



Juicio No. 09286-2015-04785

JUEZ PONENTE: DR. MARCO RODRIGUEZ RUIZ, JUEZ NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: DR. MARCO RODRIGUEZ RUIZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, viernes 21 de agosto del 2020, las 12h38.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES:

El 20 de febrero de 2019, las 10h02, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, dictó sentencia condenatoria en contra del procesado Luis Eduardo Torres Koun Yeng, por considerarle autor directo del delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP); en tal virtud, le impuso la pena privativa de libertad de un año, en aplicación del principio de favorabilidad, y multa de USD. USD. \$ 50.00; además, a manera de penas no privativas de libertad, el a quo ordenó en contra de dicho procesado, ^a capacitación, programa o curso educativo^o, así como la pérdida de los derechos de participación; y, finalmente, como reparación integral a favor de la víctima, el pago de USD. \$ 60.000.00.

Inconforme con la decisión que antecede, tanto el procesado Luis Eduardo Torres Koun Yeng, como la señora Dora Vargas Troncoso, en su calidad de acusadora particular, interpusieron recursos de apelación, para ante la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

El 13 de noviembre de 2019, las 11h51, la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, rechazó el recurso del procesado; y, aceptó parcialmente la apelación de la acusadora particular, ^a modulando la sentencia en relación a la reparación integral fijando la misma en USD. \$ 64.550 dólares, que es el total de los recibos pagados que obran en el cuaderno procesal.^o.

Inconforme con tal resolución, el procesado Luis Eduardo Torres Koun Yeng presentó recurso extraordinario de casación, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

El 12 de junio de 2020, las 13h49, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, emitió auto mediante el cual, admitió el recurso de casación, únicamente por el cargo de indebida aplicación de los artículos 186 y 42.1.a del COIP.

Luego de haberse llevado a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación, se reduce por escrito la sentencia de mayoría asumida por los señores doctores Dilza Muñoz Moreno y Marco Rodríguez Ruiz, la cual, contiene los siguientes términos:

1. COMPETENCIA:

La Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con lo ordenado por los artículos 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ).

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, según lo previsto por los artículos 184.1 de la CRE; 8 y 9 del COFJ, así como por las Resoluciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia Nos. 01-2018, de 26 de enero de 2018, 02-2018, de 1 de febrero de 2018 y del Pleno del Consejo de la Judicatura No. 197-2019; siendo que, el Tribunal de casación asignado a la presente causa, está conformado por el señor doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141 COFJ, así como por la señora doctora Dilza Muñoz Moreno y el señor doctor Wilman Terán Carillo, Jueces Nacionales (e).

2. VALIDEZ PROCESAL:

El recurso ha sido tramitado conforme lo dispone el artículo 657 COIP, en concordancia con el artículo de la 76.3 CRE; por tanto, al no advertirse que se haya omitido solemnidad sustancial alguna o vicio de procedimiento, este Tribunal de casación declara su validez.

3. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN:

3.1. Fundamentación del recurrente:

El doctor Cristian Romero, en representación del recurrente Luis Eduardo Torres Koun Yeng, en síntesis, manifestó lo siguiente:

Interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada por el ad quem, que rechazó la apelación de su patrocinado y aceptó parcialmente el recurso de la acusadora particular; conforme al auto de admisión, el recurso ha sido admitido por los cargos de indebida aplicación de los artículos

186 y 42.1 COIP; en este sentido, ^a el recurrente tiene que armar la proposición jurídica completa, respecto del cargo de casación propuesto, para lo cual se ha propuesto el artículo 186 (COIP) cuando lo correcto era la aplicación del artículo 76.2 (CRE), en referencia a la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Guayas^o; mientras que, en relación al artículo 42.1 COIP, se debía haber aplicado el artículo 5.4 (ibídem), el cual se refiere al estado de inocencia del recurrente.

La defensa del casacionista agregó que el primer cargo, refiere al tipo penal, por el cual fue condenado su defendido, ^a porque el ^a tipo penal establece que la persona para obtener un beneficio para sí mismo o para otras personas, mediante formulación de hechos u ocultación de hechos verdaderos, e induzca a error a otra, con el fin de obtener un beneficio para sí mismo o para persona, por todo esto se ha propuesto la indebida aplicación del artículo 186 del COIP, porque la acción o conducta y de los hechos dados por probados, tanto por el tribunal penal, como en sede de apelación, se discuten en este escenario y en este momento, tenemos claramente que efectivamente se da como hecho probado que en este escenario se le contrata al señor Luis Eduardo Torres y como hecho probado consta que la acusadora particular le contrata al señor Luis Eduardo Torres para que le realice una casa, misma casa que se la realiza y queda como hecho probado que existe esta casa, es entregada a la acusadora particular, pero la misma se siente inconforme, también se manifiesta que se le ha realizado varios depósitos al señor Luis Eduardo como contratista, a fin que realice la construcción de la casa^o.

Acto seguido, la defensa del impugnante subrayó que el artículo 18 del COIP, describe a la infracción penal como la conducta típica, antijurídica y culpable, pero en el fallo recurrido no existe ^a análisis dogmático y necesario, porque toda conducta de tipo penal merece ser necesario que se realice un análisis, es decir no existe un análisis de tipicidad objetiva, un análisis de tipicidad subjetiva y al ser un delito de resultado, mismo que no se realiza un análisis de desvaloración de acción o de desvalor de resultado y en sede de antijuridicidad formal, como en sede de antijuridicidad material; tampoco se realiza un análisis en sede de culpabilidad y cómo nos ha enseñado el doctor Diego Luzón Peña y Santiago Mir Puig, existen tres elementos dentro de la culpabilidad, los cuales son: la imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, conducta típica que puede ser atacada por error de prohibición y exigibilidad del modo de actuar por miedo insuperable. En la tipicidad objetiva se constata la existencia del sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, elemento valorativo, elemento normativo, elemento descriptivo; y en la tipicidad subjetiva el elemento volitivo de dolo o culpa^o.

La defensa del contradictor reiteró que de los hechos que se dan por ciertos en el fallo recurrido, consta que en ^a la acción, acto y/o conducta de haber contratado para que realice una casa como contratista^o y que el engaño se produce porque ya se había depositado el dinero en la cuenta de su patrocinado, lo que constituye un error de derecho, que debe ser corregido en sede de casación, porque

en la sentencia impugnada no se han determinado la ^a realización de hechos falsos y tampoco la formación de hechos verdaderos y tampoco la inducción de error a otra persona^o, lo cual, conlleva a la existencia de un problema de carácter civil, en donde el ad quem debía aplicar el principio de mínima intervención penal y la presunción de inocencia ^a por estándar probatorio de sobrepasar por ínfima convicción y más allá de toda duda razonable, para poder condenar debía haber razonado los artículos 1461 a 1478 del Código Civil, que establecen lo que es acción, acto o conducta^o; en este sentido, el presente caso ^a debe ser sometido a conocimiento de la justicia civil, por mínima intervención penal y por notoriedad y la norma penal y residualidad y al no haber hecho un análisis sucinto de los hechos del tipo objetivo y del tipo subjetivo, por tal motivo, persiste este error de derecho^o.

Finalmente, la defensa del censor afirmó que en cuanto a la indebida aplicación del artículo 42.1.a COIP, cuando la norma correcta es el artículo 5.4 íbidem, ^a como principio rector del derecho procesal penal, en tal sentido, existen tres clases de autoría y cuatro modelos de participación, autoría directa, autoría mediata, y coautoría, y en la participación el inductor, el ejecutor, el colaborador necesario, y el cómplice, pero más resulta que de la sentencia subida en grado y recurrida, el tribunal de apelación no realiza análisis alguno, ni realiza esta subsunción de los hechos al derecho, de los hechos dados por probados en sede de tribunal a quo, ni en sede de apelación, por lo tanto, existe una indebida aplicación por autoría directa, sin realizar un análisis conforme, como ha realizado y nos ha enseñado el maestro Miguel Díaz García, quien es discípulo del maestro Roxin^o.

Por lo expuesto, solicitó que se case la sentencia de alzada ^a por existir ausencia de análisis y ausencia de elementos que constituyen el tipo objetivo, como el tipo subjetivo y de la participación, dentro de la imputación acusada^o.

3.2. Contradicción:

El doctor Raúl Garcés Llerena, en representación de Fiscalía General del Estado, en resumen, dijo lo que sigue:

En el recurso de casación no procede valoración de hechos, ni de pruebas; en la sentencia recurrida se encuentra establecido el verbo rector del delito de estafa, por el cual, se ha perseguido al procesado, esto es el haberse hecho entregar con fines de defraudación, efectos patrimoniales, como es la entrega de dinero; también está plasmado el elemento objetivo que es una creencia falsa de algo ofrecido, de algo que no se cumplió y el elemento subjetivo, que ^a es la esperanza de entrega, para obtener un

beneficio patrimonial, que en el presente caso, nunca se cumplió°.

El representante de Fiscalía, añadió que en relación al segundo cargo (artículo 42.1.a COIP), también se ha hecho énfasis que no existe el análisis de hechos, puesto que en la sentencia recurrida se ha identificado el cometimiento del delito de estafa, tipificado en el artículo 186 COIP; en referencia al artículo 42 (COIP), respecto a la autoría, cometida por el procesado Luis Eduardo Torres, se tiene como autoría directa, puesto que el procesado es quién aparece como el autor del hecho.

Por lo manifestado, pidió que se rechace el recurso de casación, en tanto no se han cumplido con los presupuestos que establece el artículo 656 COIP.

3.3. Acusación Particular:

El doctor Juan Muñoz, en representación de la acusadora particular Dora Vargas Troncoso, señaló lo que sigue:

Rechaza la alegación de la defensa técnica del sentenciado, ya que carece de sustento jurídico, porque sus dichos han sido ^a fuera de lugar°; en cuanto a la indebida aplicación del artículo 186 COIP, con todos los elementos de prueba que se han plasmado en la sentencia recurrida, se demostró el engaño del delito de estafa, ya que el contrato, que ha hecho referencia la defensa del procesado, ^a es uno de los modos y de las argucias que se utilizan en este tipo de delitos de estafa para conseguir el objetivo, el cual es hacerse entregar dinero por una falsa calidad°.

La defensa de la acusadora particular amplificó que el sentenciado se presentó ante su defendida, ^a como un supuesto ingeniero para construir una vivienda, calidad profesional que no la ostenta, lo cual, quedó demostrado con la certificación de la SENESCYT, donde se justifica plenamente que el procesado hoy recurrente no tiene ningún tipo de profesión, y por lo cual no posee ningún título de tercer nivel, más sin embargo se firma el contrato para que así, falseando esa calidad, hacerse entregar el dinero°; además, se justificó que la actividad del procesado no es el de la construcción, sino la venta de artículos de comercio de ferretería; en este sentido, ^a se demostró que con dolo y con hechos falsos, aludiendo que es ingeniero, y obviamente por su falta de conocimiento sobre construcción, no pudo concretar la obra que se le encomendó y aun así, se hizo entregar el dinero, además es falso que se haya entregado el bien, puesto que cuando se inició la construcción del bien, se pudo ver que existían deficiencias técnicas para poder construir y que inclusive los materiales eran de pésima calidad°.

La defensa de la acusadora particular concluyó su intervención citando al profesor Luigi Ferrajoli y solicitando ^a que se rechace el recurso de casación y se confirme la sentencia subida en grado°.

3.4. Réplica:

El doctor Richard Villagómez, en representación del casacionista, dijo lo siguiente:

El contrato de obra fue realizado por la ^a pretensa ofendida°; la ^a mera inconformidad sobre el bien, no constituye dolo° y el ^a inmueble está en poder de la pretensa ofendida, consecuentemente recalcamos que se trata de un asunto de naturaleza meramente civil°; además, ^a existe una falacia de tipo ad autorem, toda vez a que Ferrajoli no habla sobre tipos penales, sino sobre garantías y derechos constitucionales°.

Por último, sostuvo que ^a al tratarse de un delito de resultado, por el principio de territorialidad, el delito se configura donde se consume el daño, esto porque se radicó competencia en la ciudad de Guayaquil cuando el inmueble es de otro lado°.

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

4.1. Sobre el recurso:

El recurso de casación, de carácter técnico, extraordinario y limitado, a diferencia de los ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades y opera por violaciones a la ley, bajo tres causales: contravención expresa de su texto, indebida aplicación y/o errónea interpretación, circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo de alzada.

En cuanto a las causales para que opere medio extraordinario de impugnación, aquellas han sido descritas por este Órgano jurisdiccional, de la siguiente forma:

^a (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)°

En este contexto, el recurso de casación es un medio de impugnación, que por motivos de derecho, específicamente previstos por la ley, una parte -el recurrente-, postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de segundo nivel que la perjudica; de tal suerte que, reclama la correcta aplicación de la ley; y, por ende, una nueva decisión.

Con otras palabras, la casación se trata de un recurso extraordinario, contra el fallo de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones, por las causales dispuestas en la ley.

En tal virtud, y a manera de corolario, cabe puntualizar que la casación tiene una función nomofiláctica, para asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad, tanto a nivel sustantivo, como adjetivo, a fin de evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales, correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia.

4.2. Respuesta a la fundamentación del recurso:

El impugnante Luis Eduardo Torres Koun Yeng, al fundamentar el recurso de casación -pretendiendo desglosarlos por separado-, alegó indebida aplicación de los artículos 186 y 42.1.a COIP, cuando en su lugar se debían haber aplicado los artículos 76.2 CRE y 5.4 COIP, respectivamente.

Ahora bien, esta Corporación de mayoría abordará el referido marco casacional impuesto por el censor, en un mismo apartado, no solo debido a que así se lo dejó sentado en el auto de admisibilidad de fecha 12 de junio de 2020, las 13h49, sino además, porque a pesar del intento del recurrente de fragmentar su fundamentación en dos reproches, todos sus argumentos -de principio a fin-, giraron en torno a que el quid del asunto es de naturaleza civil y no penal; y, en este sentido, su conducta no se habría subsumido al injusto de estafa, toda vez que, el ad quem habría prescindido de la construcción de los elementos constitutivos de las categorías dogmáticas del delito de estafa, así como de su grado de participación, lo cual, de haberse justificado, este Tribunal de cierre de mayoría, corrigiendo el error de derecho, podría haberle eximido de responsabilidad penal y dejado abierta la puerta de la discusión en vía civil.

Con la finalidad de despejar la referida macro censura, la que, en principio, se ajusta a las causales de casación previstas en la ley, de manera concreta a la indebida aplicación, también conocida como error de pertinencia, en primer término, se puntualiza que tal causal tiene relación con el yerro que comete el juzgador de apelación al aplicar una norma jurídica, cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta, que se pretende juzgar en el fallo.

De esta manera, para que prospere dicha causal, como imputación casacional, no solo es necesario plantear una proposición jurídica completa, compuesta por dos requisitos: normas jurídicas incorrectas (artículos 186 y 42.1.a COIP) y normas correctas (artículos 76.2 CRE y 5.4 COIP), tal como formula el contradictor, sino que además, se debe acreditar que estas dos exigencias se cumplan en el caso concreto, esto es que el recurrente demuestre que el hecho dado por probado no se ajusta a la norma aplicada, sino a aquella dejada de considerar, solo de esta manera la vulneración se habrá configurado.

Así las cosas, se enfatiza que el casacionista propuso supuesto yerro en la adecuación típica, pues a su criterio el presente caso se debió ventilar en sede civil; y, bajo este presupuesto, el juzgador de alzada no habría reflexionado acerca de los elementos constitutivos de las categorías dogmáticas del ilícito de estafa.

Al respecto, y luego de la revisión minuciosa de la sentencia impugnada, la censura casacional descrita no prospera, debido a que, bajo la óptica del Tribunal de mayoría, resulta evidente que la proposición jurídica que postuló el impugnante, no cumple con ninguno de los dos requisitos que fueron expuestos ut supra, esto es que los hechos dados por probados se ajustan plenamente a los artículos 186 y 42.1.a COIP y como consecuencia lógica de aquello, el juzgador de segundo nivel mal podría haber aplicado los artículos 76.2 CRE y 5.4 COIP; de tal suerte que, tal proposición jurídica resulta estéril e imprecisa, en la medida en que la conducta que se reprocha al recurrente se subsume al delito de estafa tipificado y sancionado en el citado artículo 186 COIP, en relación con el artículo 42.1.a ibídem.

Precisamente, a fin de corroborar con lo expuesto en el párrafo inmediato anterior, consta en el considerando ^aSEXTO: MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA^o de la sentencia recurrida, lo que a continuación se detalla:

^aSEXTO: MOTIVACION DE LA SENTENCIA.- Es necesario que quede constancia que la sala antes de tomar una decisión ha procedido al análisis prolijo de las pruebas practicadas dentro del juicio y, que, constituyen la fortaleza jurídica para establecer con toda certeza tres aspectos fundamentales para poder condenar al reo que haya vulnerado el orden jurídico o lo que es lo mismo que haya adecuado su conducta al tipo penal en particular, como en el caso que nos ocupa al artículo 186, inciso primero

del Código Orgánico Integral Penal.

SOBRE LA EXISTENCIA MATERIAL DE LA INFRACCIÓN:

- a) Para establecer este requisito sine-quantum, nos trasladamos a la NOTICIA CRIMINIS, que en este caso lo constituye la denuncia presentada por la Dra. Dora Vargas, en la que indica que conoció al señor Luis Eduardo Torres Kuon Yeng, por medio de su sobrina el 15 de junio del 2013, que se hizo ganar su confianza y se presentó como ingeniero civil, y uno de los mejores constructores de casa, es así que logran pactar un contrato de obra por el valor de \$154 mil dólares, para la construcción de toda la vivienda. Luego la denunciante se percató que el señor condenado no tenía título alguno registrado en la página de Senescyt y conforme iba avanzando la obra se daba cuenta que no era lo acordado en aquel contrato firmado.
- b). Testimonio del policía Edison Marcelo Llano Velasco, que fue quien realizó un reconocimiento del lugar de los hechos en la provincia de Los Ríos, afirmando que la construcción de dicha vivienda no era la que se pactó inicialmente y que pues tenía muchas fallas y desperfectos.
- c).- Testimonio del Arquitecto Juan Borja Barrezueta, que es la persona a quien se le solicitó información de cómo se hace un diseño arquitectónico, es decir cómo se construye una casa, y esto solo lo puede hacer un Arquitecto o un Ingeniero, para que realice un anteproyecto para poder estudiar el suelo, se contrata un ingeniero eléctrico y sanitario.
- d).- Testimonio del señor Diego Geovanny Elizondo Galarza, quien manifestó quien dirigía la obra era el señor LUIS EDUARDO TORRES KUON YENG (condenado) que no veía a nadie más, iba los fines de semana a pagar a los obreros y entre semana a vigilar, él hablaba con los trabajadores y les indicaba que tenían que hacer, indica que veía las paredes descuadradas, le dije que para eso eran las escuadras y el señor Torres supo manifestar que lo dejen trabajar tranquilo.
- e).- Testimonio de la Ingeniera Janeth Panchana Arica, quien realizó la pericia en base a una revisión de la casa, ubicada en el Rancho Gabrielita, parroquia Bejucal, indicando que había fisuras, no había agua ni luz eléctrica, había pozo séptico en un punto bajo, no había servicios básicos y existían muchas fisuras.
- f).- Testimonio del señor Vicente Ordoñez Calipsto, quien indicó que la Dra. Vargas lo contrató para ver qué solución se le podía dar a la casa construida con desperfectos, todo estaba mal estructurado, en mal estado, no servía el tumbado, las paredes estaban fisuradas, los pasamanos oxidados, paredes y pisos descuadrados.
- g).- Testimonio del señor Fabricio Bravo Zambrano, quien manifestó que es maestro albañil, que no

tiene título pero que lleva 13 años realizando labores de albañilería, que fue contratado por el maestro Ordoñez. Para reparar un domicilio en la provincia de Los Ríos, se empezó por la seguridad de ese bien inmueble porque no tenía puertas, ventanas, rejas, después de eso se empezó con las reparaciones de fisuras, paredes, pisos desnivelados, etc.

h).- Testimonio del señor Marvin Gary García Moreira, quien indico que se dedica a realizar todo lo que son instalaciones eléctricas y que fue contratado por el señor Vicente Ordoñez.

i).- Testimonio de la víctima Abg. Dora Vargas, quien expreso que el señor LUIS EDUARDO TORRES KUON YENG, se presentó ante mi como un ingeniero civil, manifestando que se dedicaba a la construcción y remodelación de viviendas, que el señor sabía que deseaba remodelar esa vivienda puesto que era una herencia para ella y sus nueve hermanos, indico que tenía bastante experiencia y que podía manejar este trabajo y me puso como ejemplo la casa de la mama que supuestamente él había construido, tengo pruebas de los contratos falsos donde el firmaba como ingeniero, acordamos que me entregaría esta obra en seis meses, le deposite en la cuneta de la hermana, porque supuestamente él no tenía cuenta, tuve que vender mi casa de Urdesa para poder seguir cancelando. Pactamos que me hiciera una piscina, y varias adecuaciones, todo estaba mal estructurado y en mal estado, sus mismos albañiles me indicaron que este señor estaba utilizando materiales de mala calidad.

Con estos antecedentes se verifica que se encuentra probada la materialidad de la infracción, en la audiencia de juicio consta que se ha realizado con el testimonio del señor Edison Marcelo Llano, Velasco que es el investigador y dice que efectivamente hace un resumen que la construcción está en mal estado, no existen los parámetros para una vivienda viable de la misma manera indica que el sentenciado no tiene el título de Ingeniero y así fue como conoció a la víctima, firmo el contrato para realizar dicha obra, así mismo esta responsabilidad material se la puede verificar con el testimonio del señor Juan Mora Barrezueta que dijo entre otras cosas que todo el proceso que ha realizado no ha hecho el estudio del suelo, que no hubo los planos pertinentes para realizar dicha obra en consecuencia no es habitable la vivienda construida, así mismo hay el testimonio de la perito Janeth Elizabeth panchana que dice que la vivienda tiene fallas, fisuras, que no había, agua, ni luz, y la estructura metálica no estaba bien realizada.

SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL del señor Luis Eduardo Torres Kuon Yeng, se la puede confirmar con los testimonios que rindieron en audiencia de juicio los señores: Geovanny Elizondo quien dice que el señor Luis Eduardo Torres Kuon Yeng, era quien dirigía la obra, que le decían ingeniero y era quien realizaba los pagos y que de vez en cuando visitaba la obra y que la dirigía a todos los trabajadores por lo tanto indica que toda la responsabilidad estaría con el ingeniero ahora procesado que se hacía pasar por ingeniero, con el testimonio del señor Vicente Ordoñez Calixto,

quien dijo que se había ido a hacer una instalación de gypsum, que habían fisuras, que estaba en mal estado, que los alambres estaban cedidos, por lo tanto estaba en mal estado, se afirma esta teoría con el testimonio del señor Marvin García Moreira que se había encargado de la parte eléctrica y en su testimonio indica que toda esta instalación estaba mal ubicada y por ultimo tenemos el testimonio de la acusadora particular, quien hace un recuento de cómo conoció al señor procesado y como la convenció para hacerle el contrato, es decir le enseñó varias casas construidas que según él había hecho, inclusive que había construido la casa de la mama y así fue como firmaron contrato y donde hizo su depósito inicial.

SOBRE EL NEXO CAUSAL VINCULATORIO.- De conformidad con el artículo 455 del código orgánico integral penal indica: La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones.

En este sentido la Sala observa, que la Fiscalía también probó el nexo causal que existe en el procesado y el acto ilícito que se investigó, más bien se materializa el dolo que no es otra cosa que la voluntad y conciencia de irrogar daño, en este caso a la víctima.

Este dolo esta sintetizado, en primer lugar con el contrato firmado entre la Abg. Dora Eloísa Vargas Troncoso y el ciudadano Luis Eduardo Torres Kuon Yeng, en donde el segundo de los nombrados suscribe ese contrato en calidad de Ingeniero Civil, cuando quedo probado en el juicio que no ostenta este título profesional, ni ningún otro que acredite alguna profesión académica, esta tesis es conformada con el certificado otorgado por el Senescyt que obra en el cuaderno fiscal y que fue practicado en el juicio.

En segundo lugar, la conducta dolosa y criminosa del sentenciado de querer apropiarse en este caso de dinero en efectivo mediante el engaño que está plasmado con los depósitos hechos al ahora sentenciado por parte de la víctima en el Banco Pichincha de la agencia Albán Borja, Urdesa, City Mall, etc.

En tercer lugar, con los testimonios de las personas y los peritos técnicos que declararon en el juicio y confirman que el objeto del contrato y de la infracción fue mal construida, con pésimos materiales y de una forma anti técnica, rudimentaria y artesanal que impiden ser habitada por una familia y que están distante de las aspiraciones de la víctima y de lo que estipulaba el contrato.º (sic)

Como se deja entrever del extenso memorial transcrito, el juzgador de segunda instancia efectúa una

adecuada construcción de los juicios de tipicidad y de culpabilidad, por tanto, no existe ningún error in iudicando en tal proceso lógico subsuntivo; en este contexto, se remarca que de los hechos que se dan por probados, se han configurado todos los elementos constitutivos de las categorías dogmáticas del delito de estafa, relativas a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como el grado de participación del objetante, como autor directo del mismo, entre los que se incluyen el elemento de la tipicidad relativo a la conducta, constituida por el verbo rector: ^a simular hechos falsos^o, que indujo a error a la víctima, con el fin de que esta realice un acto que perjudicó su patrimonio, que constituye la acción relevante para el Derecho penal y el elemento subjetivo, esto es el dolo, con el que ha actuado el casacionista, lo cual, se examinará in extenso, más adelante.

Efectivamente, el juzgador de apelación en virtud de su autonomía, exclusividad e independencia como órgano jurisdiccional de alzada para valorar la prueba, ha determinado que el casacionista Luis Eduardo Torres Koun Yeng adecuó su conducta al ilícito de estafa, toda vez que mediante la simulación de hechos falsos: simulando ser ingeniero civil -cuando del certificado del SENECYT, quedó en evidencia que no tenía ningún título profesional-, ha inducido a error a la víctima, quien perjudicó su patrimonio en alrededor de USD. \$ 64.550, conforme consta en el citado considerando Sexto de la sentencia recurrida.

De esta manera, el juzgador de segundo nivel ha arribado al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad del casacionista, en los términos que exige el artículo 453 COIP, sin que se denote que el caso que nos atañe debió ventilarse por la vía civil y no la penal, como defectuosamente arguyó el censor.

Justamente, acerca de los elementos que conforman el tipo penal de estafa, así como algunas disquisiciones sobre las líneas que dividen el dolo civil y el dolo penal, cuando se aborda aquel delito, el tratadista español José LUZÓN PEÑA nos enseña lo que sigue:

^a B) Elementos

1. Engaño bastante. Como destaca la jurisprudencia, es el engaño la esencia, medula, eje o piedra angular de la infracción (SS. 20-3 y 20-12-1985 y 10-2-1987, Vivas, Soto y Barbero), que, definido por la doctrina como ^a simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas^o (S. 30-1-1987, Manzanares), ^a será de apreciar cuando alguien afirme como verdadero lo que es falso o cuando oculte lo verdadero^o (S.73/2006, de 14-2 Bacigalupo), pudiendo revestir innumerables modalidades, constituidas por ^a cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación^o (S: 44/1993, de 25-1, Carrero).

a) El término ^abastante^o implica que sea suficiente o idóneo para originar el error en el sujeto

pasivo, modulo objetivo al que se refieren algunas sentencias alusivas a la necesidad de que el engaño tenga ^a adecuada entidad^o (1/4) tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto (S.23-6 1992, Soto), refiriéndose la moderna jurisprudencia, como módulos valorativos del engaño, a la ^a imputación objetiva del resultado^o en relación con el deber de autoprotección (1/4), aunque aclarando, o moderando este deber, al afirmar que ^a en principio la idea de desprotección de la víctima es una excepción que solo puede ser achacada a una incuria grave^o de la misma (1/4), de modo que no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo [1/4] la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquel^o (1/4)

La Sala Segunda distingue el supuesto delictivo de aquellos otros que, en la frontera del ilícito penal, se desenvuelven dentro de la esfera puramente civil, en definitiva, la diferencia entre el dolo civil y el dolo criminal, cuya línea de separación ^a viene marcada muchas veces a través de los denominados negocios jurídicos criminalizados en los que se simula un propósito serio de contratar para aprovecharse del cumplimiento de la otra parte mientras se incumple deliberadamente el propio^o (S. 411/2004 DE 25-, Aparicio), lo que ^a se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado^o (S. 898/2005, de 7-7, Berdugo, con cita de otras). (1/4)

b) Sobre los juicios de valor, dice Antón que, aunque no pueden excluirse en absoluto como forma de engaño bastante (como, por ejemplo, en el caso del reputado experto que informa falsamente sobre el valor de una obra de arte), de ordinario serán tomados como opinión personal, que puede simplemente influir en la ajena, pero sin fuerza decisoria, salvo que, como destaca Bajo, estén presuponiendo falsamente la existencia de unos hechos.

2. Error. En relación de causa a efecto debe encontrarse el engaño respecto al error, entendiendo éste como conocimiento equivocado o juicio falso, que a su vez serpa la causa, por lo que debe precederle, del acto de disposición.^o (las negrillas nos pertenecen)

Sobre el mismo tópico, el profesor argentino Edgardo Alberto DONNA subraya lo siguiente:

^a Como se sabe, existen dos formas diferentes de concebir este delito, según un criterio limitado del engaño, o con un criterio que podríamos llamar amplio, a cuya base hay teorías sólidas que los respaldan y que han sido tomadas tanto por calificada doctrina, como por la jurisprudencia. Pero no se piense que este tema tiene que ver con el principio de legalidad, sino con la construcción dogmática de lo que se entiende por estafa. (1/4)

b) Criterio amplio

Frente a la posición anterior, se considera que para la existencia del delito de estafa es suficiente con cualquier forma de engaño que sea idóneo para inducir a error a la víctima, sin que en todos los casos sea exigible el despliegue de alguna maniobra o actividad fraudulenta exterior. Es decir, para estimar el carácter penal del fraude basta con que la conducta, aunque sólo se encierre en una mentira verbal, sea susceptible de engañar a la persona a la que va dirigida, o que el engaño no sea fácilmente verificable. Dicho de otro modo, cualquier forma de engaño es típicamente relevante, siempre que tenga la virtualidad de provocar el error de la víctima y causar un daño patrimonial.

Ésta parece ser la tesis que adopta nuestro Código Penal, pues el artículo 172 utiliza como posibles formas de comisión del delito al ardid y al engaño. El primer elemento es entendido como el empleo o utilización de medios artificiosos para deformar la realidad, ya sea simulando aquello que no existe u ocultando lo que existe.º (1/4)

5. Ejemplos legales de "ardid" o "engaño"

El artículo 172 enumera algunos ejemplos de ardid o engaño que, siguiendo a Núñez, pueden ser clasificados de la siguiente manera: (1/4)

c) Fraudes relativos a relaciones personales del autor con terceros (1/4) Se vale de falso título quien fraudulentamente manifiesta poseer una determinada capacidad profesional o un estado (1/4).º

VI. El error

El segundo elemento que contiene el tipo objetivo de la estafa es el error. Se trata de un estado psicológico provocado por el autor del delito, quien induce a la víctima a la realización de una disposición patrimonial perjudicial. (1/4)

Para la configuración del delito de estafa resulta imprescindible que el sujeto pasivo realmente haya sido "engañado" por la conducta del autor. Si no existe error, el posible perjuicio patrimonial que se genere nunca puede constituir aquel delito. Esta premisa debe utilizarse para resolver algunas situaciones que han sido debatidas por la doctrina y la jurisprudencia: (1/4)

4. Estafa en el marco de un negocio jurídico

El fraude también puede producirse aprovechando la realización de un contrato o negocio jurídico. Por lo general, el autor de la estafa se vale de la contratación para perpetrar el engaño, de modo que simula un propósito de contratar cuando realmente sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de la otra parte, recibiendo la contraprestación pactada, pero sin intención de cumplir la suya.

Lo importante es saber diferenciar el posible delito de estafa del mero incumplimiento contractual,

asunto que -al pertenecer únicamente a la esfera civil o comercial- queda al margen del tipo penal analizado. Se trata de un problema de tipicidad, pues en cada caso habrá que preguntarse si se cumplen o no los elementos que el tipo delictivo exige para la concurrencia de una responsabilidad criminal.

Para afirmar que se está ante el delito de estafa es imprescindible la presencia de un engaño fraudulento inicial a la contratación. El autor utiliza el contrato como instrumento del delito, con la intención de defraudar a su cocontratante. Como bien se dijo en la sentencia del Tribunal Supremo español del 19 de junio de 1995, "se prostituyen así los esquemas contractuales para instrumentarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio y perjuicio de las víctimas, desplegando unas actuaciones que desde que se planifican prescinden de toda idea de cumplimiento propio, lo que origina el desvalor de la acción del agente y la lesión de un bien jurídico ajeno". (1/4)

XII. Tipo subjetivo

Sin lugar a dudas el tipo penal de estafa es doloso. La causación imprudente de un perjuicio al patrimonio ajeno puede encontrar adecuada respuesta en el ámbito del Derecho Civil, quedando obviamente fuera del alcance del tipo penal.

Partiendo de un concepto de dolo, como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, en el caso de la estafa se exige que el autor "conozca" y tenga la "voluntad" de engañar y ocasionar un perjuicio patrimonial, obrando además con una motivación especial, que es el ánimo de lucro.

Con respecto al elemento cognoscitivo, entran en juego aquí todos los posibles casos de error sobre el tipo que, al excluir el dolo, eliminan la tipicidad de la conducta dando lugar a la impunidad del autor. Por ello, si el sujeto creyó erróneamente en la veracidad de sus afirmaciones (por ej., cree que el collar de perlas que vende es verídico y en realidad es sólo una vulgar falsificación), la conducta debe quedar impune, ya se trate de un supuesto de error vencible o invencible, pues la ley no ha previsto la forma culposa.^o

En el campo del derecho comparado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, al abordar el injusto penal de estafa y sus rémoras entre el dolo civil y el dolo penal, acota que:

^a La estafa, en suma, supone básicamente la configuración de la figura delictiva más clásica de fraude engañoso en general. La doctrina emanada de esta Sala ha ido perfilando sus caracteres, distinguiendo el supuesto delictivo de aquellos otros que, en la frontera del ilícito penal, se desenvuelven dentro de la esfera puramente civil. En definitiva, el dolo civil frente al dolo criminal.

La diferencia entre uno y otro, o la línea de separación entre uno y otro, viene marcada muchas veces a través de los denominados negocios jurídicos criminalizados en los que se simula un propósito serio de contratar para aprovecharse del cumplimiento de la otra parte mientras se incumple deliberadamente el propio^o

^a Con ello, la ilicitud de la propuesta conocida por el sujeto pasivo del delito de estafa no hace desaparecer o decaer la tipicidad del delito de estafa convirtiendo en impune la existencia del engaño bastante que provoca error y un desplazamiento patrimonial, haciendo derivar a la vía civil una reclamación meramente civil, cuando los elementos del tipo penal concurren y sin que en modo alguno se configure esta circunstancia como anulatoria de la antijuridicidad y culpabilidad del acto típico y, por ello, punible^o.

^a Se cumple el requisito de que "el engaño tenga entidad bastante y suficiente para ganar la confianza del sujeto pasivo induciéndole a error", acudiendo a la doctrina de la exigencia de autotutela que excluye la suficiencia del engaño, estimando que el tipo penal de la estafa solo protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de auto-tutela.

Ha de tomarse en consideración que no hay elemento alguno del tipo de la estafa, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

Considera la parte recurrente que en el caso actual la parte perjudicada ha sufrido el error por el engaño adecuado pergeñado por el interesado, no consecuencia de un comportamiento propio que convierta en idóneo un engaño que no lo era, por lo que no procede convertir en negligencia lo que es buena fe y confianza por parte del engañado.

^a ESTAFA. ELEMENTOS. Es en la estafa donde se encuentra lo que la victimología llama el "delito relacional", es decir el delito de estafa descansa y presupone una previa relación existente entre

víctima y victimario, el imputado efectuó una cuidada "puesta en escena" con la que se ganó la confianza del damnificado, que desde el punto de vista objetivo como subjetivo, superó el nivel de "ser bastante" para producir el engaño apetecido, buscado y querido.

El delito de estafa, a diferencia de otros delitos contra la propiedad, caracterizados por un ataque de un tercero exterior a la víctima que trata de vencer las prevenciones con que el titular protege su patrimonio, en la estafa la mecánica es totalmente distinta, ya que aquí es el propio perjudicado/víctima quien ejecuta el acto de disposición generador de su propio perjuicio, bien que ello lo haga por un error de información recibido de quien se va a beneficiar de aquel acto de disposición ejercitado con esa voluntad viciada, viciada por un engaño desarrollado por el actor, engaño que debe ser antecedente al acto desposesorio efectuado por el propio perjudicado, causante en el sentido de ser esa "información" la causa del acto desposesorio y, finalmente, debe ser bastante, en el sentido de tener la suficiente consistencia y apariencia de credibilidad como para que haya sido creído por el perjudicado. Bien puede decirse que el engaño definidor de la estafa se articula sobre la lesión de un deber de información, porque o se oculta lo verdadero o se presenta lo falso como verdadero y ello de forma consciente por el que falta a la verdad frente a la víctima. (1/4)

"siendo el engaño el elemento esencial del a estafa, claro es que hay que suponer, para admitir su eficacia, determinadas condiciones de defensa para no dejarse engañar en la persona contra quien el delito se fragua. Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida incredulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que producto de un engaño, deba considerarse como efecto de censurable abandono o falta de debida diligencia (1/4).°

A partir de las citas doctrinarias y jurisprudenciales que anteceden, este Tribunal de casación de mayoría, trae a colación las siguientes premisas básicas:

1. El `engaño bastante', en expresión de LUZÓN PEÑA, como el núcleo central de la infracción de la estafa -que implica la simulación capaz de inducir a error a la víctima-, engloba que sea suficiente o idóneo para generar el yerro en el sujeto pasivo, esto es que el engaño esté revestido de una entidad objetiva y subjetiva, atendiendo las condiciones personales del afectado, tomando en cuenta su deber de autoprotección, aunque sin llegar tampoco al extremo de pretender que se desplace^a sobre el sujeto pasivo [1/4] la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquel°;

2. Así, una línea de diferencia entre el dolo civil y el dolo penal, tiene su basamento en los llamados ^anegocios jurídicos criminalizados en los que se simula un propósito serio de contratar para aprovecharse del cumplimiento de la otra parte mientras se incumple deliberadamente el propio^o;

3. La posición que adopta el artículo 186, inciso primero, COIP, que tipifica al delito de estafa, está supeditado al `criterio amplio', en palabras de DONNA; de ahí que, cualquier forma de simulación de hechos falsos, deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, capaz de inducir a error a la víctima y causar un daño patrimonial, podría ser típicamente relevante, inclusive una `mentira verbal', como acota el mismo DONNA; en este sentido, ni siquiera resulta necesario acreditar el denominado `medio fraudulento', que únicamente aparece como elemento normativo a partir del numeral 1 del citado artículo, como influyente del quantum de la pena;

4. En la especie, la simulación de hechos falsos, que indujeron a error a la víctima y su detrimento en su patrimonio, no solo se produjo a través de una `mentira verbal' por parte del procesado, sino que además, la simulación de ser ingeniero civil se plasmó por escrito, en un contrato de ejecución de obra suscrito entre procesado y víctima de fecha 31 de julio de 2013 y también tal falsa calidad era advertida por los trabajadores de la obra, quienes le llamaban `ingeniero', así consta en el considerando Sexto del fallo recurrido. Por consiguiente, el procesado armó todo un entramado de simulación de un hecho falso (ostentar el título de ingeniero civil), que fue suficiente e idóneo para inducir a error al sujeto pasivo, en este caso, a la señora Dora Vargas Troncoso, quien en su calidad de profesional del derecho, cumplió con su deber de auto tutelarse, de auto protegerse, con la suscripción del mentado contrato de ejecución de obra, pero al constatar que el procesado dio fe por escrito de su título académico y que todos los trabajadores de la obra le llamaban `ingeniero', no pudo vencer el error; a partir de lo cual, resulta una obviedad que se cumplieron con todos los elementos constitutivos del ilícito de estafa, porque además, se puso de manifiesto que el procesado se valió de la contratación para perpetrar el error, simulando ^aun propósito de contratar cuando realmente sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de la otra parte, recibiendo la contraprestación pactada, pero sin intención de cumplir la suya^o, tal como demanda DONNA; y, por ende, el ámbito penal era el camino por el que debía tramitarse y resolverse el sub lite, como efectivamente, así acaeció;

5. Entonces, no cabe duda que el procesado utilizó el contrato como un medio de realización del delito de estafa y a sabiendas que no tenía ningún título profesional, simuló ser ingeniero civil, con la

intención de inducir a error a la víctima y causar perjuicio al patrimonio de esta, lo que finalmente lo consiguió; de ahí que se torna plausible que el procesado actuó con dolo de índole penal, pues siempre tuvo el conocimiento y la voluntad de que partiendo de la simulación de un hecho falso, iba a inducir a error a la víctima y causar un perjuicio patrimonial en esta, con lo que se configura también el ánimo de lucro del procesado;

6. En este sentido, tampoco se puede hablar de la concurrencia de error de tipo, que excluya al dolo, toda vez que no estamos frente a un caso en el que el sujeto activo ^a creyó erróneamente en la veracidad de sus afirmaciones^o; y,

7. Como corolario lógico de lo avistado en los números precedentes -desde una tesis de equilibrio entre el garantismo y el efficientismo penales-, este Tribunal de casación de mayoría postula que en el sub iudice no se ha menoscabado el principio de mínima intervención penal consagrado en el artículo 3 COIP, al no haberse ventilado la causa en sede civil, tal como sugirió la defensa del casacionista, pues más allá de que se han justificado todos los elementos constitutivos del tipo penal de la estafa \pm conforme se dejó sentado en renglones anteriores-, ni siquiera la intervención penal, como mecanismo de último recurso por parte del Estado, con toda la carga lesiva que conlleva -por ser la única que lleva implícita la alarma de las medidas restrictivas de libertad-, ha logrado una protección adecuada para la víctima, tan es así que, su derecho a la propiedad fue conculcado hace alrededor de siete años atrás \pm lo que ha sido aceptado inclusive por la defensa del impugnante- y hasta la actualidad, en que se resolvió el recurso extraordinario de casación en sede penal, no ha obtenido aún respuesta por parte de la administración de justicia, así como tampoco hay constancia en el fallo de apelación de que el procesado haya procurado 'disminuir el riesgo', en términos de los funcionalistas, para al menos debatir si su conducta fue o no penalmente relevante. En consecuencia, otros mecanismos extrapenales \pm entre las que se cuenta la vía civil- hubiesen sido más insuficientes e inoperantes todavía que la penal, para la protección de la víctima, quien espera que este delito no quede en la impunidad.

Por lo demás, en el uso del derecho a la réplica, la defensa del censor expuso tangencialmente, un supuesto yerro in procedendo, pretendiendo que se declare la nulidad procesal y se retrotraiga la causa a fase de investigación previa \pm inclusive-, con el riesgo que aquello supondría para una eventual prescripción de la acción penal, lo cual, se lo rechaza ipso facto, no solo por carecer de sostén jurídico, sino además, porque tal argucia conculca los principios de buena fe y lealtad procesal (artículo 27

COFJ) y de debida fundamentación del recurso de casación, en la medida en que ya fue resuelto y negado tanto en el auto de admisibilidad, así como en la sentencia del ad quem, que al respecto, textualmente puntualizó que:

^a EN RELACION A LA ARGUMENTACION DE NULIDAD POR LA COMPETENCIA: Este Tribunal de alzada de manera unánime considera que no existe ninguna clase de nulidad por falta de competencia, en razón de la materia ni del territorio por las siguientes razones:

1.- Sobre el pedido de NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA EN RAZON DEL TERRITORIO.- De las pruebas examinadas se colige con certeza que los pagos por concepto de compra de material y pago de mano de obra para construir una casa en el recinto Isla de Bejucal perteneciente al cantón Baba de la provincia de Los Ríos, fueron hechos aquí en la ciudad de Guayaquil, como se probó con los comprobantes de depósito hechos en el centro comercial Albán Borja, City Mall y Urdesa; es decir aquí se configuró o se materializó el acto doloso por parte del vulnerador de la norma penal, en consecuencia en este territorio el señor Luis Eduardo Torres Kuon Yeng, adecuó su conducta al tipo penal por el cual la víctima denunció y la fiscalía probó, esto es estafa tipificado en el artículo 186 del código orgánico integral penal, por lo tanto no existe nulidad en razón del territorio.° (sic)

El texto citado ut supra, trasluce que el daño se consumó en la ciudad de Guayaquil y no en el lugar del 'inmueble', como sostuvo erradamente y alejándose del principio de verdad procesal la defensa del contradictor. Por tanto, se pone una vez más de relieve que no existe ningún error in procedendo dentro de la presente causa, en razón del territorio y menos aún de la materia.

En suma, este Juzgador pluripersonal de mayoría, no advierte ningún error de pertinencia en el fallo de apelación, toda vez que el supuesto de hecho que contienen los artículos 186 y 42.1.a COIP, se corresponden con la narración fáctica de la conducta del impugnante, todo lo cual, torna improcedente el recurso de casación.

5. DECISIÓN:

Con los antecedentes jurídicos expuestos, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, al amparo de lo previsto por el artículo 657.7 del COIP, mediante resolución de mayoría, resuelve declarar improcedente el recurso de

casación interpuesto por el recurrente Luis Eduardo Torres Koun Yeng, por falta de fundamento jurídico.

Notifíquese y cúmplase.-

DR. MARCO RODRIGUEZ RUIZ

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

JUEZ NACIONAL (E)

MUÑOZ MORENO DILZA VIRGINIA

JUEZA 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, viernes 21 de agosto del 2020, las 12h38. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, integrado por los Jueces Nacionales Marco Rodríguez Ruiz (Ponente), Dilza Muñoz Moreno y Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, habiendo sido designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura y por el sorteo de ley realizado en ésta causa, acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión salvada:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Se ha impugnado la sentencia, dictada por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 13 de noviembre de 2019, dentro de la causa seguida en contra del señor Luis Eduardo Torres Koun Yeng; por el delito tipificado y sancionado en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció en virtud del Recurso de Apelación interpuesto por el señor Luis Eduardo Torres Koun Yeng y la acusación particular, contra la Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Guayaquil, de 20 de febrero de 2019, que entre otras cuestiones, le impuso la pena privativa de libertad de un año.

1.2.- Ventilado el recurso de Apelación, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; en lo medular decide ratificar la sentencia de condena impuesta al procesado por el *a-quo*; y a su vez, acepta parcialmente la apelación de la acusadora particular, modulando la sentencia, respecto de la reparación integral, fijándola en \$ 64.550,00.

2.- El recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, el Sr. Luis Eduardo Torres Koun Yeng (en adelante: ^a Sr. Torres^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, decidió declarar admisible el mentado recurso, por el cargo de indebida aplicación de los artículos 186 y 42, número 1, letra a, del Código Orgánico Integral Penal. De esta manera se constituye en sujeto impulsor ± activo dentro del instituto casacional, el Sr. Torres, por haber

invocado y ser admitido este medio impugnatorio para el juicio de legalidad de la sentencia.

II. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

3.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, el Sr. Torres, por medio de su defensa técnica, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos. Por ser impugnación a una sentencia expedida en un proceso de acción penal pública, se contó con la intervención del Representante o Delegado debidamente acreditado de la Señora Fiscal General del Estado; así también actuó la defensa técnica de la acusación particular. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

4.- La defensa técnica del recurrente, por medio del Ab. Cristhian Romero, en lo medular expresó que interpone éste recurso, contra la sentencia del *ad quem*, que rechazó su apelación y aceptó parcialmente la impugnación de la acusadora particular. Según el Auto de Admisión, se le admitió por los cargos de indebida aplicación de los artículos 186 y 42.1 del Código Orgánico Integral Penal; por lo que, debiendo estructurar la proposición jurídica completa, por el cargo propuesto, contra el artículo 186 *supra* cuando lo correcto era aplicar el artículo 76.2 de la Constitución; mientras que, respecto al artículo 42.1 del Código Orgánico Integral Penal, en su lugar, debía aplicarse el artículo 5.4 *ibídem*, que refiere a su estado de inocencia.

4.1.- El primer cargo, atinente al tipo penal, por el que se lo condenó, que prescribe: *La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera*^{1/4}°; propone la indebida aplicación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, ya que la acción o conducta, de los hechos dados por probados, tanto por el tribunal penal, como en sede de apelación, discutidos en este escenario y que se da como hecho probado, es que se le contrata al señor Torres; y como hecho probado, la acusadora particular lo contrata para que le realice una casa, misma que es realizada, quedando como hecho probado que existe dicha casa, siendo entregada a la acusadora particular, pero ella, se siente inconforme; también se dice que le ha realizado varios depósitos al señor Torres como contratista, para que realice tal construcción.

4.2.- Subraya que el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal, describe a la infracción penal como la conducta típica, antijurídica y culpable, más en el fallo recurrido no hay un

análisis dogmático y necesario, ya que toda conducta de tipo penal, merece que se realice un análisis; no existe un análisis de tipicidad objetiva ni subjetiva; siendo un delito de resultado, no se hace un análisis de desvaloración de acción o de desvalor de resultado; menos en sede de antijuridicidad formal, como de antijuridicidad material; tampoco un análisis en sede de culpabilidad. Cómo enseña el Dr. Diego Luzón Peña y Santiago Mir Puig, existen tres elementos dentro de la culpabilidad, que son: la imputabilidad; el conocimiento de la antijuridicidad; la conducta típica, que puede ser atacada por error de prohibición y exigibilidad del modo de actuar por miedo insuperable. En la tipicidad objetiva se constata la existencia del sujeto activo, pasivo, del verbo rector, el elemento valorativo, normativo y descriptivo; en la tipicidad subjetiva el elemento volitivo de dolo o culpa. De los hechos que se dan por ciertos en el fallo recurrido, aparece que la acción, acto y/o conducta de haber contratado para realizar una casa como contratista y que el engaño se produce porque ya se había depositado el dinero en su cuenta, constituyendo un error de derecho, que debe corregirse en sede de casación, ya que en la sentencia impugnada no se determina la realización de hechos falsos, ni la formación de hechos verdaderos, tampoco la inducción de error a otra persona; esto, conlleva a la existencia de un problema de carácter civil, que el *ad quem* debía aplicar el principio de mínima intervención penal y la presunción de inocencia, por estándar probatorio de sobrepasar por íntima convicción y más allá de toda duda razonable, para poder condenar debía razonar sobre los artículos 1461 a 1478 del Código Civil, que establecen lo que es acción, acto o conducta; más este caso, debe sometérselo a conocimiento de la justicia civil, por mínima intervención penal, notoriedad, por la norma penal y residualidad; y, al no haber hecho un análisis sucinto de los hechos del tipo objetivo y subjetivo, persiste este error de derecho.

4.3.- En lo concerniente a la indebida aplicación del artículo 42.1.a del Código Orgánico Integral Penal, arguye que la norma correcta es el artículo 5.4 *ibídem*. Existiendo como principio rector del derecho procesal penal, tres clases de autoría y cuatro modelos de participación, autoría directa, mediata y coautoría; en la participación el inductor, el ejecutor, el colaborador necesario y el cómplice. Pero resulta que en la sentencia impugnada, no se realiza análisis alguno, ni consta la subsunción de los hechos al derecho; de los hechos dados por probados en sede de juicio, ni en sede de apelación, por ello, existe indebida aplicación de autoría directa, al estar sin analizar. Solicita se case la sentencia, por existir ausencia de análisis y ausencia de elementos que constituyen el tipo objetivo, como el subjetivo y de la

participación, dentro de lo que acusa.

5.- El doctor Raúl Garcés Llerena, en representación de Fiscalía General del Estado, de manera primordial expresó, que en el recurso de casación, no procede valoración de hechos ni pruebas. En la sentencia recurrida, se establece el verbo rector del delito de estafa, por el cual, se persiguió al procesado; esto es, el haberse hecho entregar con fines de defraudación, efectos patrimoniales, como es la entrega de dinero; también está plasmado el elemento objetivo, que es una creencia falsa de algo ofrecido, que no se cumplió; y el elemento subjetivo, que es la esperanza de entrega, para obtener un beneficio patrimonial, que en este caso, nunca se cumplió. Respecto al segundo cargo (artículo 42.1.a COIP), se enfatizó que no existe el análisis de hechos, ya que en la sentencia recurrida se identifica el cometimiento del delito de estafa, tipificado en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, en relación con el artículo 42 del Código invocado. En referencia a la autoría cometida por el procesado, se tiene como directa, puesto que es quién aparece como autor del hecho. Pide se rechace el recurso de casación, al incumplirse los presupuestos del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal.

6.- El doctor Juan Muñoz, en representación de la acusadora particular Dora Vargas Troncoso, acotó en lo sustancial que rechaza el recurso planteado, al carecer de sustento jurídico, porque sus dichos son fuera de lugar; en atención a la indebida aplicación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, con los elementos de prueba plasmados en la sentencia cuestionada, se demostró el engaño del delito de estafa, ya que el contrato referido por el procesado, es uno de los modos y argucias que se utilizan en este tipo de infracciones para conseguir el objetivo de hacerse entregar dinero por una falsa calidad. El sentenciado se le presentó como un supuesto ingeniero para construir una vivienda; calidad profesional que no la ostenta como se demostró con la certificación de la SENESCYT, justificándose que no tiene ningún tipo de profesión ni posee título de tercer nivel alguno; sin embargo, se firma el contrato para así, falseando esa calidad, hacerse entregar el dinero. Se justificó que la actividad del procesado no es la construcción, sino la venta de artículos de comercio de ferretería; en este sentido, se demostró que con dolo y hechos falsos, atribuyéndose ser ingeniero y por su falta de conocimiento en construcción, no concretó la obra que se le encomendó; y aun así, se hizo entregar el dinero; además, es falso que se haya entregado el bien, ya que cuando se inició su construcción, se vio deficiencias técnicas para construir, incluso los materiales eran de pésima calidad. Peticiona que se rechace el recurso

de casación y se confirme la sentencia impugnada.

7.- Replica, el doctor Richard Villagómez, representando al casacionista, agregó que el contrato de obra lo realizó la pretensa ofendida. La mera inconformidad sobre el bien, no constituye dolo y el inmueble está en poder de ella; recalca que se trata de un asunto de naturaleza civil. Además, hay una falacia de tipo *ad autorem*, ya que Ferrajoli (citado por la acusación particular), no habla sobre tipos penales, sino sobre garantías y derechos constitucionales. Al tratarse de un delito de resultado, por el principio de territorialidad, el delito se configura donde se consuma el daño, ya que se radicó competencia en Guayaquil, cuando el inmueble es de otro lado.

III CONSIDERANDOS

8.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183 numeral 3, 184, 186 numeral 1 en relación al penúltimo inciso del artículo 182 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato de los artículos 398, 400, 402, 656 y 657 del Código Orgánico Integral y por el sorteo de ley; esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Penal Policial de la Corte Nacional de Justicia, tiene jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

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

10.- Potestad para Salvar el Voto: Acorde al artículo 625, del Código Orgánico Integral Penal, toda sentencia se dictará con el voto concordante de al menos dos juzgadores; lo

guarda sindéresis con el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, cuando algún Juez, disintiere de la mayoría, deberá hacerlo con Voto Salvado, motivando la discrepancia. Tanto el Voto Salvado, como lo resuelto por mayoría, deberá firmarse por todos los jueces y notificarse en conjunto. Amparado en el artículo 168.1 de la Constitución de la República y artículos 8 y 123 del Código Orgánico de la Función Judicial, ésta ponencia se aleja del criterio de mayoría, tanto en el fondo como en la forma, motivándose en los párrafos que prosiguen.

IV. DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación de los Recursos de Casación)

11.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar, la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación, sin examinar los hechos del caso en concreto; ya que el recurso de casación, no puede revisar las pruebas ni los hechos probados, estudia el cumplimiento de las leyes, sin que su misión se oriente a generar su propio cuadro fáctico.

12.- Sobre las causales de cada recurso: El artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, dicta lo siguiente:

^aEl recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.

No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba^o

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

13.1.- Contravención expresa del texto de la ley, que constituye una exclusión evidente, la

cual se presenta, cuando no se emplea la norma que corresponde, porque el juez yerra acerca de su existencia; ya porque la desconoce o que de manera simple conociéndola, no la aplica.

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

13.3.- Errónea interpretación de la ley, que sucede cuando la norma aplicada y adecuada por el Juez en su proceso de selección, es la correcta, pero al concederle su interpretación, le atribuye un sentido que no le corresponde, con efectos distintos a los de sus contenidos, implicando que le ha consignado una interpretación equivocada del alcance del texto de la norma.

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

15.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: A la luz de los parámetros indicados, se tiene que para concretar el procedimiento dispuesto en el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, en aplicación de la Resolución número 10-2015, publicada en el Registro Oficial 563, de 12 de agosto de 2015, la Corte Nacional, en el presente expediente, había receptado el recurso de casación propuesto por el Sr. Torres, del cual se ha admitido de la siguiente manera: **a)** indebida aplicación del artículo 186, del Código Orgánico Integral Penal; **b)** indebida aplicación del artículo 42, número 1, letra a, del Código Orgánico Integral Penal. Estos son los límites sobre los cuales operan los presupuestos casacionales y ocuparán el estudio de este Tribunal Casacional.

16.- Lo determinado en la delimitación conclusiva del juicio de legalidad de la sentencia, no se contrapone al derecho a la tutela judicial efectiva ni a la presunción de inocencia, menos aún al derecho a la defensa; ya que, al haber escuchado esta Corte las alegaciones, respecto al juicio contra el juicio o fiscalización de la motivación, este máximo organismo de administración de justicia ± de ser procedente ± se pronunciará, en los términos que señala el

artículo 656 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, que establece:

“Si se observare que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá”

17.- Además en concatenación a la fiscalización de la motivación de la sentencia, por medio de la Corte Nacional de Justicia que (en el orden penal), tiene una limitación lógica por la estructura del procedimiento casacional, siendo revisable todo lo que se puede revisar mientras no afecten los principios constitucionales estatuidos en el artículo 168 y 169 de la Constitución de la República, entre otros de oralidad e inmediación, que no impidan la revisión. La Corte de Casación es responsable por el control de lo que tiene capacidad de revisar por sus propios medios, sin necesidad de rehacer un nuevo juicio [de hechos], de modo que las verificaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que permanecen reservadas exclusivamente al juzgador de instancia. Este recurso se dirige a examinar *ex post* la justificación de la decisión para corregirla y/o verificar si es una decisión justa, en derecho, acorde al resultado procesal evidenciado en la sentencia. El control en casación no implica reformular el juicio de hecho, sino establecer si la decisión se sustenta en argumentación racionalmente aceptable; es decir, es un control de validez racional de la justificación según el contexto en el cual ha sido expedida. Por lo tanto, bajo el sustento del principio de máximo rendimiento, el Tribunal de Casación, evidenciará si en la estructura argumentativa de la sentencia cuestionada, responde a los presupuestos de la Ley dictada por el soberano. Por lo que respecto al juicio contra el juicio o fiscalización de la motivación, este máximo organismo de administración de justicia ± de ser procedente ± se pronunciará, en dicho ámbito.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

18.- Como ya ha quedado determinado, en el párrafo 15, de esta sentencia, se procede a verificar lo impugnado por el recurrente cuyos cargos fueron admitidos a fase de debate para Resolución.

19.- El fundamento, se concretan en:

19.1.- Primer Cargo: Indebida aplicación del artículo 186, del Código Orgánico Integral Penal, debiéndose aplicarse el artículo 76.2 de la Constitución. La conducta, fincada en la sentencia impugnada, señala que la acusadora particular contrata al Sr. Torres, para construir una casa, que al ser realizada, es entregada a la acusadora particular, quien se siente inconforme por haber realizado varios depósitos al señor Torres como contratista de esa obra.

El artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal, describe a la infracción como la conducta típica, antijurídica y culpable. El fallo carece del análisis dogmático, de un estudio de tipicidad objetiva y subjetiva; siendo un delito de resultado, tampoco hay un análisis de desvaloración de acción o de resultado; menos de antijuridicidad formal, ni material; peor de culpabilidad, que tiene los elementos de imputabilidad: conocimiento de la antijuridicidad y conducta típica, sin hablar de error de prohibición y/o exigibilidad del modo de actuar por miedo insuperable. En la tipicidad objetiva, se constata la existencia del sujeto activo, pasivo, del verbo rector, el elemento valorativo, normativo y descriptivo; en la tipicidad subjetiva el elemento volitivo de dolo o culpa. De los hechos probados del fallo, aparece que la acción, acto y/o conducta de contratar para realizar una casa como contratista y que el engaño se produce porque ya se había depositado el dinero en su cuenta. Es un error de derecho, dejar de determinar los hechos falsos o la formación de hechos verdaderos, como la inducción de error a otra persona, conllevando a la existencia de un problema civil y aplicar el principio de mínima intervención penal, de presunción de inocencia, por estándar probatorio que sobrepasa la íntima convicción, más allá de toda duda razonable. Se condenó sin razonar sobre los artículos 1461 a 1478 del Código Civil, que establecen lo que es acción, acto o conducta y someterse el caso al ámbito civil, por mínima intervención penal, notoriedad, por la norma penal y residualidad; por la falta de un análisis sucinto de los hechos del tipo objetivo y subjetivo, persistiendo este error de derecho.

19.2.- Segundo Cargo: Indebida aplicación del artículo 42.1.a del Código Orgánico Integral Penal, cuando debía aplicarse el artículo 5.4 *ibídem*. Habiendo tres clases de autoría y cuatro modelos de participación, la sentencia impugnada, omite analizar esto, ni subsume los hechos probados al derecho; habiendo indebida aplicación de autoría directa.

20.- Problema a dilucidar: ¿Cabrá delito de estafa, por suscribir un contrato de construcción, fungiendo una calidad profesional sin tenerla, realizando la obra sin satisfacer las expectativas contractuales?. Las interrogantes planteadas, se resuelven con el desarrollo expuesto en los párrafos siguientes:

¿Cabrá delito de estafa, por suscribir un contrato de construcción, fungiendo una calidad profesional sin tenerla, realizando la obra sin satisfacer las expectativas contractuales?

21.- El tipo penal por el cual fue ratificada la sentencia de condena contra el señor Torres, es el establecido en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, cuyo texto legal es el

siguiente:

^aLa persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años (1/4)°

22.- La estafa es una defraudación, que ataca al patrimonio. Consiste en la disposición patrimonial realizada por la víctima inducida (o mantenida) a error por parte del agente, quien se ha servido del engaño u otra actitud fraudulenta. En efecto, el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, tipifica que la estafa es un delito contra el derecho a la propiedad, enumerando varios elementos constitutivos del ilícito, todos ellos orientados a apropiarse de bienes de la víctima, simulando hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, para que la realización de la víctima de actos que perjudiquen su patrimonio. No se reluce en la sentencia que haya mermado el patrimonio de la acusadora particular, pues suscribió un contrato con el Señor Torres, para que realice una construcción en el bien que es patrimonio de la acusadora particular y el señor Torres, realiza esa construcción a cambio del precio pactado; distinto fuese si el inamovible cuadro fáctico de la sentencia diría que el Señor Torres, no realizó la indicada construcción, pero en este caso, se tiene que sobre el patrimonio de la acusadora particular, se realiza la obra de construcción.

23.- La conducta del señor Torres, no corresponde al ámbito penal, ya que no se evidencia de la sentencia impugnada, que exista disposición patrimonial en favor del recurrente quien para obtener un beneficio patrimonial haya simulado hechos falsos o deformado u ocultado hechos induciendo a error a la acusadora particular para que realice actos que perjudiquen su patrimonio; su patrimonio sigue bajo poder y percepción de la acusadora particular. En el Considerando Sexto ^aMOTIVACION DE LA SENTENCIA°, señala: ^a1/4 la Dra. Dora Vargas^{1/4} indica que conoció al señor ^{1/4}Torres^{1/4}, por medio de su sobrina el 15 de junio del 2013, que se hizo ganar su confianza y se presentó como ingeniero civil, y uno de los mejores constructores de casa, es así que logran pactar un contrato de obra por el valor de \$154 mil^{1/4} para la construcción de toda la vivienda. Luego^{1/4} se percata que el señor^{1/4} no tenía título alguno registrado en la página de Senescyt y conforme iba avanzando la obra se daba cuenta que no era lo acordado en aquel contrato firmado^{1/4} ° es decir que la sentencia afirma la existencia de un vínculo contractual, acorde al artículo 1454 del Código Civil, ^a Contrato o

convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas^o. En el presente caso, se tiene que el señor Torres, se ha obligado con la acusadora particular a hacer una construcción a cambio de un valor monetario. Al efecto, siguiendo los contenidos normativos, el artículo 1461 del Código Civil, establece que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: **a)** Que sea legalmente capaz; **b)** Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; **c)** Que recaiga sobre un objeto lícito; y, **d)** Que tenga una causa lícita. Elementos con los cuales surgen diversas cuestiones, la primera ¿Son legalmente capaces para contratar el señor Torres y la Señora Dora Vargas, acusadora particular? de los presupuestos de los inamovibles hechos de la sentencia, no aparece factor o circunstancia, que genere duda o desmerezca la capacidad de obligarse; como expresa el inciso final del artículo 1461, La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma. ¿Es un objeto lícito la contratación para hacer la construcción de una casa? No constituye ilícito de ninguna manera suscribir un contrato para construir una obra o casa; como lo dicta el artículo 1478 del Código Civil, hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano, el contrato de construcción, no contraviene al derecho público, se encuentra regulado en el artículo 1930 y siguientes del Código Civil. ¿Existe causa lícita? Al respecto el artículo 1483 del Código Civil, *“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.”*^o En el presente caso es la realización de una construcción, la cual acorde a los inamovibles hechos de la sentencia existe, se fue realizando la obra bien o mal se realiza un proceso y se va ejecutando la misma que se encuentra bajo poder, percepción y disposición de la acusadora particular señora Dora Vargas; no constituye un hecho inmoral, la realización de dicha obra. ¿El consentimiento de los contratantes, adolece de vicio? Los vicios del consentimiento, como lo dispone el artículo 1467 del Código Civil, son error, fuerza y dolo. En el presente caso, se tiene que la acusadora particular contrata con el señor Torres, bajo la creencia de que se trataba de un ingeniero civil, dicho vicio tiene su regulación en el artículo 1471 del Código Civil, cuando establece: *“El error acerca de la persona con*

quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Pero, en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato^o, si la causa principal del contrato fue la consideración, de que el señor Torres sea un ingeniero civil para la realización del contrato, es un vicio del consentimiento, regulado en la fuente del derecho civil. Con relación a la fuerza, esta no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento (Art. 1472 Código Civil); cuestión que no revela el cuadro fáctico de la sentencia en estudio. En lo que concierne al dolo, en materia contractual como lo dicta el artículo 1474 del Código Civil, no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado. ^a*En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo*^o. Este dolo, ^a*¼ no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse*^o, en el presente caso el hecho de que el señor Torres suscriptor del vínculo contractual, firma un contrato adjudicándose una profesión que no la posee, debe de probarse en el orden civil, para establecerse si vicia el consentimiento.

24.- El principio de mínima intervención penal, otorga al derecho penal el carácter de ultima ratio, es decir, reserva el poder punitivo del Estado para conductas graves y que causen alarma social, cuando no se hayan previsto otros mecanismos de protección de los bienes jurídicos atenta la naturaleza del conflicto, en la especie, la respuesta al problema se encuentra en el derecho civil, mediante el ejercicio de cualquiera de las acciones que franquean los Códigos Civil y Orgánico General de Procesos. Pues el artículo 1933 del Código Civil, establece que, ^a*Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución. Por consiguiente, el que encargó la obra, aún*

en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, pagando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra.^o Si en la especie como lo dice el inamovible cuadro fáctico que el señor Torres, amén del vicio del consentimiento no ha ejecutado lo convenido con la calidad especificada o esperada, la acusador particular, posee vía legal para tal reclamo, la cual no es el orden penal. ^a *El principio del Derecho Penal como "ultima ratio" se soporta en dos postulados esenciales, a saber: a) que el derecho penal sólo debe obrar en aquellos casos en que el ataque a las condiciones mínimas de sobrevivencia de la sociedad sea de tal magnitud que resulte francamente insoportable; o lo que es lo mismo, no es suficiente cualquier daño o riesgo para la sociedad, sino que debe ser de gran magnitud; y, b) que realmente no existan otras alternativas de respuesta o de reacción por parte del Estado.*^o [Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en sentencia No. 034-10-SEP-CC] En este contexto, se observa la existencia de violaciones a la ley en la sentencia impugnada, por indebida aplicación de los artículos 186 y 42.1.a del Código Penal, por cuanto en la conducta del Señor Torres, no se configuran los elementos constitutivos del delito de estala, por lo que al condenarlo se contrarió las normas antes señaladas y las que integran el sistema integral penal, al no haberse establecido la existencia del delito, por lo que se debió confirmar su estado de inocencia. Por el principio de legalidad sólo se procesa a quienes actúan según la descripción que el legislador ha consignado en la ley penal con antelación al cometimiento del acto, así lo consagra la Constitución, en su artículo 76.3, que cataloga el derecho de que ^a *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (1/4) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (1/4)*^o. De allí que la seguridad jurídica establecida en el artículo 82 de la Constitución, refiere la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas, se correlaciona con el artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que determinan la imposibilidad de crear delitos por vías institucionales distintas a la de la ley; ya que es evidente que dentro de

un Estado constitucional de derechos y de justicia, la ley penal emana exclusivamente de la función legislativa y ésta, al momento de establecer tipicidades, debe guardar la debida relación y conformidad con las disposiciones constitucionales, pues de lo contrario la norma carecería de eficacia. Calificar hechos civiles como los del presente caso, como si tuvieran relevancia penal, coloca a la persona procesada en indefensión deviniente de transgresión al principio de legalidad y al derecho a la seguridad jurídica.

25.- Es necesario abundar que el Estado busca proteger a la sociedad de quienes, mediando contratos engaños, busquen perjudicar el patrimonio de otro ilícitamente, y es cuando se aprecia que surge una aparente confusión entre el dolo penal y el dolo civil del agente, diciendo que el dolo penal, cuando en la sentencia objeto del recurso, cuando en el Considerando Sexto, dice: *“¼ Este dolo esta sintetizado, en primer lugar con el contrato firmado entre la Abg. Dora Eloísa Vargas Troncoso y el ciudadano Luis Eduardo Torres Kuon Yeng, en donde el segundo de los nombrados suscribe ese contrato en calidad de Ingeniero Civil, cuando quedó probado en el juicio que no ostenta este título profesional, ni ningún otro que acredite alguna profesión académica, esta tesis es conformada con el certificado otorgado por el Senescyt que obra en el cuaderno fiscal y que fue practicado en el juicio. En segundo lugar, la conducta dolosa y criminosa del sentenciado de querer apropiarse en este caso de dinero en efectivo mediante el engaño que está plasmado con los depósitos hechos al ahora sentenciado por parte de la víctima en el Banco Pichincha de la agencia Albán Borja, Urdesa, City Mall, etc. En tercer lugar, con los testimonios de las personas y los peritos técnicos que declararon en el juicio y confirman que el objeto del contrato y de la infracción fue mal construida, con pésimos materiales y de una forma anti técnica, rudimentaria y artesanal que impiden ser habitada por una familia y que están distante de las aspiraciones de la víctima y de lo que estipulaba el contrato”*. De lo que se tiene que en efecto la construcción existe, los depósitos de dinero, tienen su origen en el contrato de construcción suscrito entre la acusadora particular y el señor Torres, ergo, que la obra tiene pésimos materiales, ergo, que está construida de forma anti técnica, ergo, que está construida de forma rudimentaria y artesanal, ergo, que impide ser habitada y está distante a las aspiraciones de la víctima y de lo estipulado en el contrato ± ello ± como ya se dijo, para ello, el sistema normativo, establece su solución ante esa clase de conflictos vertidos desde lo estipulado en un contrato de construcción, cuando el artículo 1933 del Código Civil, establece que, *“ Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos,*

siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución. Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, pagando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra.^o

26.- Que si en atención a que el señor Torres, suscribe el contrato como si fuese ingeniero civil, sin serlo, ello no es suficiente para establecer dolo penal, que tal inexistente profesión que se ha atribuido el Señor Torres, genera otra clase de conflictividad en el orden del consentimiento para la suscripción del contrato, como ya se dijo, el artículo 1471 del Código Civil, refiere que: *“El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Pero, en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato^o*, la acusadora particular, pudo suscribir el contrato de buena fe con el vicio del consentimiento de considerar al Sr. Torres un Ingeniero Civil, siendo la causa principal por la que acepta suscribir el contrato de construcción. No hay que perder de vista que *“El elemento engaño o error es de naturaleza penal y no civil, para que el mismo se presente: debe existir en la mente del autor una dañada intuición^{1/4} ^o* [Francisco Pabón, *“Delitos contra el Patrimonio^o*, México, 1997, páginas 237 y 232]; la dañada intuición, está en perjudicar el patrimonio, en el presente caso el Señor Torres edifica la construcción, el cuadro fáctico de la sentencia impugnada, no refiere que no se ha construido, se construyó de buena o mala calidad el dinero que entrega la acusadora particular se utiliza en la construcción que aunque distante de las aspiraciones de la víctima y de lo que estipulaba el contrato como lo dice la sentencia impugnada, por lo tanto no existe intención dañada de no hacer lo convenido, que lo convenido no sea lo aspirado por la víctima, que de haber discrepancia con lo estipulado en el contrato, no implica haya habido la intención de perjudicar el patrimonio dejando de hacer lo convenido, por ende no se configura el presupuesto de la norma penal.

27.- El hecho de que el Sr. Torres, suscribe un contrato, fingiendo ser ingeniero civil, sin serlo, es un elemento superable de parte de la víctima, ya que no se puede solventar en una libertad de libre confianza, pues en los actuales tiempos, la sociedad se encuentra dinamizada e interconectada, de tal forma como dice la propia sentencia objetada que la propia acusadora particular *“^{1/4} se percata que el señor^{1/4} no tenía título alguno registrado en la página de Senescyt y conforme iba avanzando la obra se daba cuenta que no era lo*

acordado en aquel contrato firmado^{1/4} °, lo cual establece que la confianza en la profesión que es u ostenta una persona, por el hecho de que ésta se presente como tal sin serlo, no se basa en la irresoluta confianza de la palabra; pues en el Estado social de derecho, teniendo rigor la democracia digital, todos los registros del orden civilizado, se soportan en el plano virtual existiendo una sociedad integrada de la información, por lo que la propia falta de acuciosidad y verificabilidad, genera auto exposición de la propia persona que señala la sentencia impugnada como víctima en esta causa, no puede servir como elemento detonante e irreversible que la única salida ante este problema jurídico, sea de orden penal, por lo que no es un elemento infranqueable para configurar la responsabilidad penal.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

28.- La relación que crea intersubjetividad, en virtud de un contrato regulado por las normas del orden civil, se solucionan en la cuerda civil; el hecho de error en la calidad que suscribe un contrato una persona sin serlo y que lo ha suscrito a sabiendas sin que lo sepa el otro contratante, no origina un designio positivo de causar daño si la cosa sobre la que versa el contrato civil se realiza, pese a que la cosa sobre la que versa el contrato y que es realizada, no sea de satisfacción a las aspiraciones de la parte contratante que suscribió el contrato de buena fe, ya que de haber inconformidad entre la obra realizada y lo estipulado contractualmente, origina el derecho de reclamo civil, ya sea de daños y perjuicios, ya por vicios del consentimiento o incumplimiento contractual, en fin. Por ende, estos factores no se subsumen a elementos de la tipicidad de la figura de estafa.

VI

RESOLUCIÓN

29.- Por lo tanto ejerciendo la facultad casacional esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, decide:

29.1.- Aceptar el Recurso de Casación, interpuesto por el recurrente, en virtud de existir una indebida aplicación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal y tratarse de un problema de orden civil, en virtud de los principios de legalidad y mínima intervención penal.

29.2.- Se enmienda el error de derecho cometido por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; y, se ratifica el Estado de inocencia de Luis Eduardo

Torres Koun Yeng, cuyos datos generales de Ley, obran del proceso y se dispone el cese de toda medida dispuesta en su contra por esta causa.

29.3.- Se deja a salvo los derechos que puede tener la acusadora particular.

30.- De la ejecución de esta Sentencia, se encargará el Tribunal de origen, para el efecto se manda a devolver el expediente con la razón de ejecutoría de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.- **Notifíquese, Promúlguese y Cúmplase.-**

DR. MARCO RODRIGUEZ RUIZ

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

JUEZ NACIONAL (E)

MUÑOZ MORENO DILZA VIRGINIA

JUEZA NACIONAL (E)