencias de instituciones financieras y extranjeras que operaban en Ecuador, las compañías administradoras de fondos, las de arrendamiento mercantil, fideicomisos mercantiles y emisoras y administradoras de tarjetas de crédito, así como personas naturales o jurídicas que mantenían a la fecha deudas o créditos con ellas, responde a una planificación al amparo de las normas aludidas; se dice (según la sentencia objetada) que ha sido para "beneficiar a un grupo determinado de miembros de su gabinete político que se encontraba vinculado con las instituciones del sistema financiero nacional quienes con la ejecución de los citados decretos, usaron los dineros de los depositantes^{1/4}°, más de la sentencia no se encuentra a nadie más procesado que el Sr. Mahuad; pues, ni siquiera aparecen quienes integraron el Frente Económico de Acción de Seguridad Nacional, que preparaba todo el análisis, estudio y asesoramiento, ni los miembros

del Congreso Nacional que podían calificar el justificativo del estado de emergencia por conmoción interna, menos aún algún miembro del Gabinete del entonces Presidente Sr. Mahuad, ya que este estado de movilización decretado en virtud del decreto de emergencia, tiene una magnitud donde intervienen diversos actores, de allí que los contenidos de dichos Decretos Ejecutivos reflejan una política de Estado y por ende el elemento humano en interacción puede bajo los supuestos establecidos en la Constitución y la Ley, ser sujeto de responsabilidad y no sólo una individualidad humana, pues al ser la responsabilidad individual, el señalamiento de uno no puede absorber la responsabilidad de todos, ya que ni la obediencia debida podría generar excusa.

32.3.- Otro de los instrumentos jurídicos, por el que se dice se ha cometido el delito que sanciona la sentencia de instancia, es el Decreto Ejecutivo 1492, publicado en el Registro Oficial 320, de 17 de noviembre de 1999, que establecía:

^a Art. 1. Los certificados de depósito; reprogramados emitidos por la misma institución financiera y por las integrantes del mismo grupo financiero, amparados o no por la garantía de depósito prevista en la ley, declaran ser recibidos a su valor nominal, para cancelar obligaciones por vencer y vencidas, incluyendo intereses y otros recargos de los deudores de las instituciones financieras emitentes y de las integrantes del grupo; dichos certificados podrán estar emitidos a nombre del titular del pasivo o endosado o transferido a nombre de la persona que solicita la cancelación.

Art. 2. Los certificados de depósitos reprogramados de la misma u otra institución financiera, incluyendo los de las entidades offshore, amparados por la garantía de depósitos de acuerdo con la ley, deberán ser obligatoriamente recibidos por las instituciones financieras privadas y por la Corporación Financiera Nacional, para cancelar la totalidad o parte del capital de las obligaciones, por vencer y vencidas, incluyendo intereses y otros recargos, concedidas hasta el 31 de julio de 1999. Los certificados se recibirán a valor nominal, incluyendo los intereses devengados y no pagados a la fecha de la transacción y podrán estar emitidos a nombre de la persona que solicita la cancelación.

Las instituciones financieras, incluyendo aquellas que se encuentran en procesos de saneamiento o restructuración, que reciban certificados de depósitos reprogramados que se encuentren amparados por la garantía de depósito de acuerdo con la ley, por operaciones con recursos de la Corporación Financiera Nacional, están obligadas a

transferir y entregar en forma inmediata dichos certificados a la Corporación Financiera nacional. En caso de incumplimiento la Superintendencia de bancos y la Corporación Financiera Nacional aplicarán las sanciones y/o correctivos correspondientes.

Art. 3. Cuando los certificados de depósito reprogramados no se encuentren cubiertos por la garantía de depósitos, las instituciones financieras, sus entidades off shore y las compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito tendrán la opción de recibir los certificados de depósito reprogramados de otra institución, al valor libremente acordado entre las partes, para cancelar la totalidad o par te del capital de las obligaciones, por vencer y vencidas, incluyendo intereses y otros recargos. Dichos certificados podrán estar emitidos a nombre del titular del pasivo o endosado o transferido a nombre de la persona que solicita la cancelación.

Art. 4. En lo relacionado a las operaciones contingentes de comercio exterior, las instituciones financieras y las entidades offshore podrán recibir los certificados de depósito reprogramados de otras instituciones financieras para cancelar tales obligaciones, siempre que se encuentren cubiertos por la garantía de depósitos de acuerdo con la ley. Igualmente, los certificados se recibirán a valor nominal y podrán estar emitidos a. nombre del titular del pasivo o endosado o transferido a nombre de la persona que solicita la cancelación.

Art. 5. Las instituciones financieras podrán pagar sus obligaciones con la Corporación Financiera Nacional, así como adquirir activos de bancos que se encuentran bajo el procedimiento de saneamiento a puerta cerrada en la Agencia de Garantía de Depósitos, de acuerdo con el procedimiento establecido por su Directorio, mediante la entrega de certificados de depósito reprogramados que se encuentren amparados por la garantía de depósitos. La Corporación Financiera Nacional y la Agencia de Garantía de Depósitos estarán obligadas a recibir dichos certificados a su valor nominal, incluyendo los intereses devengados y no pagados a la fecha de la transacción.

Tendrán derecho a igual tratamiento las personas naturales o jurídicas que deseen adquirir activos de las instituciones que se encuentran bajo el procedimiento de saneamiento, a puerta cerrada, en la Agencia de Garantía de Depósitos.

1/4 se podrán adquirir con los certificados de depósito reprogramados amparados por la garantía de depósitos, activos de bancos en procedimiento de saneamiento, con puertas abiertas, en reestructuración y de las instituciones financieras que operan normalmente,

si es que estas instituciones lo consideran pertinente.

Art. 6. La Corporación Financiera Nacional podrá renegociar los plazos de los certificados reprogramados amparados por la garantía de depósitos con las instituciones financieras emisoras, en concordancia con los vencimientos de sus acreencias^{1/4} la Corporación Financiera Nacional podrá canjear en la Agencia de Garantía de Depósitos, los certificados de depósitos reprogramados emitidos por bancos en procedimiento de saneamiento por bono del gobierno nacional, en las condiciones mutuamente acordadas por el Directorio de la Agencia de Garantía de Depósitos y de la Corporación Financiera Nacional.

Art. 7. El Superintendente de Bancos, previa solicitud^{1/4} podrá autorizar que la recepción de los certificados de depósitos reprogramados sea facultativa, si una institución financiera hubiere recibido certificados de depósito reprogramados hasta por el monto total acumulado, equivalente a sus obligaciones pendientes de pago con la Corporación Financiera Nacional, con saldos al 30 de septiembre de 1999. (1/4)^o

En este punto es de recalcar que el Decreto Ejecutivo de Estado de Emergencia, conforme al artículo 182 de la Constitución Política de 1998, tiene una duración de sesenta días, que no puede ser confundido con el Estado de Movilización, que puede nacer del Estado de Emergencia y que responde a una planificación en tiempos de paz como ya se estudió en el párrafo anterior; de allí que, conforme al artículo 71 de la Ley de Seguridad Nacional de 1979, ^a *Para el cumplimiento de la movilización, en los casos de^{1/4} emergencia, el Presidente de la República podrá disponer la requisición de bienes patrimoniales existentes en todo o parte del territorio nacional, pertenecientes a personas jurídicas o naturales de cualquier índole, sin indemnización previa y por el lapso que se fije para servir expresamente a los propósitos de la Seguridad Nacional^o*. En el presente caso, los bienes patrimoniales, se individualizaron en los depósitos, captaciones y operaciones de crédito directas y contingentes en moneda nacional, moneda extranjera o unidades de valor constante que a dicha fecha se mantenían en instituciones financieras nacionales públicas y privadas, sus entidades ^a *off shore^o*, sucursales y agencias de las instituciones financieras y extranjeras que operaban en Ecuador, compañías administradoras de fondos, de arrendamiento mercantil, fideicomisos mercantiles y emisoras y administradoras de tarjetas de crédito, personas naturales o jurídicas que mantenían a esa fecha deudas o créditos con ellas; esta requisición acorde al artículo 72 *ibídem*, se operativiza mediante orden escrita de autoridad legalmente

responsable, determinando la naturaleza de la prestación y la duración probable de ella, que a virtud Decreto ejecutivo 685, de 11 de marzo de 1999, publicado en el Registro Oficial 149, de 16 de marzo de 1999, se dispuso que duraría trescientos sesenta y cinco días; por lo que en armonía con el inciso final del artículo 72 de la Ley de Seguridad Nacional de 1979, ante la requisición es obligación de las autoridades competentes conferir a los propietarios el correspondiente comprobante, haciendo constar la clase, el estado de uso y el valor de los bienes, a objeto de las indemnizaciones de Ley. De allí es que aparece la figura de los certificados de depósito reprogramados emitidos por la misma institución financiera y por las integrantes del mismo grupo financiero, amparados o no por la garantía de depósito prevista en la ley, que refiere el Decreto Ejecutivo 1492, publicado en el Registro Oficial 320, de 17 de noviembre de 1999, emitido mientras duraba el Estado de Movilización. Se encuentra que la sentencia cuestionada, dentro del párrafo 22.7, dentro del aparatado denominado *a CULPABILIDAD*°, el *Ad-quem*, menciona *“¼ El acusado¼ Mahuad¼ no ha demostrado ser inimputable frente al Derecho Penal. En cuanto al conocimiento antijurídico de su actuar, no ha demostrado haber obrado en virtud de error de prohibición invencible o vencible; referente a la exigibilidad de otra conducta, al acusado si le era exigible otra conducta, esto es, no realizar los actos ilícitos¼ como es haber abusado de los dineros públicos y privados, que estuvieron en su poder en razón de su cargo, lo efectuó de forma arbitraria en beneficio de terceros, esto es la banca privada, ejecutado por medio de las diferentes instituciones del Estado, el contenido de los Decreto Ejecutivos 685 de 11 de marzo de 1999, que disponía la reprogramación de depósitos denominado congelamiento de depósitos, dándoles fines distintos de los que inicialmente estaban determinados, a lo que se denomina malversación de los fondos; y, posteriormente con la ejecución del Decreto 1492 de 10 de noviembre del mismo año, agravó la situación económica y financiera del país¼ se obligó a los depositantes a cancelar con certificados reprogramados CDRÂs los créditos que tuvieren con las instituciones financieras privadas y a la Corporación Financiera Nacional a recibir CDRÂs, inclusive de los bancos cerrados, y este último acto bajo prevenciones de que su incumplimiento sería sancionado por la Superintendencia de Bancos y la Corporación Financiera Nacional, violando de esta forma sus deberes de Presidente Constitucional de la República establecidos en la Constitución Política¼ el ex Mandatario, es responsable de aquellas consecuencias de su comportamiento, que incluso como profesional el derecho tenía la capacidad intelectual de evitarlo, por otra parte como máximo representante de los*

ecuatorianos^{1/4} elegido por votación popular, que le ubicaron en el vértice superior de la Administración Pública, era su obligación demostrar su fidelidad en el manejo de los fondos del Estado y de sus habitantes, sin embargo olvidándose de su deber de Presidente^{1/4} continuó con su accionar doloso, hasta alcanzar su meta^{1/4} lo que determina el reproche social de su conducta^{1/4} °. Al respecto, es de tener presente que no constituye acto ilícito el establecer de que ^a^{1/4} bajo prevenciones de que su incumplimiento sería sancionado por la Superintendencia de Bancos y la Corporación Financiera Nacional, violando de esta forma sus deberes de Presidente Constitucional de la República establecidos en la Constitución Política^{1/4} °, ya que incluso conforme al artículo 139 de la Ley de Seguridad Nacional de 1979, ^a *Quien, una vez decretada la movilización, no cumpliere las órdenes impartidas al efecto, será sancionado con prisión de tres meses a un año, sin perjuicio de que observe la orden o preste el servicio requerido* °. Lo que este juzgador observa es un conjunto de actividades regladas que deben verse a la luz de la integralidad del derecho empatibilizándose con la realidad jurídica del momento histórico en que se dieron los hechos, para determinar el valor que los instrumentos internacionales, la Constitución y la Ley de ese tiempo concedieron a la fenomenología propuesta dentro del circuito jurídico; en el párrafo 21.2.14, la sentencia impugnada dice: ^a^{1/4} *no tiene por objeto analizar si los créditos de liquidez, que fueron otorgados a las diferentes instituciones financieras del país, fueron por disposición del doctor^{1/4} Mahuad^{1/4} sino, sus acciones y las consecuencias o efectos al haber emitido los Decretos Ejecutivos 685 y el 1492, ejecutados por las diferentes instituciones del Estado, con los cuales se atentó contra la economía financiera del país, y de los ecuatorianos que depositaron su confianza en el sistema financiero ecuatoriano; y, al haber sido obligados a recibir certificados reprogramados sin su consentimiento, se atentó al derecho a la libre contratación, ya que no fueron entregados esos dineros en el tiempo para el cual se depositaron, impidiendo de esta forma cumplir con los deberes y obligaciones propias de cada ciudadano; y^{1/4} por la emisión del Decreto 1492 de 10 de noviembre de 1999, se les obligó a los depositantes a cancelar sus créditos que mantenían en las instituciones financieras con esos certificados reprogramados, lo que obligó a quienes no tenían créditos a negociar estos certificados reprogramados a valores extremadamente bajos, en razón de que le fue imperativo obtener su dinero en efectivo, a fin de utilizarlo en educación, salud, alimentación entre otras cosas, propios de sobrevivencia del ser humano^{1/4} ° Al respecto es de tener presente que la Cuadragésima segunda Disposición Transitoria de la Constitución*

Política de 1998, dispuso que ^a*Hasta que el Estado cuente con instrumentos legales adecuados para enfrentar crisis financieras y por el plazo no mayor de dos años contados a partir de la vigencia de esta Constitución, el Banco Central del Ecuador podrá otorgar créditos de estabilidad y de solvencia a las instituciones financieras, así como créditos para atender el derecho de preferencia de las personas naturales depositantes en las instituciones que entren en proceso de liquidación*^o. Pues de ser el caso de la crisis financiera, las diferentes entidades involucradas en la política económica y financiera del Ecuador de ese tiempo, debían generar los mecanismos para que el Banco Central del Ecuador otorgue créditos de estabilidad y solvencia a las instituciones financieras, así como créditos para atender el derecho de preferencia de las personas naturales depositantes en las entidades que entraban a proceso de liquidación, a fin de que estas personas puedan prevalidos de dicho derecho de preferencia, utilizar tales fondos para satisfacer las necesidades que señala la sentencia cuestionada en materia de educación, salud, alimentación, etc., propendiéndose de ésta manera su sobrevivencia. Es decir, toda vez que el Estado de Emergencia, no fue objetado ni descalificado por el Congreso Nacional, de manera independiente a que se declare la inconstitucionalidad de los decretos ejecutivos, durante el plazo de dos años que se encontraban transcurriendo, el Banco Central, no sólo que podía, sino que tenía la obligación de otorgar créditos de estabilidad y solvencia a las instituciones financieras, de manera independiente al Estado de Movilización; así como conceder créditos para la atención del derecho de preferencia de personas naturales depositantes en las instituciones que entraban en proceso de liquidación. De esto se tiene que en el engranaje público Estatal, cada ente gubernamental, poseía sus funciones y debía prever las formas más adecuadas para satisfacer las demandas sociales ante la vigencia de un Estado de Emergencia y la permanencia de un Estado de Movilización, que no puede ser confundido con confiscación; el incumplimiento o la pasividad para el cumplimiento de las funciones de las diferentes entidades públicas, incentivaron el dramático escenario que refiere varias veces el cuadro fáctico de la sentencia impugnada.

33.- Los Decretos Ejecutivos mencionados, son el reflejo de Políticas Fiscales o Económicas, entendidas como el conjunto de mecanismos e instrumentos implementados por el Estado para obtener sus ingresos, realizar el gasto y los impuestos para influir en la producción nacional, el empleo y nivel de precios, impactando en los beneficios sociales, subsidios de producción, costo y nivel de vida; pudiendo cambiar las acreditaciones de pago de bienes,

servicios y del trabajo en general; influir en la decisión adquisitiva de bienes o servicios como comprar un auto, una casa, recibir asesorías profesionales o ir a la universidad, escoger la calidad de asistencia médica, etc. [Yirepa, economía y finanzas, La política fiscal, en: <https://yirepa.es/la%20pol%C3%ADtica%20fiscal.html>]; las decisiones de carácter fiscal recaudativo como las económicas, se destinan al financiamiento del costo y gasto público, para realizarlo, se crean condiciones para dotar de legitimidad y legalidad a tales lineamientos, mantienen una permanente comunicación impositiva y arbitraria en las motivaciones para la elaboración de normas que las factibilizan, debido a la estructura jurídica del aparato Estatal, pese a que impactan de manera directa en los inmanentes derechos de las personas; pues de manera primordial, *“los derechos humanos se presentan ante todo como un dato del lenguaje moral y político, con una trascendencia jurídica todavía limitada ± aunque gradualmente va siendo mayor ± si [se atiende] al nivel de la eficacia”* [Ballesteros, Jesús *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*, Pág. 127, Editorial Tecnos, Madrid ± España, 1989]; al atender a ese nivel de eficacia, la Constitución Política de 1998, en su artículo 3.2, estableció como deber primordial del Estado el asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social; la falta de este aseguramiento, puede llegar a constituir un ilícito justiciable, de manera independiente de la persona o dignidad que contradiga tales presupuestos, no solo atinentes al derecho a la vida, a la integridad, etc., sino que también a otros derechos como lo son aquellos que se los cataloga entre los económicos, sociales y culturales, teniendo presente que *“Los derechos humanos tal como [se conciben] actualmente y como [se aspira] a que imperen, están conformados por un conjunto de principios, declaraciones y mecanismos de vigencia y aplicación, cuyo objetivo es ampliar constantemente y de manera progresiva la esfera de la libertad individual y social, de la responsabilidad compartida por el desarrollo, de la solidaridad y la equidad sin restricciones, y del bienestar común, en un marco de paz, cooperación y aplicación de la democracia”* [Jaramillo, Telmo y Naranjo, Raúl *Manual de Aplicación de Normas internacionales de Derechos Humanos en el Ámbito Jurídico Ecuatoriano*, Pág. 13, Editorial Annabel, Guayaquil ± Ecuador, 2002]. Este disfrute progresivo, acorde a la realidad de la Constitución Política de 1978, se refleja en el artículo 3.5, cuando determinó que es un deber primordial del Estado, el *“Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes”*, cuando habla de *“progreso”*, atiende a una no regresividad, que es una herramienta efectiva, en especial para

el goce de los derechos humanos, en particular de los económicos, sociales y culturales (llamados también de forma pedagógica como derechos de tercera generación), que no se encuentran excluidos de los derechos y garantías constitucionales. Al existir el compromiso de erradicar la pobreza; en el párrafo 22.2, la sentencia objeto del Recurso, determina entre otras cuestiones que ^a *¼ En la especie se trata de dineros públicos y privados que fueron reprogramados¼ arbitrariamente mediante el Decreto Ejecutivo 685 de 11 de marzo de 1999¼ y¼ como consecuencia de éste¼ el Decreto Ejecutivo 1492, de 11 de noviembre de 1999, se obligó a los depositantes, a que, con los certificados reprogramados paguen créditos, en el caso de mantener con los bancos privados. Procedimiento que les afectó en gran escala a los depositantes, obligándose a renegociar los CDRÁ, a precios por debajo del valor real, en razón de su imperiosa necesidad de poseer dineros en efectivo para cumplir sus necesidades de alimentación, educación y salud entre otros¼ obligó a la Corporación Financiera Nacional y a la Agencia de Garantía de Depósitos a recibir, los certificados reprogramados de los bancos cerrados, a su valor nominal incluyendo los intereses devengados y no pagados a la fecha de la transacción¼º*; es decir generó una carencia de recursos económicos circulables, con ello, la pobreza, que usualmente se la concibe como aquella situación en la que, los ingresos de un individuo o núcleo familiar, no son suficientes para lograr las satisfacciones básicas necesarias; o, más bien, entendida como la ^a *¼ negación de las necesidades básicas para el desarrollo humanoº* [Programa Para el Desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD), Informe de Desarrollo Social, 2004 ^a *Tendencias del Desarrollo Social en el Ecuadorº*, Quito, Julio del 2004, Pág. 110]; por lo que las decisiones concernientes a políticas fiscales o económicas, deben velar por el contenido mínimo ± de los derechos ± apreciándolos desde su progresividad y no regresividad, ya que son estándares básicos que se contemplan a los efectos de medir cumplimiento de derechos, a los cuales se debe agregar, como obligaciones con ^a *efecto inmediatoº* derivadas del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales; y con ello, que la garantía de los derechos se ejercen sin discriminación y que las políticas incorporan el principio de igualdad; debido a que la obligación de proteger a los sectores más vulnerables de la población o que requieran políticas y acciones prioritarias, venga acompañada de la obligatoriedad de producción de información para la formulación de políticas; sumado al principio de participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas, con las garantías de acceso a la información y acceso a la justicia [Christian Courtis ^a *Desde otra Miradaº*, Argentina,

Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009, Pág. 199] La marcada distancia entre las políticas fiscales o económicas y los *° Derechos Humanos*, genera inequidad y un reflejo contrario a lo que desde cualquier postura puede considerarse justo, de allí que las políticas fiscales o económicas, como las reflejadas en los Decretos Ejecutivos revisados, vienen a contener un pensamiento que desatiende el conjunto de principios y obligaciones que integran los derechos fundamentales, al apartarse de la satisfacción de las necesidades básicas y propender encajes presupuestarios a costa, como dice la sentencia de la *¼ imperiosa necesidad de poseer dineros en efectivo para cumplir sus necesidades de alimentación, educación y salud entre otros¼ °* que el común ciudadano se privó del goce por efecto de dichos instrumentos jurídicos, cuadro fáctico que puede ser compatible con un ataque sistematizado y generalizado contra los derechos humanos de los ciudadanos que se encontraban en la situación expresada por el Tribunal *Ad-quem*, conforme al artículo 213 del Código Penal aplicable al caso, cualquier acto arbitrario y atentatorio contra las libertades y derechos garantizado por la Constitución, ordenado o ejecutado por un empleado u oficial público, por un depositario o agente de la autoridad o de la fuerza pública, será reprimido con punición. Por lo tanto, los presupuestos fácticos pese a ser normados, posiblemente puedan llegar a caracterizar un atentado contra las libertades y derechos garantizados por la Constitución y no un peculado, de allí deviene la errónea interpretación del artículo 257 del Código Penal aplicable al caso, ya que toda la actividad estuvo normada por la ley, por lo cual implicó una interacción de diversos agentes Estatales cuyas acciones u omisiones generaron vulneración de derechos constitucionales como data la sentencia cuestionada, cuando en el párrafo 21.1 dice que del *¼ Decreto ejecutivo¼ 685 de¼ 11 de marzo de 1999¼ Registro Oficial¼ 149 del 16 de marzo de 1999º¼ se desprende la reprogramación de los certificados de depósitos de los dineros de los depositantes¼ en¼ diferentes instituciones financieras privadas, con lo que ° vulnera el derecho a libertad de contrataciónº, ° reconocido y garantizado en el artículo 23 numeral 18 de la Constitución Política¼, vigente a la época del ilícito¼ con la ejecución de este Decreto, los fondos de los depositantes no fueron devueltos en el tiempo establecido por las partes al inicio de la entrega de sus depósitos en las diferentes instituciones financierasº; párrafo 21.2.8, cuando en lo puntual refiere que *¼ la finalidad del Decreto 685, debía ampararse sobre la constitucionalidad/legalidad de una norma, lo que no ocurrió y por otra no debió operar jamás en beneficio de un grupo, sino que debió abarcar a todos los habitantes del país, en**

armonía con el principio de igualdad, que implica el derecho de todos los habitantes a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en idénticas circunstancias (depositantes propietarios de la banca)^{1/4} °; párrafo 22.5, cuando señala que: ^a ^{1/4} con la Resolución 078 de ^{1/4} el ex Tribunal Constitucional publicada el 24 de diciembre de 1999 ^{1/4} a través del cual se declara la inconstitucionalidad y se suspende ^{1/4} los efectos del Decreto Ejecutivo No. 685 ^{1/4} y de algunos decretos ejecutivos y Acuerdos Ministeriales que sirvieron para la ejecución ^{1/4} determinó que el doctor ^{1/4} Mahuad ^{1/4} se extralimitó en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales inherentes a su cargo ^{1/4} al decretar el estado de emergencia debía limitarse al régimen de movilización de bienes y personas y las requisiciones a que hubiere lugar en el sentido de satisfacer las necesidades de la Defensa Nacional o sobrellevar la emergencia; lo que no ocurrió con el denominado “congelamiento de los depósitos” de las acreencias de los clientes de las instituciones financieras ^{1/4} hubo una afectación a los derechos ^{1/4} de los depositantes como el de propiedad, libre disposición de dineros propios, o libre contratación, lesionando el bien jurídico protegido ^{1/4} °; en fin, el cuadro fáctico, no satisface el presupuesto normativo por el cual fue juzgado el Sr. Mahuad, existiendo en consecuencia una errónea interpretación del artículo 257 del Código Penal aplicable al caso; yerro que deviene del análisis y conclusión de este apartado y que este juzgador lo declara a virtud de lo preceptuado en el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal de 1983 que establece cuando ^a ^{1/4} el recurrente lo hubiese fundamentado equivocadamente, si la Corte Suprema observa que, en efecto, ha existido la violación de la Ley, casará la sentencia, rectificando el error de derecho que la vicia °.

VI. RESOLUCIÓN

34.- 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, **^a ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA °**, al tenor del artículo 382 del Código de Procedimiento Penal (CPP-1983) -aplicable al *sub lite*- en voto salvado resuelvo:

34.1.- Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el encartado JAMIL MAHUAD WITT; al no haber justificado, conforme a derecho, sus argumentaciones.

34.2.- Aplicar la facultad oficio, en consecuencia casar la sentencia del *Ad quem*, por

violación a la ley por errónea interpretación del artículo 257 del Código Penal aplicable al caso, en tal virtud acorde a lo dispuesto en el artículo 326 del Código de Procedimiento Penal, se dicta sentencia absolutoria, en consecuencia se ratifica el estado de inocencia del ciudadano JAMIL MAHUAD WITT, levantando todas las medidas cautelares de carácter personal y real dictadas en la presente causa.

34.3.- Acorde al artículo 340 del Código de Procedimiento Penal, en consonancia con el artículo 104 del Código Orgánico de la Función Judicial, vigentes a la fecha del inicio del proceso, al existir presunciones de la existencia de otro delito diverso al presente, como entre otros el establecido en el artículo 213 Código Penal, ofíciase a la Fiscalía General del Estado, a fin de que inicie las investigaciones de acuerdo a su facultad como dueña del ejercicio de la acción penal pública.

34.4.- Una vez ejecutoriado el fallo de casación, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen, para los fines de Ley. **Notifíquese y Cúmplase.**

LEON RODRIGUEZ IVAN XAVIER

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

JUEZ NACIONAL (E)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

JUEZ NACIONAL (E)