



Juicio No. 17282-2017-03260

**JUEZ PONENTE: DRA. DANIELLA CAMACHO HEROLD, JUEZA NACIONAL**

**(PONENTE)**

**AUTOR/A: DRA. DANIELLA CAMACHO HEROLD**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, viernes 22 de enero del 2021, las 09h28. **VISTOS:**

## **I. ANTECEDENTES**

### **1.1 Antecedentes procesales.**

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Quito, con fecha 30 de octubre de 2018, las 10h26, dicta sentencia condenatoria en contra de María Paola Alvear Castro y Daniel Eduardo Borja Suárez, por considerarlos autores directos del delito de captación ilegal de dinero, tipificado y sancionado en el artículo 323 COIP, con la concurrencia de la circunstancia agravante constante en el artículo 47.5 *ibídem*, por lo cual se les impone la pena privativa de libertad de nueve años cuatro meses, y multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general. De esta decisión, los procesados interponen sendos recursos de apelación.

La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fecha 28 de junio de 2019, las 17h10, aceptó los medios de impugnación propuestos, revocó el fallo subido en grado, y ratificó el estado constitucional de inocencia de los acusados.

De esta decisión, el abogado Eduardo Estrella Vaca, Fiscal de Pichincha, planteó oportunamente recurso de casación, mismo que se ha visto sometido al tamiz de la admisibilidad.

### **1.2.- Hechos acusados y hechos probados**

Según la sentencia del *a-quo*, los hechos acusados a los procesados son:

<sup>a</sup>(¼) **4. ALEGATOS DE APERTURA 4.1. HECHOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS PRESENTADOS POR FISCALÍA.** (¼) hechos suscitados en la ciudad de Quito, que las operaciones se han iniciado desde el año 2012 de manera continuada en una institución ubicada en la Av. De los Shyris 36-120 y Naciones Unidas. Edificio Allure Park, piso 12, oficina 12ã sitio donde funcionaba una

Institución financiera con inversión extranjera denominada South American International Bank of Curazao, más conocido como SAI BANK, cuyo banco estaba domiciliado en Curazao y tenía por finalidad desarrollar, promocionar y buscar clientes para pólizas de inversión a plazo fijo, apertura de cuentas de ahorros y corrientes, sin contar con la respectiva autorización establecida para las entidades financieras, que otorga la Superintendencia de Bancos, la cual regula a las instituciones del sector bancario; que tampoco tenía permiso del S.R.I ya que no registra inscripción de persona jurídica y que la misma estaría constituida fuera del territorio nacional; que no contaba con el permiso de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, ya que para que dicho banco pueda operar, necesitaba registrarse adecuadamente, situación que ha sido corroborada por la Unidad de Análisis Financiero ± UAFE, la que indica que SAI BANK es una institución financiera extranjera con origen en Curazao; que para la realización de las actividades económicas, contaban con la participación de los hoy procesados, en el caso de Daniel Borja Suárez, su función ha sido el de ubicar clientes para que hagan pólizas de inversión a plazo fijo, así como la apertura de cuentas de ahorros y corrientes, ya que de esta forma se captaba dinero de manera ilegal: que el rol de Paola Alvear Castro, era la de Gerente General de SAI BANK, quien con el poder otorgado por Luis Santini, realizaba la apertura de cuentas de ahorros y corrientes, así como la emisión de cheques de gerencia y de emergencia de varios de sus clientes, que esta actividad lo ha venido realizando de manera clandestina, lo cual ha permitido captar ilegalmente a SAI BANK y registrar en el sistema financiera de manera continuada, una cantidad de \$ 153060.436 dólares, desde enero 2012 hasta el 2017, fecha en la que ha sido detectada, a través de la cuenta No. 01010000083 que mantenía en el Banco Capital del Ecuador, que así mismo registraba egresos por \$ 146423.877 dólares, siendo en su mayoría transferencias realizadas; que Fiscalía ha llegado a conocimiento de este caso, a raíz de la investigación a Odebrecht, en donde ha tenido conocimiento que SAI BANK funcionaba como entidad financiera sin la autorización necesaria, y éste habría permitido que los intermediarios tengan la facilidad de disponer en el Ecuador, sin levantar alertas del dinero ilícito; (1/4)° [Sic]

El Tribunal *ad quem*, luego de la valoración probatoria -que es su facultad-, por decisión de mayoría, concluyó:

<sup>a</sup>(1/4) **8.6.-** (1/4) En consecuencia en el presente caso, no se puede condenar a los procesados sin la suficiente prueba relacionada al delito que se investiga y se

desprenda con seguridad-certeza que el hecho ocurrió, pues los Juzgadores tenemos no sólo la gran responsabilidad social sino también la ética jurídica de hacer respetar los principios y mandatos constitucionales (Art. 76.2) y legales. Es así que del estándar probatorio Fiscalía no ha probado los requisitos esenciales en el Art. 323 inc. 1 del COIP; practicada en audiencia de juicio no se evidencia la realización de los elementos constitutivos del tipo penal investigado, razón por la cual la conducta deviene en atípica, por no constituir delito. Al no superar el elemento objetivo del tipo penal, por lo cual resulta innecesario pasar a verificar la existencia del elemento subjetivo esto es el dolo ya que el análisis no supera el primer elemento de la tipificada en las categorías dogmáticas del delito. (1/4 )° [Sic]

### **1.3. Decisión de admisibilidad del recurso.**

En auto de 16 de marzo de 2020, las 10h13, este Tribunal de Casación admitió el recurso de casación propuesto por el abogado Eduardo Estrella Vaca, Fiscal de Pichincha, por los cargos de contravención expresa de los artículos 76.7.1) CRE y 323 COIP.

## **II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **2.1. Competencia**

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito tiene competencia para conocer los recursos de casación en los procesos de ejercicio público y privado de la acción, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En la audiencia de fundamentación del recurso intervinieron la doctora Dilza Muñoz Moreno, Jueza Nacional, y el doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional; y, la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente.

Conocida oportunamente la integración del Tribunal, no se ha impugnado su competencia, ni la de quienes lo integramos.

### **2.2. Validez procesal**

El régimen legal aplicable a la causal es el del COIP, por lo que se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, reservada y de contradicción. El recurso de casación fue tramitado en respeto de las garantías básicas del debido proceso, reconocidas en el artículo 76 CRE, y a los artículos 656 y 657

COIP. No se encuentra omisión de solemnidades sustanciales en la tramitación del recurso de casación que vicien el procedimiento y puedan incidir en el resultado final de esta causa.

En consecuencia, el recurso es válido y así se lo declara.

### **2.3. Alegaciones de los sujetos procesales**

**a. Fundamentación del recurso de casación.-** La doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de la Fiscalía General del Estado, en lo principal expresó:

- Impugna la sentencia dictada en segunda instancia con fecha 28 de junio de 2019, las 17h10.
- El error en la sentencia se encuentra a partir del considerando octavo, e influye en la causa pues se deja en la impunidad el presente delito.
- Con respecto a la contravención expresa del artículo 76.7.1) CRE, afirma que los elementos fácticos contrarrestados con los elementos probatorios no tienen relación jurídica porque se ha realizado una interpretación equivocada del artículo 18 COFJ, al concluir que no hay delito y ratificar la inocencia de los procesados, pues en su lugar debía haber empleado el artículo 323 COIP.
- El fallo carece del requisito de lógica, porque la decisión no se encuentra estructurada de forma sistemática, porque el Tribunal transcribe testimonios practicados en la audiencia de juicio, sin realizar un análisis completo de los elementos probatorios, llegando a una decisión apresurada.
- La sentencia no tiene el requisito de comprensibilidad, porque dice que no se establece que la conducta de los procesados se subsuma al artículo 326 primer inciso COIP, y más adelante dice que la Fiscalía no ha probado los estándares mínimos del artículo 323 inciso primero COIP, por lo que la redacción es incoherente.
- En cuanto a la contravención expresa del artículo 3232 COIP, dice que de los elementos fácticos confrontados con los probatorios, innegablemente se tiene que la conducta de los procesados se adecúa en el artículo 323 COIP, pues se encuentran cumplidos todos los elementos del tipo penal acusado.

- En cumplimiento del principio de trascendencia, refiere que se ha dejado en impunidad un delito que debe ser sancionado con todo el rigor de la ley.
- Solicita se declare procedente el recurso.

**b. Contestación al recurso de casación.-** La procesada no recurrente María Paola Alvear Castro, a través de su abogado patrocinador, doctor Stalin Raza Castañeda, dijo:

- No se hace referencia a cuáles son los hechos que en la apelación se dan como probados y que han sido valorados, mismos que difieren fundamentalmente de los referidos por la delegada de la Fiscalía General del Estado.
- SAI BANK era una empresa que no requería la autorización de entidades de control, porque no realizaba intermediación financiera, sino que se dedicaba al compra de cartera.
- No se reúnen los elementos normativos fundamentales, como son la habitualidad y la masividad.
- La Corte Constitucional ha establecido que se puede hablar de insuficiencia de motivación y de inexistencia de motivación, y la Fiscalía no ha referido en cuál de estos vicios se incurre.
- El error de interpretación del artículo 18 COFJ no fue admitido a trámite.
- El fallo establece claramente que la conducta de los procesados no se adecúa a los elementos objetivos, ni normativos, ni subjetivos del tipo.
- Solicita que se deseche este recurso y se ratifique la sentencia de apelación.

**c. Contestación al recurso de casación.-** El procesado no recurrente Daniel Eduardo Borja Sánchez, por medio de su defensa técnica, ejercida por el doctor Felipe Rodríguez Moreno, respondió:

- El tipo penal establece tres conductas bajo la conjunción copulativa de <sup>a</sup> y <sup>o</sup>, por lo que requiere que se organice, desarrollo y promocióne, verbos rectores al respecto de los cuales el *ad-quem* ha dicho que su ejecución no ha sido probada.

- Además, se establece que no se cumplen con los elementos normativos de habitualidad y masividad, porque al respecto no hay prueba alguna.
- La Fiscalía refiere que los hechos han probado la captación ilegal de dinero, pero no indica a cuáles hechos hace alusión.
- Solicita se rechace el recurso y se ratifique el fallo subido en grado.

**d. Réplica.-** La doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de la Fiscalía General del Estado, en ejercicio de su derecho a la réplica, señaló:

- A ningún momento me he referido a que se vuelva a revisar hechos o a valorar prueba.
- La Corte Constitucional no ha anulado los parámetros de lógica, comprensibilidad y razonabilidad para determinar la motivación.
- No se verifica la pertinencia de normas jurídicas para dar soporte a su decisión.

#### **2.4. Delimitación de la materia del recurso de casación**

Como se explicó en el auto de admisión, el recurso de casación al ser técnico y limitado exige la presentación de cargos encaminándolos en una de las causales de casación previstas en el artículo 656 COIP, sin incurrir en pedidos de valoración de prueba y revisión de hechos prohibidos por el segundo inciso de la misma norma cuya consecuencia es la inadmisión del recurso. De conformidad con el artículo 657.2 COIP, o se convoca a audiencia o se inadmite el recurso en virtud de si se cumple en el pedido del recurso con la prohibición referida. Asimismo, ya en la fundamentación de los cargos admitidos, se puede incurrir también en pedidos de valoración de prueba y revisión de hecho que no se realizaron en la petición inicial, que tienen el mismo efecto, esto es el rechazo de esos reclamos.

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

La doctora Zulema Pachacama Nieto, en su calidad de Fiscal delegada de la Fiscalía General del Estado, ha expuesto y sustentado los cargos de contravención expresa de los artículos 76.7.1) CRE y

323 COIP, al respecto de los cuales corresponde individualizar el análisis de si efectivamente se configuran o no en el fallo objetado.

#### **2.4.1. De la contravención expresa del artículo 76.7.1) CRE.**

En la especie, la recurrente ha manifestado que el fallo carece del requisito de la lógica, pues tras contrarrestar los elementos fácticos con los probatorios, se tiene que no hay relación jurídica, tanto más que existe una interpretación equivocada del artículo 18 COFJ, y porque se transcribe los testimonios practicados en la audiencia de juicio, sin realizar un análisis completo de los elementos probatorios; y, que carece del requisito de comprensibilidad, pues confunde los tipos penales contenidos en el inciso primero del artículo 326 COIP y en el inciso primero del artículo 323 *ibídem*.

Para dar respuesta a este reproche, se tienen dos puntos a desarrollarse:

##### **i) Los parámetros de razonabilidad, comprensibilidad y lógica como herramienta para determinar la motivación de una decisión.**

El reclamo de doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de la Fiscalía General del Estado, fue encaminado a que el fallo incoado no cumple con los estándares de lógica y comprensibilidad, parámetros que en conjunto con la razonabilidad fueron fijados por la ex Corte Constitucional en varias de sus sentencias.

Ahora bien, la ex Corte Constitucional del Ecuador, cesada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de Transición, en la sentencia No. 088-17-SEP-CC, dictada en el caso No. 2040-15-EP, de 29 de marzo de 2017, estableció que es su competencia exclusiva el uso de las herramientas fijadas por su antecesora para la determinación de la debida motivación o no de una decisión judicial dentro de los procesos de garantías jurisdiccionales sometidos a conocimiento de la Corte Constitucional, excluyendo por tanto la aplicación de esos estándares en los procesos de justicia ordinaria, como lo es la presente causa.

Posteriormente, la actual Corte Constitucional del Ecuador, en funciones desde 2018, en sentencia No. 1320-13-EP/20, sobre la motivación estableció:

39. La motivación corresponde entonces a la obligación de las autoridades públicas de **dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones**. No obstante, este requisito constitucional **no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación jurídica**; al contrario, contiene únicamente parámetros mínimos que deben ser cumplidos. En ese sentido, una violación del artículo 76 numeral 7 literal 1)

de la CRE ocurre ante dos posibles escenarios, con iguales efectos: 1. La insuficiencia de motivación, cuando se incumplen alguno de los criterios que nacen de la propia Constitución como son la enunciación de las normas y la explicación de la pertinencia de su aplicación al caso concreto; y 2. La inexistencia de motivación, siendo esta una ausencia completa de argumentación de la decisión. En tal sentido, la inexistencia constituye una insuficiencia radical que impide tener un argumento mínimo necesario para considerar motivada una sentencia. [el énfasis añadido]

Criterio con el cual se establece con claridad que la garantía de motivación,<sup>a</sup> no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación jurídica<sup>o</sup>, con lo que no se puede exigir los estándares de lógica, razonabilidad ni comprensibilidad como requisitos de motivación, que fueron fijados, utilizados y restringidos por sus antecesoras.

Consecuentemente, los parámetros de razonabilidad, comprensibilidad y lógica, actualmente no pueden considerarse más como una herramienta para determinar la motivación de una decisión.

En tal virtud, no se puede evaluar la motivación de una sentencia bajo los estándares de lógica y comprensibilidad como lo solicitó la doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de la Fiscalía General del Estado; no obstante, esto no es motivo suficiente para el rechazo de su medio de impugnación, pues al tratarse de una garantía constitucional del debido proceso que tiene una consecuencia jurídica expresa y directa, reconocida en la CRE, que debe ser aplicada directamente, en respeto a los derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva, por lo que debe ser verificada por este Tribunal de Casación, en el siguiente apartado.

## **ii) La garantía de motivación, desde la Constitución y los tratados e instrumentos internacionales.**

En virtud de los artículos 11.3 y 426 CRE, y, 5 COFJ, es obligación de los jueces aplicar directamente las normas constitucionales; además los derechos consagrados en la CRE son de inmediato cumplimiento y aplicación.

El debido proceso es un derecho consagrado en la Constitución en su artículo 76 y una de sus garantías básicas es la emisión de decisiones motivadas<sup>1</sup>. La garantía de motivación como parte del

---

<sup>1</sup> **Art. 76.-** 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: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

derecho al debido proceso debe aplicarse de forma directa, por lo que todos los órganos jurisdiccionales deben emitir sus resoluciones respetando esta norma; deviene de manera lógica y natural que por la interposición de un recurso, las juezas y jueces a quienes corresponda conocer y resolver el medio de impugnación tienen que cumplir con tal obligación y verificar que la decisión puesta en su conocimiento haya aplicado las normas constitucionales, esto en virtud de la disposición del artículo 76.1 CRE, que ordena: *“Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”*.

La garantía de la motivación constituye una obligación de los jueces en la emisión de sus resoluciones, es fundamental para el respeto y ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales, pues, en palabras de la Corte Constitucional para el periodo de transición, permite conocer <sup>a</sup> el fundamento por el cual se pronunció en determinada forma el juez que resolvió la causa puesta a su conocimiento, la cual debe producirse de manera razonada, atendiendo a las circunstancias particulares del caso y apegada a los preceptos constitucionales y legales<sup>2</sup>.

La obligación de motivar se articula plenamente con el derecho de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, de manera que, las ciudadanas y ciudadanos no queden en indefensión y confíen en el sistema de administración de justicia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 8.1, establece:

#### **<sup>a</sup> Artículo 8. Garantías Judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.<sup>3</sup>

En base a esta norma, sobre la motivación de las sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tristán Donoso vs Panamá* se expresó en los siguientes términos:

<sup>a</sup> 152. En cuanto a lo alegado por los representantes sobre la falta de motivación de la sentencia respecto de la divulgación de la conversación telefónica, la Corte ha señalado que la motivación <sup>3</sup> es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión<sup>4</sup>. **El deber de motivar las resoluciones es una**

---

<sup>2</sup> Ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición, sentencia No. 048-11-SEP-CC, de 08 de diciembre del 2011, en el caso No. 1252-10-EP.

**garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra,** y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática<sup>135</sup>.

153. **El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias**<sup>136</sup>. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, **en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores.** Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso<sup>137</sup>.

154. La Corte ha precisado que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, si no que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha<sup>138</sup>.<sup>o 3</sup> (El énfasis nos corresponde)

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación es una de las debidas garantías<sup>o</sup> del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para salvaguardar el derecho a un debido proceso. En atención a los deberes convencionales del Estado, es obligación de todas las autoridades públicas, especialmente los órganos jurisdiccionales, aplicar esta garantía, y por la

---

<sup>3</sup> Corte IDH, caso Tristán Donoso vs Panamá, Sentencia de 27 de Enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 152, 153. Las referencias de la cita corresponden a las siguientes:

134 Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107, y Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 77.

135 Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo'), supra nota 134, párr. 77.

136 Cfr. Caso Yatama, supra nota 10, párr. 152; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, supra nota 134, párr. 107, y Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo'), supra nota 134, párr. 78.

137 Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo'), supra nota 134, párr. 78.

138 Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo'), supra nota 134, párr. 90.

interposición de un recurso, velar que haya sido aplicada por parte del juez inferior.

El mandato constitucional del artículo 76.7.1), es expreso y claro:

<sup>a</sup> **Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas.** No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, **resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.** Las servidoras o servidores responsables serán sancionados<sup>o</sup>. (El énfasis nos corresponde)

Disposición, que pese a no requerir desarrollo legislativo para ser aplicada directamente por todos los jueces, está replicada en la ley, con la misma consecuencia jurídica, y por tanto materia propia de la casación.

El COFJ, al desarrollar la norma constitucional, tanto del rol garantista de los jueces como de la garantía constitucional y legal de motivación de las decisiones judiciales, establece:

<sup>a</sup> Art. 4.- PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

[¼ ]<sup>o</sup>

Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- **Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución,** los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

[¼ ]

4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. **Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;**

[¼ ]° (El énfasis nos corresponde)

En materia penal, que es la que nos ocupa, el Código Orgánico Integral Penal, establece la obligación de los jueces de motivar sus sentencias:

**<sup>a</sup> Art. 5.- Principios procesales.-** El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

[¼ ]

**18. Motivación:** la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.º

**<sup>a</sup> Art. 621.- Sentencia.-** Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos.[¼ ]º

Por las normas citadas, los jueces, a efecto de cumplir con su rol primigenio de garantes de derechos, por disposición expresa constitucional, en aplicación directa de normas internacionales de derechos humanos, de la Constitución y de la ley, deben respetar la garantía de la motivación en sus decisiones; y, de mediar un recurso, tienen el deber y la facultad de analizar la sentencia impugnada para determinar si cumple con lo establecido en los artículos 76.7.1) CRE, 130.4 COFJ, y 5.18 y 621 COIP.

Además, estas son normas con estructura de regla, es decir tienen una condición o presupuesto y una consecuencia jurídica expresa, por lo que, aun cuando se niegue el rol garantista de los jueces ordinarios y la aplicación directa de la norma constitucional<sup>4</sup>, el artículo 130.4 COFJ es susceptible de la causal de casación de contravención expresa del texto de la ley, y por tanto es materia propia del recurso de casación.

La consecuencia jurídica de la falta de motivación es la declaratoria de nulidad constitucional de la decisión judicial que adolece de tal vicio. Esta, a su vez, constituye la sanción más grave que se puede imponer al proceso penal, y por su efecto de retrotraer la causa al punto previó a la emisión del acto

<sup>4</sup> Como lo hizo la ex Corte Constitucional en la sentencia No. 088-17-SEP-CC, dictada en el caso No. 2040-15-EP, de 29 de marzo de 2017

judicial nulo, afecta irremediamente a los principios de responsabilidad (Art. 15 COFJ), celeridad y economía procesal (Art. 20 COFJ) y con esto directamente al derecho a ser juzgado en un plazo razonable (Art. 8.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a la debida diligencia como uno de los elementos del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, esta declaratoria únicamente debe emitirse cuando es necesaria para garantizar el debido proceso y los derechos a la defensa de las partes: esto es cuando, en respeto a la legalidad y a la seguridad jurídica, el órgano jurisdiccional no puede enmendar el vicio que la provoca dentro del ejercicio de sus competencias y en sus facultades legales, no existiendo otro medio menos gravoso de garantizar estos derechos.

En otras palabras, si la actuación del órgano jurisdiccional no tiene limitaciones legales para la revisión tanto de los hechos como del derecho, como en el recurso de apelación, no puede declarar la nulidad por falta de motivación sin vulnerar el derecho convencional del procesado a ser juzgado en plazo razonable, pues tiene la facultad legal y la obligación de encontrar y enmendar los vicios en la construcción de la respuesta judicial del inferior.

Por otro lado, en casación penal, existe prohibición legal de valoración de prueba y revisión de hechos (cuestiones fácticas), actividades vedadas al Tribunal, siendo el ámbito de análisis del tribunal únicamente el proceso de intelección y aplicación de las normas (cuestiones de derecho).

Si el vicio de motivación se ha cometido en la construcción del razonamiento judicial en cuanto a la intelección y aplicación de la norma, al estar dentro de sus competencias el error debe ser enmendado por el mismo Tribunal de Casación, sin que se pueda declarar el efecto de la nulidad constitucional.

En casación, solo se puede declarar la nulidad si el vicio de motivación para ser enmendado requiere de un nuevo juicio de valor sobre la prueba o la alteración de los hechos considerados probados, pues no puede ser subsanado al ser actividades vedadas para el Tribunal de Casación (por legalidad y seguridad jurídica), no quedando otra actuación para salvaguardar los derechos a la defensa y al debido proceso que la sanción procesal.

Entonces, de lo razonado se desprenden las siguientes reglas:

1. Los tribunales de apelación siempre deben enmendar los errores de motivación de los inferiores, y no pueden emitir la declaratoria de nulidad constitucional. Si lo hacen, incumplen los principios de responsabilidad y celeridad procesal, y vulneran el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva, a la defensa y al debido proceso.

2. Los Tribunales de casación, solo pueden declarar la nulidad constitucional cuando para enmendar el error de motivación se requiere de un nuevo juicio de valor sobre la prueba o la alteración de los hechos considerados probados, siendo actividades prohibidas en este medio extraordinario de casación. Por lo tanto, en su declaración de nulidad constitucional debe identificarse con claridad cuál es el vicio de motivación y las razones concretas por las que no puede ser enmendado por el Tribunal de Casación, caso contrario, también se incumplen los principios de responsabilidad y celeridad procesal y vulneran el derecho de las partes a ser juzgados en un plazo razonable, a la defensa y al debido proceso.

El artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador establece como una garantía mínima del debido proceso, que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas; para la existencia de motivación, la norma referida establece dos requisitos:

- i. La enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión; y,
- ii. La explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

Lo que concuerda con la sentencia No. 1320-13-EP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador, cuando manifiesta que la garantía de motivación no exige altos estándares de argumentación jurídica.

Por lo tanto, es necesario remitirse a preceptos procedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como normativa nacional respecto a qué debe reunir un fallo para encontrarse motivado. A los que ya se hizo referencia en este mismo apartado.

Bajo estas consideraciones, la argumentación del razonamiento judicial en la sentencia de segunda instancia, debe demostrar simplemente que los argumentos relevantes de las partes procesales han sido debidamente tomados en cuenta, lo que demostraría que han sido oídas y sus peticiones contestadas de manera adecuada según la naturaleza de la decisión. De lo que deriva que, en caso de considerar un argumento irrelevante tiene que establecer por qué se considera como tal y, de manera expresa, las razones por las que tal argumento no influye en la decisión de la causa y no afecta el derecho a la defensa.

Asimismo, la respuesta del órgano de justicia a los argumentos relevantes de las partes debe ser razonada, su construcción debe tener una relación coherente y de fácil comprensión, entre las premisas fijadas por el órgano juzgador desde los puntos propuestos por las partes procesales y la ley, con la conclusión a la que arriba; simplemente para que los sujetos procesales entiendan las razones de la decisión.

En el proceso penal, cuyo fin es determinar la existencia de una infracción y sus responsables, la motivación implica que en la decisión debe constar que se hayan fijado los hechos considerados demostrados fruto de un análisis de la prueba practicada (aceptando o desechando razonadamente los alegatos de las partes procesales) y se hayan enunciado las normas y principios jurídicos que fundamentan la decisión, explicando la pertinencia de su aplicación al caso concreto, de conformidad con el artículo 76.7.1) CRE.

En la causa *sub júdice*, de los argumentos vertidos por la recurrente, consideramos menester analizar si el fallo incoado se encuentra motivado, o si en su efecto adolece de una motivación insuficiente o inexistente. En tal virtud, consideramos pertinente transcribir la parte pertinente de la sentencia dictada en segunda instancia:

<sup>a</sup>OCTAVO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL. 8.3.- Esta sala procedió a escuchar la totalidad del audio de la audiencia de juicio para poder cotejar con la sentencia escrita y, así, valorar la prueba testimonial, así como aquella documental, se ha podido verificar que: Sobre los hechos controvertidos y la actividad de SAI BANK en el Ecuador (2.): Referente al testimonio del Capitán de Policía (1) XAVIER SANTIAGO RAZA VALENCIA (¼) Señala que encontraron 75 pólizas de inversión, sin embargo no particulariza cantidades, plazo ni el beneficiario; que si bien hay 75 pólizas no justifica como era su obligación desglosar cada una de aquellas para sustentar y tener los anexos para que su informe así sea sustentado en audiencia de juicio, dice que existían diferentes documentos de vehículos de Credimetrica, con sus respectivos representantes legales, CPU, Laptos, equipos de comunicación como telefonía celular, tarjetas de presentación de Daniel Borja, como indicios levantaron 9 cartones con documentos; documentos como Credimetrica que entregaba a los diferentes dueños de los vehículos. (¼) también señala que no llegó a conocer la vinculación que nacía de la compra de cartera entre la empresa Credinet y Sai Bank y no revisó si existía un contrato entre Credinet y Sai Bank respecto de compraventa de cartera; y, su investigación data del año 2017, inclusive antes de allanamiento y cuando realizó aquellas investigaciones no tenía bajo su óptica de investigación a la señora Paola Alvear, ni siquiera tenía conocimiento quien era y según su investigación en el año 2017 <sup>a</sup>desconocía de la señora<sup>o</sup> no tenía la relación con el Sai Bank. No conoce quien es el dueño ni el presidente de Sai Bank. De lo que permite inferir a este Tribunal que Paola Alvear no estaba en la óptica de investigación. (¼) De este testimonio efectivamente se determina que la mayoría de documentos no eran pólizas de inversión, sino que correspondían a documentos de Credimetrica referente a

vehículos, hechos que no son motivo de la presente investigación, razón por la cual este testigo no aporta con información que detalle e individualice las pólizas de inversión, como era su obligación en calidad de agente investigador y testigo en la presente causa. A Fiscalía este Tribunal Ad quem, solicitó aclarar si las 75 pólizas de inversión ingresó como prueba documental; respondió que no ingresó como prueba documental las pólizas. Además este testigo Manifiesta que encontró entre los indicios flash memorys, tarjetas que presentación de Daniel Borja, y no recuerda el texto si era ejecutivo o gerente, de lo cual no se verifica prueba documental con la que el testigo haya sustentado sus dichos, quedando como meras afirmaciones. Por esta razón el Tribunal de Alzada no puede hacer ningún análisis de las supuestas 75 pólizas de inversión referidas por el testigo; (1/4) Es decir que ni siquiera sabe los nombres de los representantes de Sai Bank por que no está establecido que esta institución tenga vida jurídica en el país, era su obligación demostrar si existe o no existe legalmente la institución referida. (1/4) evidentemente este Tribunal Ad Quem escuchó el audio de la audiencia de juzgamiento y se verifica que efectivamente no se encontró acompañado de un defensor el procesado Daniel Borja al momento del interrogatorio en el allanamiento. Así las circunstancias, para lo manifestado por la defensa del señor Daniel Borja, referente a la versión, la misma no puede ser analizada por este Tribunal Ad Quem, en razón de que en la audiencia de juicio solo se analiza la prueba testimonial. Esto permite concluir, a la luz de la lógica jurídica que la mayoría de documentos que se encontraron en el allanamiento a las oficinas del SAI BANK ubicadas en el edificio Allure Park de esta ciudad de Quito, no correspondían a operaciones de captación de dinero, en primer lugar porque no resulta convincente que 75 pólizas de inversión las mismas que no han sido detalladas por el perito, ocupen nueve cajas de documentos; en segundo lugar porque de lo expresamente manifestado por el testigo Cap. Javier Raza, la mayoría de documentos tenían que ver con contratos y poderes de empresas que no es materia de investigación del presente caso y no así con pólizas; y en tercer lugar porque no existe prueba actuada por Fiscalía que permita establecer con precisión el contenido de la información tanto física como digital obtenida en el allanamiento. En relación a la alegación que el Tribunal A quo dice que la actividad de SAI BANK en Ecuador, era la intermediación financiera y la de captación de dinero?.- Y que aquello justifica con el testimonio de (2)JOSE FABRICIO RIVAS PUCHAICELA (1/4) de lo relatado, éste Tribunal de Alzada colige que de este testimonio se evidencia que efectivamente existía la compraventa de cartera, sin embargo no se evidencia que el testigo aporte con información

tendiente a demostrar la intermediación financiera; (¼ ) Al respecto este Tribunal dilucida que Fiscalía conforme el Art. 195 de la CRE, al ser titular de la acción Penal, es quien resuelve en base sus indagaciones la situación jurídica de cada persona investigada y procesada. Este testimonio en su mayor contexto refiere a hechos diferentes del motivo de la investigación, como es la investigación del caso Odebrecht, así como antecedentes históricos de la creación y existencia de Sai Bank, hecho que no fue controvertido por la defensa de los procesados, lo que no contribuye a determinar la captación de fondos de forma masiva y habitual. Respecto a los titulares o dueños del Sai Bank que refiere la defensa de los procesados y como tales han otorgado poderes entre otros a Paola Alvear, tales circunstancias no han sido establecidas conforme a derecho. 2.2.- En cuanto al otro hecho controvertido que es la transaccionalidad de la cuenta de ahorros.- Del testimonio del Policía Investigador, se depende que de las 9 cajas incautadas la mayoría de documentos se trataba de los vehículos de Credimetrica, que eran especie de contratos con cláusulas, habían cantidades, fechas de pago a favor de Credimétrica, testimonio que se contrapone con lo afirmado por (3) MARÍA ALEXANDRA CARVAJAL ÁLVAREZ, Gerente de Operaciones del Banco Capital (5.1.2.8), al decir que no cumplía con la actividad para la que fue creada-compraventa venta de cartera- según ella, porque los cheques eran de valores inferiores y como ella trabajó en instituciones financieras, sabía que la compra de cartera se hacía por montos superiores a \$500.000, por tal razón solicito la justificación de esos cheques y le han dicho que el objetivo de la cuenta era compra de cartera, y al ver que los montos no concordaban con ese objeto ha solicitado el cierre de la cuenta, se reunió en la oficina del Banco Capital en Quito con el señor Edwin Andrade, Presidente Ejecutivo del Banco y el señor Juan Sarmiento, a los cuales le ha solicitado el cierre de la cuenta, dándole un plazo de 60 días para que retiren los saldos que tenían en las cuentas, en el caso de Sai Bank, el señor Juan Sarmiento ha solicitado mantener un saldo de \$ 35.000 en la cuenta para gastos operativos. Que una sola vez se reunió con Juan Sarmiento para el cierre de la cuenta, que no ha tenido conversaciones con Paola Alvear, que no la conoce. Indica que Maribel Tixilema, presentó un informe que han existido intentos de aperturas de cuentas de una persona que ha estado acompañada de un cliente de Sai Bank, que esta persona ha intentado abrir una cuenta en el Banco Capital con un cheque de gerencia que había sido emitido por el Banco de la cuenta de Sai Bank (¼ ) Este testimonio da cuenta de hechos relacionados con apertura de cuentas en el Banco Capital, institución bancaria que no es motivo de la presente investigación, así como tampoco apertura de cuentas

en el mismo. Lo relevante de este testimonio en relación a las alegaciones de los recurrentes se verifica quien se encontraba como firma autorizada y en procedimientos era Juan Sarmiento y no Paola Alvear, lo que es concordante con el testimonio del Policía Javier Santiago Raza Valencia, quien indica que en su investigación en el año 2017 no tenía bajo su óptica a la señora Paola Alvear y no tenía conocimiento quien era Paola Alvear, no la conoce, misma que no tenía relación con el Sai Bank, según los testimonios de las personas referidas. 8.6.- En relación al origen y destino de los fondos que se manejaron en la cuenta de ahorros No. 0101000083 abierta por SAI BANK en Banco Capital (¼) el Tribunal A quo concluye de manera categórica que también se ha probado que SAI BANK no se dedicaba al cobro de cartera, porque los cheques que giraban han sido por montos muy pequeños, y que de acuerdo a la Gerenta (SIC) de Operaciones del Banco Capital Alexandra Carvajal en la compra de cartera lo mínimo que compran es \$ 300.000 o \$ 400.000 dólares, un millón o tres millones de dólares, mientras que montos de 1.500, 3.000 dólares, \$ 30.000 no es para compra de cartera, por lo que como no cumplía con la actividad para la que fue creada ha pedido el cierre de la cuenta al señor Juan Sarmiento°. Para llegar a esta conclusión el Tribunal A quo ha valorado el testimonio rendido por la Gerente de Operaciones del Banco Capital MARÍA ALEXANDRA CARVAJAL ÁLVAREZ, quien expresa que según su parecer los cheques que se giraban con cargo a dicha cuenta eran por montos muy pequeños en relación a las operaciones de compra venta de cartera, que usualmente se realizan por montos mayores; sin embargo, de acuerdo con lo alegado por los procesados en la audiencia de fundamentación de los recursos de apelación, el Tribunal habría dejado de considerar los testimonios rendidos por (4) ELENA MARIBEL TIXILEMA NÁJERA, Oficial de Cumplimiento del Banco Capital (¼) testimonio que claramente contradice lo afirmado por el único testimonio que valora el Tribunal A quo, en el sentido de que las transacciones correspondientes a compraventa de cartera se realizaban por medio de transferencias (¼) Respecto a la firma autorizada, ha manifestado que lo tenía el señor Juan Diego Sarmiento y Paola Alvear Castro y luego ha pasado a ser solo Juan Diego Sarmiento y no recuerda quien era el gerente de Sai Bank. Al interrogatorio de la defensa de Daniel Borja Suárez, no ha sido firma autorizada de Sai Bank y no recuerda quien era el Director de Sai Bank. Evidenciándose de este testimonio falta de determinación en la información y que la firma autorizada continúa ha sido Juan Diego Sarmiento. Por otra parte, las defensas de los procesados coincidieron también en alegar que el Tribunal A quo no consideró el testimonio de (5) DANIELA ESTEFANÍA MARTÍNEZ MOSQUERA (5.1.2.29),

Oficial de Policía investigadora de la Unidad de Lavado de Activos, como analista financiera, ha manifestado que investigó a Rowanda Corporation, que se ha cambiado el nombre a Sai Bank (1/4) En su testimonio proporciona información sobre las transacciones de la cuenta de ahorros y hace constar que 97,7% de los ingresos de dicha cuenta son realizados por medio de transferencias y que el 92% de los egresos de la cuenta son efectuados igualmente bajo la modalidad de transferencias, así como que SAI BANK (1/4) Y la única firma autorizada es de Juan Diego Sarmiento. En este segmento este testimonio en relación al monto que fluctúa la compra de cartera difiere de lo sostenido por la testigo Alexandra Carvajal, Gerente de Operaciones del Banco Capital. Hechos que para este Tribunal de alzada son discordantes de la infracción que se investiga. De igual forma alegaron que no se considera el testimonio de (6) ANDRÉS ESTEBAN AGUILAR VITERI (5.1.2.18), Experto Financiero en Riesgos-2 de la Superintendencia de Bancos, quien ha testificado que realizó una supervisión al Banco Capital en el año 2017, con la finalidad de revisar movimientos financieras derivándose a 9 clientes entre aquellos Sai Bank (1/4) Hechos que no son la esencia o naturaleza de la investigación. Ni el testimonio de la perito (7) ANABEL ALEJANDRA RON VILLACRÉS (5.1.2.27) quien ha testificado que realizó el informe para determinar si existían operaciones cambiarias o monetarias del Sai Bank, su análisis corresponde al periodo 2014 a 2017 (1/4) De estos documentos no existe constancia procesal como prueba documental como era obligación de la perito sustentar sus aseveraciones con los documentos que refiere. Esta testigo refiere que presume lo cual no puede ser considerado como cierto, toda vez que el testigo es un auxiliar de la administración de justicia que debe ilustrar u proporcionar información veraz, valedera y verdadera sin presunciones con el propósito de llegar a la verdad procesal. (1/4) A las preguntas aclaratorias de este Tribunal Ad quem, la representante de Fiscalía General del Estado reconoció que las transacciones efectuadas en la cuenta de ahorros correspondían efectivamente a la compra venta de cartera pero también a la captación de dinero, sin embargo no ha determinado el porcentaje que correspondía a cada actividad, contradiciendo de esta manera la conclusión de la sentencia impugnada. De lo señalado este Tribunal constata que efectivamente existe una indebida apreciación y valoración de la prueba por parte del Tribunal A quo respecto de la actividad y las transacciones realizadas por SAI BANK en la cuenta de ahorros que mantuvo en el Banco Capital, pues de las pruebas desarrolladas en audiencia de juicio no existe el suficiente acopio probatorio que determine los elementos objetivos del tipo penal que se investiga, como posteriormente se explicará sus características,

esto es captación ilegal de dinero. Lo que vislumbra este Tribunal de Alzada, en los dichos por los testigos permite deducir consiguientemente que en esa cuenta se manejaban ingresos y egresos provenientes de la compraventa de cartera y que las concernientes transacciones se las hacía a través de transferencias, y que corresponden al mayor porcentaje de operaciones de la referida cuenta, estos actos no se enmarcan dentro del tipo penal investigado, motivo del presente recurso de apelación. Manifestaron también que el Tribunal A quo no ha valorado el testimonio rendido por el (8) Economista BYRON RODRIGO LANDETA PARRA (5.1.2.20) Intendente Nacional de Control del Sector Financiero Privado de la Superintendencia de Bancos (¼) este Tribuna de Alzada infiere que con la prueba aportada por la titular de la acción penal que permita establecer la existencia de un número masivo y habitual de clientes que realizaron inversiones en SAI BANK, así como la frecuencia en el tiempo en que se realizaron dichas inversiones es insuficiente; por el contrario, a decir del testigo determina claramente que la compraventa de cartera no constituye actividad de intermediación financiera ni captación de dineros; así como que los términos masivo y habitual no se encontraban definidos en ninguna resolución de la Superintendencia de Bancos. Por las razones expuestas, este Tribunal considera que no se encuentra probada conforme a Derecho que la conducta de los procesados se adecue a los elementos normativos del tipo penal consistentes en la masividad y habitualidad de la captación de dineros. Por otra parte, conforme lo señala la testigo (9)ESTEFANÍA MARTÍNEZ MOSQUERA (5.1.2.29), refirió que Daniel Borja, en su versión dijo que visitaba de 1000 a 1.500 personas para posibles inversiones y de las cuales el 4% se hacían posibles, que a decir de ella sería masividad, al respecto de conformidad con el Art. 454 numeral 6 del COIP, no puede ser valorado, tanto más que del proceso consta el testimonio del procesado Daniel Borja, del cual no se desprende estas aseveraciones, quedando como meros enunciados. Estas circunstancias fueron alegadas simultáneamente por las defensa de los recurrentes El testimonio de (10)ANABEL ALEJANDRA RON VILLACRÉS (5.1.2.27) refiere a dos pólizas de plazo fijo perteneciente a los señores Torres Miño. Hechos que se ha verificado conforme a los testimonios de (10)DIEGO MAURICIO TORRES MIÑO (¼) De igual forma (11)EDWIN ALBERTO TORRES MIÑO (¼) Del testimonio del (12)CBOS. DE POLICÍA CARLOS MIGUEL OROZCO LANCHE (5.1.2.2.), señala que ha realizado el reconocimiento del lugar de los hechos y evidencias, donde funcionaba las oficinas de CFC, no se evidencia que haya realizado un reconocimiento del lugar de los hechos en las instalaciones del SAI Bank, y en ese lugar, señala que

ha procedido al levantamiento de los indicios; entre los cuales se desprende que son varios documentos con impresos alfanuméricos pertenecientes a la empresa CFC, no de la institución denominada SAI Bank, pero para ahondar más en el tema, más adelante señala que como indicio número cuatro en la oficina Global, al parecer, otra institución, que no se ha demostrado que es la institución en donde supuestamente, se realizaban las captaciones ilegales de dinero. Al contestar el contrainterrogatorio, señala que desconoce de los hechos que han ocurrido en la CFC, que no sabía que estaban investigando en este proceso, y que solo ha realizado el informe detallando el número de documentos, contando el número de hojas y no ha revisado el contenido, con lo cual no aporta mayores datos al proceso para determinar, ni la existencia material de la infracción ni la responsabilidad penal de las personas acusadas, más aún, cuando se refiere a empresas que no fueron objeto de investigación en este proceso. Del testimonio del señor (13) JUAN PEDRO GUILLÍN MORALES (5.1.2.3), quien ha realizado el reconocimiento del lugar de los hechos y fijación de indicios en las oficinas administrativas de Almacenes Juan Eljuri, que no es la institución que se encuentra investigada, esto es el SAI Bank, y agrega que en dicho lugar ha levantado una computadora marca DELL, en la oficina de gerencia de licores y dos documentos en la oficina de la subgerencia de Juan Eljuri, por otra parte señala que no se acuerda el nombre de las personas que suscribieron los documentos, por ende, su testimonio no aporta mayores datos para que este tribunal llegue a determinar que nos encontramos frente a una conducta delictiva, además, tampoco aporta datos de quienes pueden ser los responsables de dicha conducta. Del testimonio de la señora (14) MAGALY ANDREA CHICA DUTA (5.1.2.4), quien señala que mantiene una cuenta en el SAI BANK, pero a renglón señala que dicha institución ha sido en el Edificio de la Cámara de Industrias en Cuenca, y que la misma otorgaba un tipo de inversión ( $\frac{1}{4}$ ) con lo que se desprende que el SAI Bank, no captaba dinero sino que se dedicaba a la inversión, y por otra parte, no conoce a Daniel Borja, uno de los procesados. Del testimonio del señor (15) YUBGUENI VÉLEZ KOLESCINSKI (5.1.2.5), se desprende que tiene una oficina en el edificio ALLURE PARK, que ha firmado el contrato con Iván Alvarado, y que no ha tenido ninguna relación con Paola Alvear, por lo que no es un testigo trascendental para el esclarecimiento del lugar de los hechos. Del testimonio de la señora (16) LORENA AMANDA PAVÓN MIER (5.1.2.7), Procuradora Judicial del Banco Capital, que a partir de abril del año 2017 es secretaria del Comité de Cumplimiento, que respecto al SAI BANK ( $\frac{1}{4}$ ) Con lo que se desprende datos importantes acerca de la institución SAI Bank, la cual no se

encuentra procesada, así como de los supuestos representantes legales, que tampoco son parte de este proceso judicial, y quienes debieron ser sujetos de investigación y procesamiento por el presunto delito de captación ilegal de dinero, más aún, cuando no aporta datos contundentes para demostrar que la procesada María Paola Alvear Castro fue la autora de captar recursos económicos, y, por otra parte, acerca del procesado Daniel Eduardo Borja Suárez, no aporta dato alguno de su supuesta participación. Del testimonio rendido por parte del señor (17)VÍCTOR HUGO ECHEVERRÍA MANTILLA (5.1.2.9), se desprende que fue Gerente de Operaciones y Apoderado Especial de Banco Capital (¼) que no recuerda acerca de actas de declaración y compromiso referente a los ciudadanos Juan Diego Sarmiento y Paola Alvear. Por lo cual, su testimonio no aporta información relevante para que el tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, tenga la certeza de que se han cometido una infracción, así como que existan presunciones de responsabilidad en contra de la señora María Paola Alvear Castro, más aún, cuando del otro procesado, el señor Daniel Eduardo Borja Suárez no lo menciona en absoluto. Acerca de lo que señala el señor(18)FÉLIX WLADIMIR ZAMORA CÓRDOVA (5.1.2.10), en su testimonio, se desprende que: labora para la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (¼) Lo cual se puede considera como una información de carácter general, pero que tampoco aporta con datos relevantes para determinar que los procesados, María Paola Alvear Castro y Daniel Eduardo Borja Suárez, tengan participación en los hechos sobre los cuales se les acusa y que es lo que interesa en el presente proceso en vista que SAI Bank, así como sus representantes legales no se encuentran acusados. Del testimonio del señor (19)PABLO ALBERTO COBO LUNA (¼) se deduce información general, pero que no se refiere en específico a los procesados, y tampoco a su participación en el delito que se investiga, esto es, qué actos ilícitos cometieron, cómo los cometieron dónde los cometieron, quienes son los perjudicados, cómo los perjudicaron, que es lo que le interesa a este tribunal, y sobre lo cual no se señala en lo más mínimo. Del testimonio de la señora (20)MARCELA NOEMÍ YÉPEZ MONTESDEOCA (5.1.2.12), señal en lo principal que en el año 2017 laboraba en el Banco Capital (¼) que los nombres de las personas que intentaron aperturar son Chica Duta Magaly Andrea y Pastor Ponce Mariano, de lo que se deduce que nunca se aperturaron cuentas, por lo que no se evidenció que se haya captado fondos por parte de personas naturales y particulares, más aún, cuando no señala o menciona quienes son las personas que quisieron captar esos recursos y en qué lugar en forma específica. Del testimonio del señor (21)JORGE RAÚL BEJARANO MUÑOZ (5.1.13) , se

conoce que trabajaba como Director Principal del Banco Capital, que ha sido Delegado del Directorio para ir al Comité de Cumplimiento desde el año 2012 hasta octubre del 2017; que en el año 2017 (¼) De lo que se deduce que el SAI Bank, se dedicaba a labores permitidas, como lo que es la compra de cartera, pero no señala nada acerca de la supuesta participación de las personas procesadas, ni tampoco se deduce la existencia de un hecho delictivo cometido por los señores que se encuentran acusados por la captación ilegal de dinero. Del testimonio del señor (22)LUIS EDUARDO CHACÓN ESTRELLA(5.1.2.14), quien señala que trabajaba en el Banco Capital Página como auditor interno desde el 1 de septiembre del 2006 hasta el 17 de septiembre del 2017 (¼) De lo que se desprende que, solo cinco personas han aperturado cuentas, que éstas cumplían con los requisitos respectivos, que no conoce al procesado Daniel Eduardo Borja Suárez. Tampoco señala si existió o no captación ilegal de dinero, y no se refiere a los procesados como captadores de dinero, más aún, cuando señala que el Director del SAI Bank es el señor Luis Santini, quien no está siendo procesado. Del testimonio de la señora (23)ESTHER GARCÍA ORTEGA(5.1.2.15), se desprende que en el mes de noviembre del 2016 se ha incorporado al Banco Capital, que ha sido asesora legal y era parte del Comité de Cumplimiento (¼) no aporta datos que sean considerado esenciales o fundamentales para que el esclarecimiento de la verdad, es más, su información no es relevante al tema, en vista que señala que no recuerda a qué transacciones y clientes se refería el informe oficial de cumplimiento. Del testimonio del señor (24)EDWIN VINICIO ANDRADE ANDRADE (5.1.2.16), quien señala que desde el 15 de febrero hasta el 9 de septiembre del 2017, ha trabajado para el Banco Capital como Presidente Ejecutivo (¼) Por lo que, no establece la participación de los procesados en el supuesto delito que se acusa, además, se remite a dos personas, la una jurídica, como el SAI Bank, que no es sujeto procesal; y, la otra, natural, que es el señor Juan Sarmiento, que tampoco está siendo juzgado. Del testimonio de la señora (25)MARCÍA MYREYA TOPÓN FIGUEROA (5.1.2.17), se desprende que trabaja para la Superintendencia de Bancos, que han realizado una supervisión de lavados de activos al Banco Capital y de aquello la Fiscalía les ha pedido la documentación, que el informe lo ha remitido personalmente con un anexo (¼) se desprende que el mismo se remite al SAI Bank, y señala con certeza quienes son las personas que son accionistas del mismo, en donde no figuran los procesados, sino otras personas que no fueron parte de juicio y que no estuvieron en la audiencia de fundamentación del recurso de apelación. Del testimonio del señor (26) JOSÉ RAFAEL LARREA FALCONY(5.1.2.19), que de junio del 2017

hasta marzo del 2017 ha sido Subdirector de Prevención de Lavado de Activos; que ha elaborado un oficio para la Fiscalía por captación ilegal de recursos por parte de la institución SAI Bank, otro dirigido a la Unidad de Análisis Financiero y Económico UAFE, sobre una supervisión a la institución Banco Capital S. A, y un memorando a la Directora de Prevención de Lavado de Activos, para iniciar un proceso sancionador al Banco Capital. Cuya información se remite acerca del Banco Capital, en forma preferente, y que nos e remite a dar información que sea de trascendencia y de importancia para que determinar la existencia del delito de captación ilegal de dinero, así como que este delito fue cometido por parte de las personas procesadas, que es lo que interesa en la presente causa, además, se remite, como lo hacen varios testigos, a una institución denominada como SAI Bank, que no es parte de este expediente judicial. Del testimonio del señor (27) EDUARDO JAVIER CHÁVEZ BORJA(5.1.2.21), quien ha realizado el allanamiento al lugar de los hechos con personal de la Policía Judicial y de Fiscalía en la Av. Los Shyris N36-120 y Naciones Unidas, a un inmueble conformado por 12 plantas, que por un ascensor han subido al piso 12, en la oficina 12A, la cual ha tenido una recepción, cinco estaciones de trabajo y en la parte posterior, se encontraba el área de gerencia; que encontrado tres indicios. Pero añada que no le conoce al señor Daniel Borja, y que ha fijado como indicio un cheque del Banco Capital a nombre del señor Daniel Borja por el valor de \$ 19,81 dólares. Diligencias en las cuales no se evidencia, los aspectos medulares del delito de captación ilegal de dinero, no existen perjudicados, no se encontraron recursos económicos, salvo documentos como 75 pólizas que han sido depositadas, así como un cheque por un valor irrisorio, pero no se confirma que los procesados estuvieron en dicho lugar recolectando dinero, es más, señala que al señor Daniel Eduardo Borja Suárez no le conoce y a la señora María Paola Alvear Castro ni siquiera la menciona. Del testimonio de la Cbop. de Policía (28)MARGARITA MERCEDES TIPANTUÑA IZA(5.1.1.24), quien ha realizado el informe de inspección ocular técnico No. 708-2017 (¼) con lo cual no aporta mayores datos, sobre todo que sean relevantes para llevar al convencimiento del Tribunal de la Sala Penal para que se determine en forma concreta que existe un delito de captación ilegal de dinero, en un primer punto; y, en un segundo punto, que se confirme o que demuestre que los procesados sean responsables del mismo. Del testimonio de la Ingeniera (29)VERÓNICA CECILIA LARA VITERI(5.1.2.25),, quien trabaja en la Superintendencia de Bancos, en la Subdirección de Riesgos Financieros (¼) Tampoco se refiere al hecho de que los procesados han realizado una captación ilegal de dinero, de la forma como lo señala el

artículo 323 del Código Orgánico Integral Penal. Del testimonio de la Sgos. de Policía (30)DIANA GUADALUPE POZO ESCOBAR(5.1.2.26), se desprende que ha realizado el reconocimiento de datos informáticos, dispositivos electrónicos, constantes en cinco partes policiales detallados en el informe, sin mayores aportes que conlleven al esclarecimiento de los hechos y sobre todo, para determinar que los sujetos procesados son responsables del delito de captación ilegal de dinero. Del testimonio del señor (31) FABIÁN EDUARDO SILVA TOLEDO(5.1.2.30),, quien señala que ha realizado una audiencia privada el 13 de noviembre del 2017, de unos indicios informáticos que constaban en las cadenas de custodia 3047 y 4488 (¼ ) pero no señala más datos que tienen que ser proporcionados para determinar lo establecido en el tipo penal que se está juzgando. Del testimonio de la señora (32)JENNY SORAYA FREIRE PROAÑO(5.2.1.1),, señaló que la señora Paola Alvear Castro ha empezado a trabajar el 9 de enero del 2012, bajo la modalidad de contrato en forma verbal y en una representación internacional, los honorarios eran de \$ 3.500 dólares mensuales, más comisiones por la representación internacional de \$ 1.000 dólares mensuales, que ha presentado su renuncia irrevocable a SAI BANK el 1 de julio del 2015. De testimonio rendido por parte del procesado (33)DANIEL EDUARDO BORJA SUÁREZ (5.2.2.1), quien señala que desde el principio ha sufrido muchos atropellos, persecuciones, que le han inculcado crímenes que nunca en la vida ha cometido; que ha sido solo un trabajador que cumplía las órdenes como los otros 13 funcionarios del SAI Bank, entre los cuales han estado Fabián Burneo; que estas 13 personas se encontraban en Quito, Guayaquil y Cuenca, que ellos hacían la misma función la de ser referidores, que no hay una sola prueba de Fiscalía de que hubo captación y tampoco hay pruebas de que él haya sido el organizador o el planificador, era un simple funcionario; sin embargo, Fiscalía se abstuvo de juzgar a los dueños de la institución que claramente saben quiénes son, y no se encuentran procesados el gerente general, firma autorizada del Banco, que ha sido una persecución a Paola Alvear y a su persona, solo por ser trabajadores; que él no es firma autorizada, no es director, ni accionista, la habitualidad y masividad del banco era de compraventa de cartera, lo cual ha quedado demostrado ya que la Superintendencia ha dicho que no es un delito y que el tema de compraventa de cartera no necesita permisos, no se puede decir que masividad y habitualidad es referir a dos clientes a una institución financiera, si se ve a un grosso modo, del 100% de la cartera que tiene el banco, esto solo representa el 0.29% que no representa masividad. Porque el tipo penal investigado es el previsto en el Art. 323 del COIP (¼ ) Para lo cual es necesario

referirnos al contenido de los términos Organizar.- Preparar una cosa pensando detenidamente en todos los detalles necesarios para su buen desarrollo. Disponer a un conjunto de personas y medios para un fin determinado. Desarrollar.- Hacer que una cosa o persona pase por una serie de estados sucesivos, de manera que crezca, aumente o progrese.- Llevar a cabo una idea, un proyecto, etc., que necesita cierto tiempo. Promocionar.- Dar publicidad a un producto, un servicio, etc., para que sea conocido públicamente, especialmente con intereses comerciales. Forma pública.-es un adjetivo que hace referencia a aquel o aquello que resulta notorio, manifiesto, sabido o visto por todos. Clandestina-Clandestino. Es algo secreto, oculto y dicho o hecho en secreto por temor a la ley o a las autoridades. Forma habitual.- Que ocurre, se hace o se repite con frecuencia o por hábito- o hace a menudo una cosa. Masiva.- Que actúa o se hace en gran cantidad. Intermediación financiera.- Proceso mediante el cual una entidad, generalmente bancaria o financiera, traslada los recursos de los ahorrantes directamente a las empresas que requieren de financiamiento o créditos a una tasa de interés activa. Presupuestos que en el presente caso no se cumplen en lo más mínimo, en vista que con las pruebas aportadas por parte de la Fiscalía General del Estado, por medio de su representante, no se pudo determinar que los procesados, señores María Paola Alvear Castro y Daniel Eduardo Borja Suárez, fueron las personas que hayan organizado las operaciones o el sistema para captar ilegalmente recursos económicos de parte de las personas particulares; tampoco se ha demostrado que han desarrollado actividades con el objeto que capten recursos económicos en forma ilegal, así como tampoco se ha verificado a lo largo del juicio que se haya promocionado por parte de los procesados la captación de dinero, ni en forma pública, peor en forma clandestina, sino por el contrario, se ha demostrado que las actividades a las que se dedicaba el SAI Bank, como persona jurídica que no estuvo siendo procesado ni tampoco estuvo en la audiencia de juicio como sujeto procesal, que hubiera sido lo correcto, además, por lógica, son los representantes de esta entidad los que debieron ser juzgados por el delito tipificado en el artículo 323 del Código Orgánico Integral Penal, y no los trabajadores, como es el caso de las personas que fueron procesadas, sin pruebas que demuestren su real participación en el delito, más aún, cuando se evidencia del mismo proceso, y especialmente del testimonio del señor Daniel Eduardo Borja Suárez, que existían trece trabajadores que ocupaban su mismo cargo y que a ninguno de ellos fue procesado, lo cual resulta ilógico e incomprensible. Tampoco se ha demostrado en forma categórica, que los señores María Paola Alvear Castro y Daniel Eduardo Borja Suárez, hayan sido los autores de las actividades de

intermediación financiera, lo cual no se podía realizar, en vista que ni siquiera se ha demostrado por parte de la Fiscalía General del Estado dichas actividades; se tenía que probar que eran ilícitas, cuando se evidenció que las actividades que realizada el SAI Bank, estaban comprendidas dentro de aquellas que son permitidas por la norma jurídica. Existe otro elemento que es digno de resaltar, y es lo que tampoco se llegó a demostrar y es el relacionado con la captación, la misma que debe cumplir con dos requisitos que son esenciales, como que los recursos económicos deben ser captados, además de ser en forma ilegal, tienen que ser en forma habitual, término que ni siquiera las entidades de control comprenden su concepto, alcance y significado, y que tampoco se demostró que es masivo, cuyo concepto, significado, alcance y ámbito tampoco tienen claro las entidades que tienen la obligación legal de control. Pero independientemente de ello, se tenía que demostrar, con toda certeza, es que los procesados, los señores María Paola Alvear Castro y Daniel Eduardo Borja Suárez, fueron quienes realizaron estas acciones ilícitas, de lo cual no existe prueba alguna. Si se toma en cuenta que el delito es una infracción a la norma jurídica establecida por parte del Estado, en el caso que nos ocupa, esta no se presenta; más aún, cuando los procesados no han causado una acción con la cual se vulnera los derechos protegidos a los ciudadanos, sobre todo cuando los actos dados por los sujetos que se encuentran acusados, no han cometido una acción que se encuadre dentro del tipo penal, además, de las pruebas que se han presentado se puede evidenciar que no fueron parte de delito alguno como sus autores, sino por el contrario, fueron simples trabajadores que realizaban actividades previamente determinadas, en otras palabras, no tenían el dominio del hecho. (1/4 ) de tal manera que nos encontramos frente a una conducta que no es relevante, es más, como se señaló anteriormente, no es ni siquiera delito, por lo que carece uno de los elementos fundamentales para que sea considerado como tal y es la tipicidad, que no es otra cosa que la adecuación de la conducta humana al tipo penal establecido en la norma jurídica como delito. (1/4 ) Así las circunstancias, es deber de los juzgadores y de la Administración de justicia prever que dentro de los tipos penales que se acusen y se atribuyan una conducta reñida con el ordenamiento jurídico se reúnan los elementos tanto objetivos como subjetivos, en este sentido de los recaudos procesales analizados en líneas precedentes, no se establece que la conducta de los procesado se subsuma al tipo penal previsto en el Art. 323, inciso primero del COIP, esto es que hayan <sup>a</sup>organizado, desarrollado y promocionado de forma pública o clandestina actividades de intermediación financiera, que hayan captado dinero del público en forma habitual y masiva<sup>o</sup>, esto en razón de lo

expresamente manifestado dentro de la audiencia de juzgamiento por los testigos y peritos sometidos al interrogatorio y contrainterrogatorio, y de las preguntas aclaratorias efectuadas por este Tribunal a la defensa de los procesados así como a Fiscalía. En consecuencia en el presente caso, no se puede condenar a los procesados sin la suficiente prueba relacionada al delito que se investiga y se desprenda con seguridad-certeza que el hecho ocurrió, pues los Juzgadores tenemos no sólo la gran responsabilidad social sino también la ética jurídica de hacer respetar los principios y mandatos constitucionales (Art. 76.2) y legales. Es así que del estándar probatorio Fiscalía no ha probado los requisitos establecidos en el Art. 323 inc. 1 del COIP; practicada en audiencia de juicio no se evidencia la realización de los elementos constitutivos del tipo penal investigado, razón por la cual la conducta deviene en atípica, por no constituir delito. Al no superar el elemento objetivo el tipo penal, por lo cual resulta innecesario pasar a verificar la existencia del elemento subjetivo esto es del dolo ya que el análisis no supera el primer elemento de la tipificada en las categorías dogmáticas del delito. Sobre todo, cuando existe un esquema que se tiene que probar en forma categórica y contundente, y son los elementos constitutivos del delito, y que la doctrina, así como el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal, lo señala, y son que la conducta sea típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en dicho Código, a esto se lo conoce como la teoría del delito, en donde no puede haber el delito sin el tipo, y de tal manera que la descripción típica debe comprender el aspecto externo de la acción humana, tal como lo señala el tratadista Velásquez, 2009, p. 558, que no se cumple, y si esta categoría no se cumple, mal se hace en tratar de analizar los otros dos elementos como son la antijuridicidad y la culpabilidad. Más aún, cuando se está presente ante una conducta de los procesados que no se encuentra enmarcada dentro del tipo penal establecido en el artículo 323 del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto no es una conducta dañosa, no causa daño a bien jurídico protegido, en otras palabras, no causa daño a ningún derecho de personas que se hayan presentado como víctimas en masa, o que hayan realizado labores de intermediación financiera para beneficiarse, y perjudicar a otros, es más, como se señaló en reiteradas ocasiones, ni siquiera se demostró que realizaban labores con esta finalidad, ni esporádicas y peor en forma habitual y masiva. (¼ )°

De la revisión del fallo, constatamos que en el mismo, en el contexto de conocimiento de dos recursos de apelación debidamente propuestos y fundamentados por parte de dos personas procesadas -quienes alegaron que no existía materialidad de la infracción por no cumplir con los elementos típicos de la

misma y que por lo tanto tampoco existiría responsabilidad de su parte- y tras la escucha de los argumentos vertidos en contestación por parte de la Fiscalía General del Estado ±que a través de su representante defendía el contenido del fallo de condena dictado en primera instancia-, el Tribunal *ad-quem*, en respuesta de todos los puntos vertidos por las partes<sup>5</sup>, parte de cuestionarse si es que efectivamente el South American International Bank of Curacao (SAI BANK) se dedicaba a la intermediación financiera y a la captación de dinero, para lo cual se ha servido del testimonio anticipado rendido por el Capitán de policía Xavier Santiago Raza Valencia, y a partir de la valoración del mismo han determinado que la mayoría de los documentos a los que hace referencia el referido agente investigador no eran pólizas de inversión, y con respecto a los que sí eran pólizas de inversión no se aporta detalle e individualización de las mismas, tanto más que no existe prueba que de respaldo al contenido físico y digital de lo obtenido en el allanamiento efectuado en las presuntas oficinas de SAI BANK; por otra parte, de esta prueba se arriba la conclusión María Paola Alvear Castro no se encontraba en la óptica de la investigación, pues el informe se realizó en el año 2017, y la procesada fue firma autorizada de SAI BANK desde el 22 de octubre de 2012 hasta el 09 de julio de 2015.

Con el mismo efecto, de la valoración del testimonio rendido por el agente investigador José Fabricio Rivas Puchaicela, afirman que no aporta información tendiente a demostrar la intermediación financiera a la que supuestamente se dedicaba SAI BANK de cara a la captación ilegal de dinero de forma masiva y habitual, tanto más que hace referencia a que la referida empresa se dedicaba a la compra y venta de cartera, y porque hace referencia a hechos que no son motivo de la presente investigación.

En tal virtud, sobre la base de que no se ha podido demostrar la intermediación financiera realizada por SAI BANK ±que dicho sea de paso constituye un elemento normativo imperativo para la existencia de la tipicidad de la infracción, pues es una dimensión del accionar criminoso- de lo manifestado por los referidos agentes investigadores, el *ad-quem* amerita necesario analizar la transaccionalidad ejercida en la cuenta de ahorros No. 0101000083 abierta por SAI BANK en Banco Capital, para determinar si efectivamente se cumple con los elementos típicos de la infracción de captación ilegal de dinero, principalmente la masividad y habitualidad en la captación ilegal ± elementos normativos de la infracción-, cuestionan que el Tribunal *a-quo* haya afirmado de forma categórica que SAI BANK no se dedicaba a la compra y venta de cartera tan sólo sobre la base del

---

5 Conclusión a la cual se arriba del contraste entre lo manifestado por los apelantes y por la Fiscalía General del Estado, constante en el considerando cuarto titulado “**FUNDAMENTACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN Y CONTESTACIÓN**” del fallo, con el análisis efectuado por el Tribunal en el considerando octavo titulado “**ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**”; sin embargo, vale decir que este punto no ha sido controvertido, tanto más que los recurrentes de apelación no han propuesto recurso de casación alguno, y que en el recurso de casación admitido a trámite y sustentado por la delegada de la Fiscalía General del Estado, no se ha formulado esta censura.

testimonio rendido por María Alexandra Carvajal Álvarez, Gerente de Operaciones del Banco Capital, quien da razón de hechos relacionados con aperturas de cuentas en el Banco Capital, institución que no ha sido sujeta investigación, por lo que afirman que se ha dejado de tomar en cuenta otros elementos de prueba, como lo son el de Elena Maribel Tixilema Nájera, Oficial de Cumplimiento del banco Capital, de la agente investigadora Daniela Estefanía Martínez Mosquera, analista financiera de la UAFE, de Andrés Esteban Aguilar Viteri, Experto Financiero en Riesgos de la Superintendencia de Bancos y Seguros, de Anabel Alejandra Ron Villacrés, quien emitió el informe para determinar si existían operaciones cambiarias o monetarias de SAI BANK en el período del 2014-2017, de Byron Rodrigo Landeta, Intendente Nacional de Control del Sector Financiero Privado de la Superintendencia de Bancos y Seguros, de Juan Pedro Guillín Morales, quien efectuó el reconocimiento del lugar de los hechos y fijación de indicios en las oficinas administrativas de almacenes de Juan Eljuri, de Magaly Andrea Chica Duta, cliente de SAI BANK, de Marcela Noemí Yépez Montesdeoca, quien en 2017 laboraba en Banco Capital, y de Jorge Raún Bejarano Muñoz, Director Principal del Banco Capital y delegado del Directorio para ir al Comité de Cumplimiento desde el año 2012 hasta octubre del año 2017, se tiene que SAI BANK se dedica a la compra y venta de cartera, cuestión que no constituye intermediación financiera, y que tampoco se dedicaba a la captación ilegal de dinero, pues de esto no se desprende que haya existido la misma a partir de actividades de intermediación financiera ejercidas de forma masiva y habitual.

Por otra parte, refiere que existen varios elementos probatorios que no aportan en nada con respecto a determinar la materialidad de la infracción de captación ilegal de dinero, y el nexo causal con la responsabilidad de los procesados, como son los rendidos por Yubgueni Vélez Kolescinski, de Lorena Amanda Pavón Mier, Procuradora Judicial del Banco Capital y a partir del año 2017 Secretaria del Comité de Cumplimiento, de Víctor Hugo Echeverría Mantilla, Gerente de Operaciones y Apoderado Especial de Banco Capital, de Félix Wladimir Zamora Córdova, quien labora en la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, de Pablo Alberto Cobo Lara, quien labora en la Superintendencia de Bancos y Seguros, de Luis Eduardo Chacón Estrella, auditor interno del Banco Capital desde el 01 de septiembre de 2006 hasta el 17 de septiembre de 2017, de Esther García Ortega, asesora legal y parte del Comité de Cumplimiento, de Edwin Vinicio Andrade Andrade, Presidente Ejecutivo desde el 15 de febrero hasta el 09 de septiembre del año 2017, de Marcia Mireya Topón Figueroa, quien labora en la Superintendencia de Bancos y Seguros, de José Rafael Larrea Falcony, Subdirector de Prevención de Lavado de Activos, de Eduardo Javier Chávez Borja, quien realizó el allanamiento del lugar de los hechos, de Margarita Mercedes Tipantuña Iza, quien elaboró el informe de Inspección Ocular Técnica, de Verónica Cecilia Lara Viteri, quien labora en la Subdirección de Riesgos Financieros en la Superintendencia de Bancos y Seguros, de Diana Guadalupe Pozo Escobar, quien realizó el

Reconocimiento de Datos Informáticos y Dispositivos Electrónicos, de Fabián Eduardo Silva Toledo, y de Jenny Soraya Freire Proaño.

Y finalmente, le da especial énfasis a lo referido por el procesado Daniel Eduardo Borja Suárez, en cuanto a que en su mismo rol existen trece trabajadores más que no se encuentran procesados, sin dimensionar las razones por las cuáles él si ha sido acusado.

En consecuencia, el infrascrito Tribunal afirma que a más de que no se ha demostrado que SAI BANK se dedicaba a la intermediación financiera de cara a realizar actividades direccionadas a la captación ilegal de dinero con habitualidad y masividad, ergo que haya realizado actos ilícitos, no existe prueba de mérito que determine que María Paola Alvear Castro y Daniel Eduardo Borja Suárez hayan adecuado su conducta en la infracción de captación ilegal de dinero, pues no han organizado las operaciones o el sistema para el efecto, no han desarrollado actividades con tal finalidad, ni tampoco han promocionado de forma pública o clandestina este accionar, por lo que afirman que la acción es atípica, pues no se reúnen los elementos típicos del delito.

Por lo manifestado, tenemos que el Tribunal *ad-quem* constata que la teoría del caso formulada por la Fiscalía General del Estado, no ha sido comprobada dentro de la causa, pues no existe prueba que de respaldo a esto, por lo que no se ha demostrado la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los acusados, así como el nexo causal entre ambas instituciones, lo cual deviene de una construcción lógica del razonamiento judicial, pues con base al análisis de los escenarios fáctico y probatorio, desvirtúa los asertos vertidos en el fallo dictado en primer nivel a efectos de ratificar el estado constitucional de inocencia de los procesados.

En tal virtud, no se constata que se cumpla con lo señalado de forma genérica por la impugnante en esta sede de casación, pues no se constata falta de coherencia entre la correlación de los escenarios fáctico, jurídico y probatorio, tanto más que no se ha dado un alcance equívoco al contenido del artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial, que a saber estatuye que el sistema procesal es un medio para la administración de justicia, pues no se han desatendido los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y se han efectivizado las garantías del debido proceso a lo largo del rito procesal.

Además, en la sentencia incoada consta una adecuada enunciación de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión y se expone la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho en contraste con el escenario probatorio, así como su ulterior subsunción a la causa.

Por otra parte, no se evidencia falta de coherencia en la redacción del fallo, ni que tampoco conste de

imprecisiones que influyan en la decisión de la causa, tanto más que la presunta confusión alegada por la casacionista, con respecto a dos tipos penales distintos contenidos en el inciso primero del artículo 326 COIP y en el inciso primero del artículo 323 *ejusdem*, no tiene soporte argumentativo alguno ni tampoco constituye una cuestión que torne en ininteligible al fallo o que le dote de otro sentido.

Finalmente, es preciso recalcar que la recurrente, en la fundamentación de su recurso de casación, ha solicitado que se enmiende el supuesto error de motivación bajo un nuevo juicio de valor sobre las pruebas, al manifestar que no existe un análisis completo de las mismas, con lo cual incurre en la prohibición constante en el inciso segundo del artículo 656 COIP, pues no puede requerir al infrascrito Tribunal, a través de mostrar su desagrado con el accionar jurisdiccional del *ad.-quem*, que se arrogue esta función que no le pertenece, pues esto a más de transgredir la naturaleza jurídica del recurso de casación, también vulnera el principio de independencia de la Función Judicial, ya que esta atribución se encuentra reservada para los juzgadores de primera y segunda instancia.

En consecuencia, la Corte de Apelaciones sí cumplió con el deber de motivación reconocido en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que este reproche es desechado.

### **2.1.2 De la contravención expresa del artículo 323 COIP.**

En la presente causa, la recurrente ha manifestado que se ha violado el artículo 323 del Código Orgánico Integral Penal, mismo que tipifica y sanciona el delito de captación ilegal de dinero, en los siguientes términos:

*<sup>a</sup> Art. 323.- Captación ilegal de dinero.- La persona que organice, desarrolle y promocióne de forma pública o clandestina, actividades de intermediación financiera sin autorización legal, destinadas a captar ilegalmente dinero del público en forma habitual y masiva, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.*

*La persona que realice operaciones cambiarias o monetarias en forma habitual y masiva, sin autorización de la autoridad competente, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.<sup>o</sup>*

Además, subsume esta presunta transgresión en la vigencia de la dimensión de vicio *in iudicando* de contravención expresa del texto de la ley, yerro intelectual que a criterio del jurista Luis Cueva Carrión:

*<sup>a</sup> (1/4) se produce cuando en forma franca y directa se quebranta el precepto legal: no aplicándola, aplicándola solamente en parte o aplicando una norma no vigente (1/4) En forma expresa, se puede violar la ley, por acción o por omisión (1/4) Se viola la ley por acción cuando el juez aplica una norma que perdió vigencia o cuando, en su imaginación, crea una y le da vida jurídica aplicándola al caso que juzga (1/4) Se viola la ley por omisión cuando el juez no aplica la norma jurídica o cuando la aplica solamente en parte <sup>o6</sup>*

En mérito de lo expuesto, esta causal implica que el juzgador de segunda instancia ha incurrido en alguno de los siguientes escenarios:

a) No aplicar una norma jurídica que debe ser empleada al caso en concreto, en su totalidad o de forma parcial, sin que esto implique que en su lugar ha utilizado otra distinta o que se le ha otorgado otro alcance distinto al de su génesis.

b) Emplear una norma jurídica cuando no corresponde a su existencia o validez.

En tal virtud, quien alegue esta modalidad de error de derecho y con esta construya un cargo casacional, se encuentra en la obligación de darle respaldo argumentativo indicando en qué ha consistido el vicio, así como su incidencia en la decisión de la causa.

La impugnante señala de manera genérica que de los elementos fácticos confrontados con los probatorios, innegablemente se tiene que la conducta de los procesados se adecúa al ilícito de captación ilegal de dinero, tipificado y sancionado en el artículo 323 COIP, por lo que al dejar de aplicar esta norma se ha dejado en la impunidad un delito que amerita reproche penal.

Frente a lo que ha sido refrendado por la casacionista, del análisis vertido por el Tribunal *ad-quem* en la sentencia materia de impugnación, puntualmente a partir del considerando octavo titulado **<sup>a</sup> ANÁLISIS DEL TRIBUNAL<sup>o</sup>**, constatamos que existe una valoración de todo el acervo probatorio, y se confronta el contenido de medios de prueba que sirvieron de base para emitir el fallo de condena en primer nivel, con otros que no habrían sido analizados, con este efecto, en primera instancia.

De este ejercicio jurisdiccional de valoración probatoria y de contraste con el escenario fáctico realizado por la Corte de apelaciones, se tiene que la conducta es atípica, cuestión a la cual se arriba

---

6 Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Penal, Tomo III*. (Quito: 1995), p. 185.

tras determinar que no se cumplen con elementos típicos de la infracción del delito de captación ilegal de dinero, pues no se ha verificado la ejecución de los verbos rectores de organizar, desarrollar y promocionar de forma pública o clandestina por parte de los presuntos sujetos activos de la infracción ± María Paola Alvear Castro y Daniel Eduardo Borja Suárez-, mismos que deben concurrir conjuntamente para así poder atentar contra el bien jurídico protegido; asimismo, no se ha verificado como dimensión de la conducta que SAI BANK ±persona jurídica que no ha sido procesada en la presente causa- haya ejercido actividades de intermediación financiera sin la autorización legal de la autoridad competente a efectos de captar ilegalmente dinero, con la concurrencia de los elementos normativos habitualidad y masividad. En tal virtud, tras no poder efectuarse el juicio de tipicidad, tampoco corresponde realizar el juicio de reproche a los acusados, ya que no se ha superado el tamiz de la tipicidad, por lo que mal haríamos en precisar que su accionar es antijurídico y culpable, ergo que amerite la imposición de una pena.

Además, vale decir que la casacionista nuevamente incurre en la prohibición constante en el inciso segundo del artículo 656 COIP, ya que de forma categórica afirma que de la relación entre el elemento fáctico y probatorio se tiene tanto la materialidad del ilícito como la responsabilidad de los acusados, con lo que insinúa a que nos arrogemos funciones que no nos competen.

En consecuencia, resulta evidente que a más de no dotarse de una correcta fundamentación a este reproche, pues no se explica de forma puntual en qué consiste el error de derecho y cómo este pudo haber sido enmendado, no evidenciamos que se haya contravenido expresamente el texto del artículo 323 COIP, ya que no ha existido prueba que de sustento a la teoría del caso sostenida por la Fiscalía General del Estado, por lo que no correspondía la aplicación de esta norma jurídica.

En consecuencia, se rechaza este cargo casacional.

De lo expuesto, constatamos que en el fallo no consta ningún error de derecho que amerite que ejerzamos nuestra función nomofiláctica de manera oficiosa.

### **III. DECISIÓN**

En virtud de todo los considerandos que anteceden, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales anotadas, con fundamento en el artículo 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, **a ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA°**, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, declara improcedente el recurso de casación propuesto por la doctora

Zulema Pachacama Nieto, delegada de la Fiscalía General del Estado, y se confirma en todas sus partes el fallo dictado por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 28 de junio de 2019, las 17h10; por otra parte, de la revisión de la causa en su integridad, encontramos indicios posiblemente relacionados con las presuntas infracciones de fraude procesal, tipificada y sancionada en el artículo 272 COIP, defraudación tributaria, tipificada y sancionada en el artículo 298 *ibídem*, y de ocultamiento de información, tipificada y sancionada en el artículo 311 *ejusdem*, por lo que se dispone que Fiscalía General del Estado realice la investigación de la supuesta comisión de los referidos ilícitos. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

DRA. DANIELLA CAMACHO HEROLD

**JUEZA NACIONAL (PONENTE)**

MUÑOZ MORENO DILZA VIRGINIA

**JUEZA NACIONAL (E)**

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

**JUEZ NACIONAL (E)**