



Juicio No. 17721-2016-1167

**JUEZ PONENTE: DRA. SYLVIA XIMENA SANCHEZ INSUASTI, JUEZA NACIONAL  
(PONENTE)**

**AUTOR/A: DRA. SYLVIA XIMENA SANCHEZ INSUASTI**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL  
MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.** Quito, miércoles 16 de enero del 2019, las 08h37.

**VISTOS:**

Una vez que se ha agotado el trámite legal correspondiente al recurso de casación, en especial la realización de la audiencia oral, pública y de contradictorio, y por ser el estado de la causa corresponde motivar la resolución por escrito.

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1 ANTECEDENTES FÁCTICOS:**

De la sentencia impugnada vía casación, esto es la dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, se desprenden en calidad de antecedentes, los siguientes hechos materia de juzgamiento:

*<sup>a</sup> Los funcionarios públicos del Gobierno Municipal de Tiwinsa, Byron Ademar Shakay Cacepa, en su condición de Jefe de Contabilidad, aprovechándose de la confianza que tanto el Director Financiero como del señor Alcalde, le habían dejado cheques firmados en blanco, con la finalidad de que sean pagados a los proveedores y otros gastos para el normal desenvolvimiento del GAD Municipal, es así que Byron Ademar Shakay Cacepa, entrega cheques a los señores Efrén Unup Saant, Prosecretario de la Alcaldía, los cheques números: 1. 006954 por un valor de USD.\$ 2,000.00; 2. 007730 por un valor de USD.\$ 4,000.00; 3. 008074 por el valor de USD. \$ 6,000.00; 4. 008327 por el valor de USD. \$ 4,000.00; 5.*

008329 por el valor de USD. \$. 3,000.00; 6. 008330 por el valor de USD. \$. 7,000.00 y el cheque número 008328 por el valor de USD. \$. 1,500.00, este último entregado a Nelson Alex Chuji Uwijint, Técnico de la Unidad de Desarrollo sostenible; mas sucede que en el asiento contable del Municipio asoman como beneficiarios de esos cheques el señor Johnny López, Casa Vaca, Patricio Vásquez, Flor Puma, Digna Cárdenas, María Sagal, por diferentes conceptos, una vez constatado en físico los cheques que fueron pedidos copias certificadas al Banco Nacional de Fomento, se desprende que estos cheques no fueron girados a esas personas sino que quienes cobraron esos cheques fueron Efrén Unup Saant y Nelson Alex Chuji Uwijint. Con el examen especial de la Contraloría General del Estado, realizada a la gestión presupuestaria y al cumplimiento de objetivos y metas, en el período 1 de julio de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, se realizaron y analizaron los desembolsos efectuados con cheques girados en contra de la cuenta corriente 0770004356 del Banco Nacional de Fomento sucursal Méndez, informe que ha sido legalmente aprobado el 27 de febrero del 2010°.

## **1.2. ANTECEDENTES PROCESALES:**

**1.2.1** El Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago, con fecha 28 de marzo de 2016, las 09h21, emite sentencia en la presente causa, mediante la cual considera el juzgador que se ha incurrido en el delito de estafa, tipificado en el artículo 563 del Código Penal (hoy 186 del Código Orgánico Integral Penal), teniendo la certeza de la responsabilidad de los procesados Byron Ademar Shacay Cacepa, Efrén Unup Saant y Nelson Alex Chuji Uwijint, en calidad de autores, a quienes les impone una pena de tres años de privación de la libertad, la que es atenuada para los dos primeros, en atención al artículo 29.6.7 del Código Penal, a un año de privación de la libertad, y así también se les condena al pago de costas, daños y perjuicios y, la reparación integral respectiva, que se resume en el pago de 26.000 dólares más intereses de ley. Respecto al procesado Nelson Alex Chuji Uwijint, se considera que a más de las atenuantes indicadas, también le favorece la prevista en el artículo 29.3 del Código Penal, se le aplica la pena de seis meses de privación de la libertad.

**1.2.2** De la sentencia referida ut supra, apelan Fiscalía General del Estado, Contraloría General del Estado, Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Tiwintza, y el procesado Byron Ademar Shakay Cacepa, resolviendo el recurso de apelación la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, mediante sentencia de 01 de julio de 2016, a las 15h36, según la cual, de la prueba

actuada en el proceso el juzgador ha adquirido certeza y convicción respecto a la existencia de la infracción, y la responsabilidad de los procesados, y ha determinado la existencia del nexo causal entre la materialidad de la infracción penal y la responsabilidad antes indicada, encasillando su accionar ilegítimo en el tipo penal del artículo 257 inciso primero del Código Penal, tipo penal de Peculado, por lo que resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por el procesado Byron Ademar Shakay Cacepa, rechazar la impugnación planteada por el GAD Municipal de Tiwintza por no haber presentado acusación particular, y aceptar la apelación propuesta por Contraloría General del Estado dictando sentencia condenatoria en contra de los encartados Byron Ademar Shakay Cacepa, Efren Unup Saant y Nelson Alex Chuji Uwijint, en calidad de autores responsables del delito de peculado, tipificado en el inciso primero del artículo 257 del Código Penal (Art. 278 inc. primero del Código Orgánico Integral Penal), en perjuicio del GAD Municipal de Tiwintza, imponiéndoles la pena de ocho años de privación de la libertad, misma que es modificada en virtud de las atenuantes contempladas en el artículo 29.6.7 del Código Penal, a cuatro años de privación de la libertad, respecto a los dos primeros, a quienes además se les condena al pago en calidad de costas, daños y perjuicios, de 26.999,00 dólares con los respectivos intereses calculados de conformidad a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en forma conjunta o solidaria; y, en relación a Nelson Alex Chuji Uwijint, se considera que ha operado además, la atenuante prevista en el numeral 3 del artículo 29 del Código Penal, esto es haber procurado reparar el mal causado, devolviendo los mil quinientos dólares, en virtud de lo cual se le impone la pena atenuada de cuatro años de privación de la libertad, con costas en lo que sea pertinente.

**1.2.3** Al no encontrarse en conformidad con lo resuelto por el tribunal ad-quem, los procesados Nelson Alex Chuji Uwijint y Byron Ademar Shakay Cacepa interponen recurso de casación, recayendo el conocimiento del proceso en el presente Tribunal de Casación, el cual declaró el abandono de la impugnación planteada por el encartado Byron Ademar Shakay Cacepa, acorde al auto de 24 de octubre de 2018, a las 14h43, y llevó a efecto la audiencia oral, pública y de contradictorio respectiva.

### **1.3. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN**

**1.3.1 NELSON ALEX CHUJI UWIJINT.-** El doctor Marco Antonio Montufar Medina, defensor

técnico del procesado impugnante, fundamenta el recurso de casación interpuesto, en los siguientes términos:

- Con fecha 1 de junio del 2016, la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago reforma la sentencia del Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago, de la cual la defensa del señor Nelson Alex Chuji Uwijint, ha interpuesto recurso de casación de conformidad con lo establecido en los artículos 349 y 350 del Código de Procedimiento Penal, ya que dicha sentencia viola la ley, contraviene su texto y existe una indebida aplicación.
- El presupuesto del derecho a la defensa de un procesado es interponer los recursos cuando no se encuentre satisfecho de la resolución de la autoridad que dictó dicha resolución, para el efecto conocen que existe el principio de la *reformatio in pejus*, que significa la imposibilidad del tribunal de empeorar la situación jurídica de la persona que interpone el recurso. En este caso se apeló a la Corte Provincial de Justicia con una pena de seis meses y ésta dictó una resolución determinado una pena de cuatro años de prisión a cada uno de los procesados; en la resolución se hace notar que para Nelson Alex Chuji Uwijint, existen atenuantes que no han sido consideradas en cuanto a una rebaja de pena. Hay que tomar en consideración que este presupuesto determinado en el artículo 77.14 y 66.5 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 4 del Código Penal, garantiza la seguridad jurídica para que el recurrente no tenga temor que otro tribunal analice el delito incoado.
- Es importante que se analice la errónea interpretación toda vez que la resolución de la Corte Provincial de Justicia dice que la sentencia emitida por el tribunal a-quo, es reformada en virtud a la apelación presentada por la Contraloría General del Estado; para el efecto el artículo 31.13 de la Ley de la Contraloría General del Estado y la resolución de la Corte Suprema, Registro Oficial 221 del 28 de noviembre del año 2017 (Sic), y los artículos 65, 68, 70 y 74 del Código Penal (Sic), determinan quienes son los sujetos procesales en un proceso penal, conocemos el Ministerio Público, el ofendido, el imputado y la Defensoría Pública; en este caso el Tribunal de la Corte Provincial resuelve modificar en virtud a la apelación presentada por la Contraloría; esta figura contraviene el artículo 31.13 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, de que limita a la Contraloría a decidir intervenir en la justicia coordinadamente con el Ministerio Público; el Ministerio Público ha intervenido en el proceso, sin embargo el tribunal de segunda instancia modifica la sentencia en virtud exclusiva a la apelación que realiza la Contraloría General del Estado.

- Esta causa se inicia mediante denuncia presentada por utilización arbitraria de cheques el 3 de diciembre del año 2008; esta acción es presentada por el Alcalde de aquella época Pedro Uvijindia y el abogado Víctor Zanga; a su representado se le acusa de haber cobrado un cheque No. 8328 de mil quinientos dólares (1.500), el 29 de noviembre del año 2007, que fue girado y cobrado el 7 de diciembre, sin embargo este cheque el 1 de diciembre del año 2008, es depositado nuevamente en las arcas del Estado y en el momento de que su defendido fue liquidado de su actividad como técnico de la Unidad Municipal de Desarrollo Sustentable; es importante determinar que la figura del peculado tiene unos presupuestos importantes, en este caso es de que la persona esté encargada de un servicio público, que exista un beneficio propio y abusar de dineros públicos que estuvieron bajo su poder en virtud a razón o cargo; en este caso, el puesto de su defendido es Técnico de la Unidad Municipal de Desarrollo Sustentable, alejado totalmente del tema administrativo; para girar un cheque es obligatoriamente necesario que exista la autorización del Director Administrativo Financiero y del Alcalde; a los otros procesados, refiriéndose a Byron Ademar Shacay Cacepa y Efrén Unup Saant, tienen cargos apegados a la actividad administrativa, sin embargo su defendido es totalmente alejado al hecho imputado, por lo que no existe una correcta aplicación del tipo penal incoado.
- Existe un examen especial realizado por la Contraloría General del Estado donde no determina una responsabilidad directa de su representado, por lo que la resolución de primera instancia que juzga este delito por estafa, lo hace en virtud de que el tipo penal incoado peculado no se encuentra debidamente probado. Esto nos ha llevado a la interposición del recurso de casación, donde se ha probado la violación a la ley, se ha contravenido a su texto y existe una indebida aplicación.
- Es importante considerar que en la resolución en la Corte Provincial, hace referencia de que la pena de los procesados Byron Ademar Shacay Cacepa, Efrén Unup Saant y Nelson Alex Chuji Uwijint es de cuatro años, hace referencia de las atenuantes, esto es haber devuelto el valor de mil quinientos dólares, sin embargo esta atenuante no ha sido considerada como constitutiva, es decir no habido una consideración en cuanto a una rebaja de pena; es importante considerar que la correcta aplicación de la norma en el momento de resolver, es darle a cada procesado una pena de acuerdo a la participación, en este caso no se podría dar la misma pena a Byron Ademar Shacay Cacepa, a Efrén Unup Saant y a Nelson Alex Chuji Uwijint, toda vez que de autos se conoce que la causa se inicia con la denuncia por parte del Alcalde, pero su defendido ya había incorporado el cheque y hasta liquidado los intereses del dinero que estuvo indebidamente en su poder.

- Solicita se analice los fundamentos de hecho y de derecho que se han aplicado como fundamento de este recurso y se case la sentencia subida en grado.

**1.3.2 FISCAL GENERAL DEL ESTADO.-** La doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada del señor Fiscal General del Estado, dando contestación a la fundamentación del recurso de casación y haciendo uso del derecho de contradicción, manifiesta:

- Manifiesta la defensa que existe una indebida aplicación, pero no indicó de qué norma jurídica; indica que no se encuentra satisfecho con la resolución emitida por el tribunal ad-quem, porque considera que el Tribunal de la Corte Provincial ha empeorado la situación jurídica de quien ha recurrido, porque no se ha considerado las atenuantes; indica que de esta forma se ha violado el artículo 77.14 y 66.5 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 4 del Código de Procedimiento Penal. Si bien el artículo 77.14 de la Constitución se refiere a la *no reformatio in pejus*, el 66.5 ibídem, no tiene nada que ver por cuanto se refiere al derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones; realizando contradicción a esta alegación, es necesario señalar que los hechos se encuentran fijados en la sentencia del tribunal ad-quem, y los elementos probatorios; como bien manifestó la defensa técnica de recurrente, que este caso se inició por cuanto se determinó la existencia del uso de dineros públicos, en el caso del recurrente de un cheque de mil quinientos dolores que correspondían a la Municipalidad de Morona Santiago. En esta circunstancia no se determina la existencia de violación de ninguna norma jurídica a la que se ha referido el hoy recurrente, por cuanto inclusive no era el único recurrente en apelación sino también Contraloría y Fiscalía General del Estado.
- Los hechos fijados al haberse contrarrestado con los elementos probatorios, el tribunal de apelación realiza un razonamiento lógico de los hechos con los elementos llegando a determinar que el tipo penal a aplicarse correctamente era el determinado en el artículo 257 del Código Penal, que se refiere al delito de peculado, por cuanto los procesados entre los que se encuentra el hoy recurrente eran funcionarios públicos que pertenecían a la Municipalidad de Morona Santiago, y en estas circunstancias, al haberse aprovechado dolosamente, en el caso del recurrente, de mil quinientos dólares, su conducta se adecua perfectamente al artículo 257 del Código Penal, por lo que en ningún momento existe arbitrariedad por parte de los jueces ni una indebida aplicación, errónea interpretación o contravención expresa de la norma, sin embargo

de que la defensa de recurrente, al final de su exposición ha manifestado que existe una indebida aplicación de las tres causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, lo cual no es pertinente, ya que las mismas son autónomas e independiente, por lo tanto no se pueden aplicar las tres causales a una sola norma jurídica.

- Se alega además que el tribunal ha reformado el tipo penal, pero como se indicó los hechos se adecuan al tipo penal aplicado, por lo tanto es correcta su aplicación.
- Se ha referido a la resolución de primer nivel, emitida con fecha 28 de marzo del 2016, en la que se ha sentenciado al recurrente por el delito de estafa; al revisar el artículo de estafa los hechos no se encuentran adecuados a esa norma penal; en esta circunstancia y al no haber indicado en qué parte de la sentencia se encuentra el error jurídico, más aún haber explicado el tribunal en detalle los errores jurídicos; en todo caso no se ha demostrado el error jurídico, como es el objeto del recurso de casación, más aun la trascendencia por la cual hubiera influido en la decisión de la causa, al no haber los jueces aplicado los artículos que según el casacionista indica que existe la errónea interpretación, es criterio de Fiscalía que la defensa técnica del recurrente no ha fundamentado correctamente el recurso de casación, y no ha demostrado los errores jurídicos que pudieran existir en la sentencia de apelación, por lo que solicita se declare improcedente el recurso de casación interpuesto.

**1.3.3 BYRON ADEMAR SHACAY CACEPA.-** El doctor Paúl Guerrero Godoy, defensor público designado para ejercer el derecho a la defensa del procesado no recurrente Byron Shacay Cacepa, expresa:

- Con las intervenciones de las partes en nada se ha afectado los derechos de su representado; solicita al Tribunal que de ser pertinente se tome en cuenta la réplica realizada por la defensa técnica del procesado recurrente en lo que fuera pertinente y se dicte la sentencia que corresponde.

## **2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:**

### **2.1. COMPETENCIA**

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 26 de enero de 2018, integró sus seis Salas Especializadas conforme dispone el artículo 183 reformado del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en virtud del sorteo realizado el día 16 de agosto de 2016 a las 11h13, y del sorteo efectuado el día 14 de marzo de 2018 a las 10h30 en cumplimiento de la resolución N° 02-2018 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, designó el Tribunal de casación competente, quedando integrado el mismo por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, como Jueza Nacional Ponente de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, los doctores Edgar Flores Mier y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales.

## **2.2. DEL TRÁMITE**

Por cuanto el presente proceso penal se inició antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial N° 180 del lunes 10 de febrero de 2014, le son aplicables las leyes vigentes a su tiempo, esto es, el Código de Procedimiento Penal del año 2000, con sus reformas del 24 de marzo de 2009 y siguientes, en atención a lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal<sup>1</sup>; y, en la parte sustantiva, el Código Penal, conforme los artículos 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, 5.1 y 16.1 del Código Orgánico Integral Penal, y 2 del Código Penal.

## **2.3. VALIDEZ PROCESAL:**

El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto, Libro IV, del Código de Procedimiento Penal; por lo que, al no existir vicios in procedendo, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de lo actuado.

---

<sup>1</sup> *Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código°.*

## **2.4. DEL DERECHO A RECURRIR Y EL RECURSO DE CASACIÓN:**

**2.4.1 Del derecho a recurrir.-** La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.m), al tratar sobre las garantías básicas del derecho al debido proceso y más concretamente del derecho a la defensa, establece:

*<sup>a</sup> 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)*

*7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (1/4)*

*m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos<sup>o</sup>.*

El derecho a recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice:

*<sup>a</sup> Garantías Judiciales*

*(1/4) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (1/4)*

*h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior<sup>o</sup>.*

Así también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo considera en su artículo 14.5 que prevé:

*<sup>a</sup>(1/4) 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley<sup>o</sup>.*

La Corte Constitucional, sobre el derecho a recurrir se ha pronunciado en varias de sus resoluciones, señalando:

*<sup>a</sup>En todos los procesos sometidos a juicio, entre los que están los de materia penal, en los cuales existe una confrontación de intereses, la parte que se siente perjudicada siempre tendrá el derecho de buscar y activar los medios que le permitan oponerse a que la resolución o sentencia dictada por el juez adquiera la calidad de cosa juzgada y de esta manera evitar el efecto de inmutabilidad de las sentencias. Esta oposición se materializa a través de los denominados recursos (en sus distintas clasificaciones), que tienen por objeto modificar una decisión judicial por una nueva, en cumplimiento del principio de legalidad, el cual exige resoluciones acordes a la Constitución y la ley<sup>o2</sup>.*

*<sup>a</sup>La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (1/4) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad<sup>o3</sup>.*

---

2 Gaceta Constitucional No. 002, publicada en el R. O. de martes 19 de marzo de 2013<sup>o</sup> No. 2. Caso No. 624-12-CN p.17.

3 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 095-14-SEP-CC, de 4 de junio de 2014. Caso N° 2230-11-EP.

**2.4.2 De la naturaleza jurídica del Recurso de Casación.-** La casación es una institución procesal, un recurso extraordinario y técnico; no constituye una nueva instancia de análisis sobre los hechos presentados en el caso, sino que realiza únicamente un análisis *in iure* de la sentencia de segunda instancia para determinar posibles violaciones a la ley en la misma, ya por haber contravenido expresamente a su texto, o por existir una indebida aplicación de la ley, o por haberla interpretado erróneamente, conforme dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal<sup>4</sup>, aplicable al presente caso por así preverlo el Código Orgánico Integral Penal, en su Primera Disposición Transitoria referida ut supra.

El recurso de casación forma parte de los medios de impugnación que nuestro sistema procesal penal proporciona a los sujetos procesales para defender el imperio del derecho en las decisiones judiciales; constituye un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales de las partes en el ámbito penal. En nuestro país rige el Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que el recurso de casación pasa de cumplir la función de control de la aplicación de la ley por parte de los tribunales de instancia y la unificación de criterios jurisprudenciales, a la función de la tutela de la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y las normas que de manera formal y material sustentan sus disposiciones.

La casación constituye una de las expresiones del ejercicio del derecho a la impugnación, garantizado en los artículos 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 76.7.m) de la Constitución de la República del Ecuador, señalados anteriormente.

La Corte Constitucional, se ha pronunciado acerca de la naturaleza técnica y limitada del recurso de casación de la siguiente manera:

*<sup>a</sup>La casación es un recurso extraordinario que fue establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a finales del siglo anterior, cuyo objetivo principal es el de analizar si en la sentencia existen violaciones a la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma. De esta forma, no debe concebirse al recurso de casación como un recurso ordinario más, sino al contrario los*

---

<sup>4</sup> El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación (¼)°.

*usuarios y operadores de justicia deben tener presente que la casación es aquel recurso de carácter extraordinario que únicamente procede respecto de una sentencia, mas no una instancia adicional en la cual se puedan analizar temas de legalidad que ya fueron resueltos por jueces inferiores*<sup>5</sup>.

la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus Tribunales de Casación, al definir los parámetros para analizar el recurso de casación, ha determinado que obligatoriamente se debe precisar la **sentencia** de la cual se recurre; igualmente, establecer una **norma jurídica puntual** que el casacionista crea que ha sido vulnerada en la sentencia impugnada; así también, en atención al principio de taxatividad, el recurrente está en la obligación de señalar una **causal específica** de las previstas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, sobre la cual se deberá pronunciar el Tribunal de Casación, recordando que estas son la contravención expresa del texto de la ley, la indebida aplicación de la misma, o su errónea interpretación, y que no es factible plantear más de un cargo casacional por cada norma que se estima vulnerada.

Finalmente, se requiere del recurrente, que en la fundamentación de su recurso, realice una correcta **argumentación jurídica** que dote de sustento a su pretensión, a cuyo respecto, la Sala ha manifestado:

*<sup>a</sup> Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada*<sup>6</sup>.

---

5 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 001-13-SEP-CC, de 06 de febrero del 2013. Caso N° 1647-11-EP.

6 Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro del caso No. 001-2016.

**2.4.3** De lo expuesto se concluye, que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita, a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si en ella se ha violado la ley, por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal, que para el presente caso es el Código de Procedimiento Penal y no otra ley, recordando que dichas causales o cargos casacionales son: contravención expresa de la ley, indebida aplicación de la ley, o errónea interpretación de la misma. Es respecto a estos errores <sup>a</sup> *in iudicando*<sup>o</sup>, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación.

Además, debe precisarse que en sede de casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba; de ahí que, toda alegación que no se subsuma dentro de los parámetros legales que rigen el recurso de casación, resulta improcedente, por no ser conducente a demostrar la violación de la ley en la sentencia objetada.

## **2.5. DISQUISICIONES JURÍDICAS A CONSIDERARSE EN LA PRESENTE SENTENCIA:**

**2.5.1** Los cargos casacionales previstos en la ley, son autónomos, independientes y excluyentes entre sí, por lo que una alegación de violación a la ley por más de una de las causales constantes en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal sobre una misma norma de derecho, torna el recurso en improcedente.

**2.5.2** La falta de una correcta argumentación jurídica en la fundamentación del recurso de casación, que guíe al Tribunal de Casación en su objeto de análisis, conlleva la improcedencia del recurso.

**2.5.3** El artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, faculta al Tribunal de Casación, analizar la sentencia impugnada en su totalidad, y determinar si existen yerros de derecho, a pesar de que el recurrente no hubiere fundamentado su recurso en forma debida.

## **2.6. DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO:**

**2.6.1** El casacionista Nelson Alex Chuji Uwijint, a través de la defensa técnica, en la fundamentación de su recurso se ha referido en varias ocasiones a la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago, la que no es objeto de estudio del Tribunal de Casación, pues conforme la normativa aplicable al caso, la sentencia impugnada por esta vía, es aquella que no tiene a su favor otro medio de impugnación y con la cual se ha dado cumplimiento al requerimiento de la doble instancia, vale decir la dictada por el tribunal de apelación, esto es para el presente caso la emitida por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, el día viernes 01 de julio de 2016, a las 15h36.

**2.6.2** Dentro de las alegaciones, el recurrente incurre en un error en la fundamentación, al señalar al mismo tiempo, que la sentencia viola la ley por contravención expresa, indebida aplicación, y pidiendo además que se analice la errónea interpretación, sin tomar en consideración que las modalidades de casación a las que se refiere y que se encuentran previstas en la ley, son autónomas, independientes y sobre todo excluyentes entre sí, por lo que de ser alegadas, deben encontrarse relacionadas cada causal con una norma jurídica específica, ya que si se acusa de más de un cargo casacional respecto a una misma norma, se incurre en una fundamentación promiscua, conforme así lo ha señalado esta Sala de la Corte Nacional de Justicia en algunos de sus fallos, pues existiría contradicción en lo alegado, tomando en cuenta que la contravención expresa, es un yerro de omisión, al no aplicar al caso la norma que corresponde al mismo, la indebida aplicación por el contrario es el uso de un artículo de la ley que no es el que compete a los hechos, y por fin, la errónea interpretación consiste en aplicar el precepto jurídico que efectivamente atañe al caso, pero dándole un alcance o sentido distinto al que en realidad tiene; consecuentemente, no pueden subsistir dos errores in iure de los mencionados, respecto a la misma norma jurídica, lo que conduce a la improcedencia del recurso.

**2.6.3** Continuando con el análisis de la fundamentación del recurso de casación planteado por el ciudadano Nelson Chuji Uwijint, desde el punto de vista del tecnicismo que debe cumplir el impugnante, se observa que ha hecho referencia a varias normas legales y constitucionales, sin realizar la debida argumentación jurídica en los términos explicados en el considerando 2.4.2 de la presente sentencia, es decir no se ha ilustrado a este Tribunal sobre la trascendencia del yerro de derecho, la parte específica de la sentencia en donde se encuentra el error in iudicando, la influencia de la

violación a la ley en la parte dispositiva de la sentencia que se cuestiona; es decir, no se ha efectuado una debida fundamentación, conforme al tecnicismo que el recurso requiere, dando como consecuencia que el recurso sea improcedente por falta de fundamentación.

**2.6.4** A pesar de lo expresado en los numerales anteriores, el Código de Procedimiento Penal aplicable al presente caso, obliga al Tribunal de Casación, conforme su artículo 358, a efectuar una revisión in íntegrum de la sentencia impugnada, a fin de establecer si existen o no yerros de derecho, aunque la fundamentación efectuada por el recurrente sea incorrecta o equivocada, y de ser el caso, casar la sentencia ex officio.

Al respecto, se ha tomado en consideración los diferentes temas propuestos por la defensa técnica del casacionista Chuji Uwijint, los cuales conforme se indicó, no fueron expuestos siguiendo los requerimientos técnicos del recurso, y que en forma concreta son los siguientes:

i) Cuestiona el recurrente la intervención en el proceso, de la Contraloría General del Estado, en especial en cuanto a que la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, reforma la sentencia dictada por el tribunal a-quo en virtud del recurso de apelación interpuesto por la referida institución, considerando que existiría una vulneración del artículo 31.13 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, claro está, con la equivocación en la fundamentación que se explicó ut supra, puesto que primeramente se habla de una errónea interpretación, y con posterioridad, de contravención.

Para justificar su alegación, el señor Nelson Chuji Uwijint hace referencia a la resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia, entendiéndola que es la publicada en el Registro Oficial N° 221 del 28 de noviembre de 2007, y a los artículos 65, 68, 70 y 74, así también entendiéndola que pertenecen al Código de Procedimiento Penal, que establece los sujetos procesales en el juicio penal.

Al respecto, las normas mencionadas por el casacionista prevén:

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, artículo 31, funciones y atribuciones de la Contraloría General del Estado: <sup>a</sup> **13.** *Decidir la intervención como parte en los juicios civiles, penales, contencioso administrativos y otros relacionados con el manejo de los recursos públicos que son objeto de control. La intervención del Contralor General no exime la responsabilidad del funcionario a quien las leyes confieran la representación correspondiente°.*

Resolución N° 52 de la Corte Suprema de Justicia, de 24 de octubre de 2007: <sup>a</sup> **Art. 1.-** *Se tendrá como parte procesal a la Contraloría General del Estado en las causas penales relacionadas con el manejo de los recursos sometidos a su control, en las que dicha Entidad manifieste por escrito su decisión de intervenir en esa calidad, a efectos de cumplir con el deber impuesto por el inciso primero del artículo 212 de la Constitución Política de la República, que obliga al indicado Organismo de Control a hacer el seguimiento permanente y oportuno, para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles, y hacer efectiva la potestad enunciada en el numeral 13 del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Todo ello, sin perjuicio de su derecho a participar o no como acusadora particular, por intermedio de quien legalmente la represente, y de lo señalado en el Art. 351 del Código de Procedimiento Penal respecto del recurso de casación.- (1/4)°.*

Código de Procedimiento Penal, Título III <sup>a</sup> **LOS SUJETOS PROCESALES°** :

<sup>a</sup> **Art. 65.- Funciones.-** *Corresponde a la fiscal o el fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública.*

*Además la fiscal o el fiscal intervendrá como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública.*

*No tendrá participación en los juicios de acción privada.*

*Es obligación de la fiscal o el fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para*

*descargo del imputado°.*

<sup>a</sup> **Art. 68.- Ofendido.-** *Se considera ofendido: (1/4)°.*

<sup>a</sup> **Art. 70.- Denominación y derechos.-** *Se denomina imputado la persona a quien el Fiscal atribuya participación en un acto punible como autor, cómplice o encubridor; y, acusado, la persona contra la cual se ha dictado auto de llamamiento a juicio o en contra de la cual se ha presentado una querrela.*

*El imputado y el acusado tienen los derechos y garantías previstos en la Constitución y demás leyes del país, desde la etapa preprocesal hasta la finalización del proceso°.*

<sup>a</sup> **Art. 74.- Defensoría Pública Nacional.-** *La Defensoría Pública Nacional tendrá su sede en la Capital de la República y competencia en todo el territorio del país; y, se encargará del patrocinio de los imputados que no hayan designado defensor°.*

Como queda claramente establecido, la Contraloría General del Estado, aunque no comparezca a juicio en calidad de acusador particular como ofendido, es decir sin ser uno de los sujetos procesales previstos en la ley (Ministerio Público, ofendido, imputado, o Defensor Público), tiene dentro de sus atribuciones la de intervenir en los procesos que tengan relación con los recursos públicos como ocurre en el presente caso, y en atención a la resolución N° 52 de la Corte Suprema de Justicia a la que ha hecho referencia el procesado, la Contraloría General del Estado a través de su representante, a más de mantener una actuación activa dentro del proceso, ha manifestado en forma escrita la decisión de intervenir en el juicio, conforme consta a fojas 37 del expediente de primera instancia, y en ejercicio de la facultad y decisión de actuar en la causa, ha interpuesto recurso de apelación de la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago, en virtud del cual la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, reforma la sentencia del a-quo, y declara la existencia del delito de peculado y la responsabilidad de los procesados; consecuentemente, en el caso que nos ocupa se ha respetado y observado lo previsto en el artículo 31.13 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, sin que exista violación alguna sobre esta norma que deba ser

declarada, al igual que se ha cumplido con el contenido de la resolución N° 52 de la Corte Suprema de Justicia que ha sido referida, y la actuación de la Contraloría General del Estado en nada afecta a las disposiciones atinentes a los sujetos procesales. En tal virtud, respecto al tema analizado, no existe error in iudicando que declarar.

ii) Otro tema que ha sido cuestionado por el recurrente, es el correspondiente al tipo penal determinado por el tribunal ad-quem, del que manifiesta que no existiría una correcta aplicación; sin embargo, del análisis de la sentencia impugnada para este Juzgador de Casación se desprende claramente que en forma correcta el tribunal de apelación, en base a los hechos y prueba valorada, ha determinado que los mismos se han subsumido en el tipo penal peculado, previsto en el artículo 257 del Código Penal; así, señala la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago:

*<sup>a</sup>(1/4) Con la prueba actuada durante la audiencia de juzgamiento se ha demostrado la materialidad de la infracción por cuanto el delito de peculado es un delito que se comete en contra de la administración pública, cuyo verbo rector es el abusar, se ha cumplido con los elementos constitutivos del delito de peculado, esto es que el acto debe ser ejecutado por un servidor público, en la especie los procesados son servidores públicos; de fojas 298 de los autos consta el Contrato de Prestación de Servicios a Prueba de fecha 16 de enero del 2006 en la cual los representantes legales del GAD Municipal de Tiwintza contratan al señor Byron Ademar Shakay (Sic) Cacepa, para que desempeñe el cargo de Contador; contrato que en la cláusula segunda se determina el objeto del mismo, las funciones se encuentran estipuladas en el Manual de Funciones de la Institución. Además singularizadamente realizará los siguientes; Registro de cuentas en general; Registro de Bancos; Registro de cuentas relacionadas con el SRI; e, (Sic) Imprimir todos los cheques para efectuar los pagos correspondientes; A fojas 300 de los autos del cuaderno de primer nivel consta la Acción de Personal No. 006 de 10/01/05, en el cual se nombra al Telg. Chuji Uwijint Nelson Alex, Categoría 04, con nivel profesional C y en el cargo de Técnico de Unidad Municipal de Desarrollo Sustentable; y, a fojas 360 del proceso consta la Acción de Personal No. 004 de 2 de enero del 2007, en donde se le nombra a Unup Saant Efrén en el cargo de Nivel no profesional grado 5 y con el cargo de Prosecretario del Gobierno Autónomo del Cantón Tiwintza. Que hubieren abusado de los dineros públicos, del informe de la Contraloría General del Estado No. DR2DPMS-0045-2010, de 04 de mayo del 2010, con las certificaciones del Banco Nacional de Fomento sobre los cheques cobrados por: Efrén Unup Saant: No. de cheque 006954, fecha de emisión 2007-08-28, fecha de cobro*

2007-08-30, por el valor de USD. \$. 2,000.00; No. de cheque 007730, fecha de emisión 2007-10-10, fecha de cobro 2007-10-15, por el valor de USD. \$. 4,000.00; No. de cheque 008074, fecha de emisión 2007-10-19, fecha de cobro 2007-11-07, por el valor de USD. \$. 6,000.00; No. de cheque 008327, fecha de emisión 2007-11-27, fecha de cobro 2007-12-03, por el valor de USD. \$. 4,000.00; No. de cheque 008329, fecha de emisión 2007-12-05, fecha de cobro 2007-12-14, por el valor de USD. \$. 3,000.00; No. de cheque 008330, fecha de emisión 2007-12-31, fecha de cobro 2008-01-10, por el valor de USD. \$. 7,000.00; y, Nelson Alex Chujhi Uwijint, No. de cheque 008328, fecha de emisión 2007-11-29, fecha de cobro 2007-12-07, por el valor de USD. \$. 1,500.00; elevándose a un total de USD. \$. 27,500.00. Con esta clarificación pasamos analizar la prueba actuada en la audiencia de juzgamiento, así tenemos en informe emitido por la Contraloría General del Estado No. DR2DPMS-0045-2010, de 4 de mayo de 2010, constante de los folios 270-278 de los autos e introducido dentro de la audiencia de juzgamiento el examen especial a la gestión presupuestaria y al cumplimiento de objetivos y metas; así como las denuncias presentadas en el Ministerio Público de la Municipalidad de Tiwintza, por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, en donde se analizaron desembolsos efectuados con cheques girados en contra de la cuenta corriente 0770004356 del Banco Nacional de Fomento, sucursal Méndez; durante ese periodo se detectaron operaciones relacionadas con la entrega de cheques por parte del señor Byron Ademar Shakay Cacepa, Jefe de Contabilidad de la Municipalidad de Tiwintza, a los señores Efrén Unup Saant; Prosecretario de la Alcaldía y Nelson Alex Chuji Uwijint, Técnico de la Unidad Municipal de Desarrollo Sustentable, (1/4); elevándose a un total de USD. \$. 27,500.00, que ha sido elevado a categoría de prueba con los testimonios rendidos por los auditores de la Contraloría General del Estado señores: Carlos Fabián Ortega González, Rommel Marcelo Dávalos Aguirre, Gianina Maribel Merino López; quienes manifiestan que el examen se realizó como parte de un examen especial a la gestión presupuestaria y cumplimiento de objetivos de la Municipalidad de Tiwintza, por denuncia presentada por la Municipalidad en la Fiscalía y que se ha realizado la auditoría entre el periodo 1 de junio de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, que se analizaron los desembolsos efectuados por cheques girados en contra de la cuenta corriente 0770004356 del Banco Nacional de Fomento sucursal Méndez, en base al plan de actividades de la Dirección Regional, se han analizado los documentos de soporte, se detectó operaciones relacionadas con cheques por parte del señor Contador Byron Shakay y dos funcionarios más, ascendiendo el valor de esos cheques a 27.500 dólares; que han pedido al Banco Nacional de Fomento de Macas y Méndez que nos den las copias del anverso y del reverso de los cheques, por eso tenemos las fechas de cobro de los cheques y los beneficiarios, trabajos realizados con los

*servidores del área financiera y de contabilidad del Municipio, esos datos se juntaron y el Contador presenta esos documentos a la Municipalidad, suplantando documentos y los funcionarios del área financiera indicaban que estaban alterados, con los números de cheques el beneficiario se daba un asiento contable por otro documento; que la auditora Gianina Maribel Merino López, refiere que cuando iban hacer la conciliación bancaria salían realmente como que se habrían cobrado en el Banco ese dinero, pero al solicitar al Banco de Fomento, los cheques materia de la verificación la sorpresa era que los cheques decían Efrén Unup y eran cobrados por Efrén Unup y la contabilidad decía Jhony López, en esa forma se han cobrado algunos cheques, que la cuestión era que había cheques firmados en blanco por el alcalde y Tesorera, que habían sido firmados por la dificultad de llegar a Tiwintza, en ese entonces se hacía ocho horas de viaje ya que estaban construyendo la vía; lo que hacía el Contador señor Byron Shakay, como él era el encargado de la contabilidad él mismo sacaba nuevamente los comprobantes, después nuevamente los modificaba y los alteraba, era la persona que también tenía a cargo los cheques firmados por la Tesorera; la conclusión fue de que se cobraron cheques a favor del señor Efrén Unup, por más de treinta mil dólares aproximadamente y el señor Chuji por mil quinientos dólares, alterando el sistema contable de la institución por parte del contador Byron Ademar Shakay Cacepa, quien tenía las claves para manejar el sistema; que el señor Nelson Alex Chuji Uwijint, cobró el cheque y después él mismo reconoció el acto devolvió el dinero; se demuestra que abusaron de fondos públicos; y que estuvieron en virtud de su cargo, pues los cheques en blanco firmados los tenía Byron Ademar Shakay Cacepa, en cumplimiento del Manual de Funciones de la Institución y por la cláusula segunda del Contrato de Prestación de Servicios a Prueba, que determina meridianamente que la impresión de todos los cheques para efectuar pagos correspondientes estaba a cargo del Contador que en este proceso es el procesado Byron Ademar Shakay Cacepa, quien giró los cheques, adulteró los asientos contables y no cumplió con la confianza depositada por los personeros municipales, contraviniendo la cláusula tercera en donde tenía la obligación de desempeñar sus funciones con eficiencia y responsabilidad, sujetándose a las disposiciones impartidas por superiores jerárquicos, inobservando las normas legales y reglamentarias, con el juramento de lealtad al Estado; que en este caso no lo ha hecho, beneficiando con los recursos públicos a otros dos funcionarios municipales Efrén Unup Saant, Prosecretario de la Alcaldía y Nelson Alex Chuji Uwijint, Técnico de la Unidad Municipal de Desarrollo Sustentable; constituyendo disposición arbitraria de fondos públicos o cualquier otra forma semejante, quienes han cobrado dichos cheques en su beneficio; con lo que se prueba la materialidad de la infracción°.*

Sin embargo, el cuestionamiento de la defensa técnica del señor Nelson Chuji Uwijint, no se concreta en cuanto a si se ha comprobado o no la existencia del delito peculado, sino a otras situaciones como la analizada en el numeral anterior, o a una supuesta vulneración del principio no reformatio in pejus, sobre el cual se estudiará más adelante; pero en este punto, lo que acusa el procesado es que la figura delictiva de peculado, requiere que la persona se encuentre encargada de un servicio público, y que exista abuso de dineros públicos que se hallen bajo su poder, en virtud de su cargo o función; más, señala que en el presente caso su puesto es de Técnico de la Unidad Municipal de Desarrollo Sustentable, fuera del tema administrativo, por tanto se encuentra totalmente alejado del hecho imputado.

Al respecto, es necesario recordar al impugnante Nelson Alex Chuji Uwijint, que la normativa constitucional es concreta sobre este tema, tanto en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998<sup>7</sup>, que se encontraba vigente al momento de los hechos que se juzgan, cuanto en la Constitución de la República del Ecuador de 2008 en actual vigencia<sup>8</sup>, cuando se establece que el delito de peculado, entre otros, a más de ser imprescriptibles en cuanto a la acción y la pena, e inclusive los procesos continúan su tramitación aunque los procesados se encuentren ausentes, es atribuible a todos los partícipes, aunque no tengan las calidades requeridas en el tipo penal; es decir, basta con el hecho de que alguno de los procesados sí cumpla con los requerimientos del tipo en cuanto a las calidades que debe observar el sujeto activo para que se configure el delito, siendo también responsables, de acuerdo a su grado de participación, aquellos que no los cumplan pero que hayan intervenido en el cometimiento de la infracción de peculado, como ocurre en el presente caso con el casacionista. En tal virtud, de la sentencia de marras se desprende que el juzgador de instancia ha procedido conforme a la normativa constitucional y legal aplicable al caso, por lo que no procede casación alguna al respecto.

**iii)** Como parte del análisis efectuado por este Tribunal de Casación, en virtud de las alegaciones efectuadas por el procesado Nelson Chuji Uwijint, se encuentra la reclamación en cuanto a la aplicación de atenuantes; a decir de la defensa técnica del recurrente, en la sentencia impugnada se impone a todos los procesados la pena de cuatro años, haciendo referencia de las atenuantes a su favor, en especial la de haber devuelto el valor de mil quinientos dólares que se ha establecido fueron cobrados por él; considera que esta atenuante no ha sido tomada en cuenta para la rebaja de la pena, y

---

<sup>7</sup> Constitución Política de la República del Ecuador (1998), artículo 121.

<sup>8</sup> Constitución de la República del Ecuador (2008), artículo 233.

que no se podía dar la misma pena para todos los procesados, puesto que de autos aparece que al momento de la denuncia, <sup>a</sup> *ya había incorporado el cheque y hasta liquidado los intereses del dinero que estuvo indebidamente en su poder*°.

Sobre esta alegación es necesario remitirse a lo que señala el Código Penal respecto a la aplicación de atenuantes, las mismas que se encuentran descritas taxativamente en el artículo 29 *ibídem*, en doce numerales; así, señala este cuerpo legal en su artículo 72:

*<sup>a</sup> Cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de la siguiente manera: (1/4)*

*La reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años se sustituirá con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años. (1/4)°.*

En base a esta norma prevista en la ley aplicable al caso, para su aplicación se requiere la existencia de al menos dos atenuantes de las previstas y, ausencia total de agravantes, lo cual, según se desprende de la sentencia de apelación, es lo que ha operado en el presente caso, para los tres procesados; pero además, de darse las circunstancias indicadas, la pena que corresponde aplicar al tribunal, va de cuatro a ocho años de reclusión mayor ordinaria, y la que ha sido impuesta, tanto al impugnante cuanto a los restantes procesados, es la mínima posible, esto es cuatro años, de donde resulta inentendible la pretensión del procesado Chuji Uwijint, puesto que conforme a la norma analizada, no se puede aplicar una pena menor, existiendo diferencias, eso sí, entre las condenas impuestas al casacionista y los restantes procesados, en cuanto al pago de costas, daños y perjuicios. Consecuentemente, la aplicación de la ley efectuada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, en cuanto a las atenuantes existentes en el proceso, se encuentra enmarcada en la ley, sin que se evidencie errores en iudicando al respecto que declarar.

**iv)** Como último tema tratado por el impugnante Nelson Chuji, se encuentra el atinente a la vulneración del principio non reformatio in pejus. Al respecto alega el recurrente, que el tribunal ad-quem habría empeorado su situación jurídica a pesar de que el superior no puede empeorar la

situación jurídica de la persona que interpone el recurso, y él apeló de la sentencia del tribunal a-quo, que le imponía una pena de seis meses de prisión, para ante la Corte Provincial de Justicia que estableció en su contra una pena de cuatro años, atentando así en contra de los artículos 77.14 y 66.5 de la Constitución de la República, y 4 del Código Penal.

La impugnación es un acto procesal que permite, a la parte que se considera perjudicada con una decisión judicial, acudir ante un órgano jurisdiccional superior, o ante el mismo juzgador, a fin de que reforme o revoque la sentencia impugnada; por lo tanto, la finalidad de los recursos es justamente que la decisión contenida en el fallo sea cambiada por otra más favorable para quien recurre, y en consecuencia cualquiera de las partes procesales que plantea un recurso, tiene a su haber la posibilidad de que esto suceda. Señala Devis Echandía:

*<sup>a</sup> La revocabilidad es un remedio jurídico contra la injusticia de la resolución del juez, al paso que la nulidad lo es en contra de su invalidez. La impugnación es el género, el recurso es la especie. La revocación procede no sólo cuando el juez aplica indebidamente la ley o deja de aplicarla, sino también cuando se dejan de cumplir las formalidades procesales, si se recurre en tiempo; (1/4)*

*Por recurso se entiende la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias (1/4) para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la revise, con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento (in iudicando o in procedendo) que en ella se hayan cometido. (...)*

*En principio todas las personas que figuran en el proceso como partes tienen el derecho de recurrir contra las providencias del juez. Pero como el recurso es un medio para obtener la corrección de los errores del juez que perjudican al recurrente, de una determinada providencia, sólo pueden recurrir quienes reciben con ella un perjuicio<sup>9</sup> (Las negrillas nos pertenecen).*

---

<sup>9</sup> Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso Penal, Editorial Universidad, Buenos Aires-Argentina, 2002, pp. 505-506.

En cuanto a la correcta aplicación del principio non reformatio in pejus, existen varios pronunciamientos, en el sentido de que un juzgador que conoce un proceso en virtud de un recurso previsto en la ley, no puede empeorar la situación del procesado, pero siempre y cuando sea el único recurrente, tomando para ello en consideración, la finalidad de los medios de impugnación referida en los párrafos que anteceden; pero, para una mejor ilustración sobre la aplicación de este principio, es necesario tomar en consideración lo expresado por la Corte Constitucional del Ecuador, sobre estos temas, como en el siguiente caso:

***<sup>a</sup> ¿Existe el principio non reformatio in peius, cuando recurren todas las partes procesales?***

*Los legitimados activos, entre los fundamentos de su acción extraordinaria de protección, esgrimen el hecho de que la sentencia recurrida y que fue pronunciada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, ha agravado su situación jurídica, pues el Segundo Tribunal Penal de Chimborazo los sentenció a dos meses de prisión correccional; sin embargo, luego de haber interpuesto el recurso de casación, la Corte Nacional procedió a sentenciarlos a la pena de un año un día, es decir, se agravó su pena.*

*La Corte Constitucional observa que la imposición de la pena en incremento de la sancionada por el Juez de instancia se produce como fruto de la aceptación parcial del recurso de casación interpuesto por la acusadora particular, parte procesal que también interpuso dicho recurso.*

*Este hecho, de la existencia del recurso de casación interpuesto por las partes, de manera indistinta, y que conlleva que rechazándose el uno y aceptándose parcialmente el otro se sancione con una pena mayor a la establecida por el Juez a quo, será entendida como una violación al principio reformatio in peius, como lo sostienen los legitimados activos.*

*Al respecto, es necesario formular las siguientes consideraciones*

*El artículo 77, numeral 14 de la Constitución de la República, manifiesta:*

*En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:*

*14.- Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre*

*Esta disposición recoge el doctrinario principio de la institución reformatio in Prius, pero ¿el alcance de esta disposición, subsistirá de la misma forma cuando los recurrentes sean las partes procesales de manera indistinta?*

*Martín Minardi, al hablar de esta institución, manifestaba la prohibición de la reformatio in peius significa que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando sólo ha recurrido el acusado, su representante legal o la fiscalía a su favor*

*Eduardo Couture, en su obra Fundamentos del derecho Procesal Civil, ha definido la misma señalando que: Consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario*

*El Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, vigente a la fecha de inicio del proceso y de interposición del recurso de Casación, en su artículo 328, manifiesta:*

*Ningún Tribunal Superior podrá empeorar la situación jurídica del acusado, si fuere el único recurrente*

*Luego de las reformas efectuadas al Código Adjetivo Penal, de marzo del 2009, el artículo 328 establece:*

*©Al resolverse cualquier recurso, no se podrá empeorar la situación jurídica del recurrente©*

*De la lectura de las disposiciones, y siguiendo la norma de interpretación restrictiva que debe darse en materia penal, claramente se desprende que cuando son las partes las que han recurrido en forma indistinta el Juez a quem, dentro de la aplicación del principio de Tutela Judicial Efectiva, puede reformar la situación jurídica procesal, lo que deberá entenderse que no constituye una violación a la institución non reformatio in peius, pues ha ocurrido que ante el Superior existe una confrontación de tesis y es sobre esa base que el Tribunal de Alzada va a resolver y aceptar el recurso de una de las partes y por ende desechar el otro al instante de resolver.*

*No permitir esta actuación procesal del Tribunal Superior, cuando existe el recurso indistinto de las partes, atentaría contra el principio de igualdad formal y material, y atentaría contra la tutela judicial efectiva, pues se desprotegería a uno de los recurrentes, motivo por el que la actual disposición adjetiva penal es clara al determinar que no se puede empeorar la situación del recurrente.*

*En este orden de cosas se evidencia que la actuación de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, al instante en que, aceptando parcialmente el recurso de casación de la acusadora particular de los hoy legitimados activos, reformó la sentencia y los condenó a un año y un día de prisión por sobre los dos meses impuestos por el Juez de instancia, no constituye un atentado a la institución del reformatio in Prius y, por lo tanto, no contradice la norma constitucional del artículo 77, numeral 14 de la Constitución de la República°.*

Cabe recalcar que siguiendo esta misma línea de pensamiento, la Corte Nacional de Justicia a través de sus diferentes tribunales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y

Tránsito<sup>10</sup>, ha realizado pronunciamientos específicos en cuanto a que este juzgador no puede empeorar la situación jurídica de quien recurre, pero con la condicionante de que sea el único recurrente, respetando así los derechos de las otras partes que indistintamente interponen sus medios de impugnación; y, concretamente en el presente caso, el Tribunal de Casación observa que el ciudadano Nelson Chuji Uwijint, no es el único recurrente vía apelación, sino también Fiscalía y Contraloría General del Estado, e inclusive el Municipio de Tiwintza a través de la GAD Municipal, aunque su recurso fue rechazado por no haber presentado acusación particular, no así el de Contraloría General del Estado, que dio lugar a que la sentencia sea reformada en detrimento de las pretensiones de los procesados, con los derechos que la ley le confiere conforme se explicó en el apartado i) del presente considerando 2.6.4., por lo que, al no ser el procesado el único recurrente, no se vulnera el principio constitucional non reformatio in pejus, recalcando que en conformidad con el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial que prevé que *“La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. (1/4)°*, el tribunal ad-quem tenía la obligación de subsumir correctamente los hechos al derecho, como en efecto así lo ha hecho.

### 3. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de manera unánime este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado NELSON ALEX CHUJI UWIJINT, al no haber justificado con su alegación los yerros de derecho alegados, ni haberse determinado la existencia de errores in iure que deban ser declarados ex officio.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

DRA. SYLVIA XIMENA SANCHEZ INSUASTI

---

10 Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Juicio Penales Nos. 1120-2014, 0055-2013, 0083-2014, entre otros.

**JUEZA NACIONAL (PONENTE)**

**DR. MIGUEL JURADO FABARA**

**JUEZ NACIONAL**

**DR. EDGAR FLORES MIER**

**JUEZ NACIONAL**