



Juicio No. 03204-2018-00904

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

AUTOR/A: LEON RODRIGUEZ IVAN XAVIER

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, lunes 22 de junio del 2020, las 15h59.

VISTOS: El ciudadana María Liduvina Castro Vizhñay (procesada), interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, de fecha 15 de julio del 2019, las 14h22; que confirma la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Primero de lo Penal de Azogues, de 8 de mayo del 2019, las 16h01, que la declara autora del delito de abuso de confianza, tipificado y sancionado en el artículo 187 inciso primero el Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad de un año, y la multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general.

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

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Hechos

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

^a (1/4) CUARTO: ALEGATOS DE APERTURA DE LA SEÑORA FISCAL: La Abg. Verónica Vicuña Serrano expone: María Liduvina Castro Vizhñay le confía a su hermana María Cenayda Castro Vizhñay, que vive en los Estados Unidos de América darle construyendo una casa en el terreno de donación de sus padres, ubicado en el sector de Chica Despensa, de la parroquia Jerusalén del cantón Biblian, provincia del Cañar. Razón por la cual desde el 18 de noviembre del 2013 al 21 de enero del 2017, envía dinero desde el país de Norte en cita a nombre de la procesada, por la suma total de 20.540.01 dólares. Sin embargo, el dinero María Liduvina Castro Vizhñay no le invierte en la obra encomendada, sino lo utiliza en construir su casa en el terreno de su propiedad contiguo al de la víctima. Configurándose con estos

elementos objetivos y subjetivo del delito de abuso de confianza, TIPIFICADO Y SANCIONADO EN EÑ Art. 187 inciso primero del COIP, pues la procesada incrementa su patrimonio con el dinero voluntariamente confiado a ella¹

1.2.- Actuaciones procesales relevantes

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación presentado por la encartada María Liduvina Castro Vizhñay, le anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

- i. Sentencia de primer nivel dictada por el Tribunal Primero de lo Penal del Cañar, de miércoles 8 de mayo del 2019, las 16h01, que la declara autora del delito de abuso de confianza, tipificado y sancionado en el artículo 187 inciso primero el Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad de un año, y la multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general.
- ii. Sentencia de segundo nivel, dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar, de 15 de julio de 2019, las 14h22, que rechaza el recurso de apelación presentado por la procesada, confirmando en su integridad la sentencia condenatoria recurrida.
- iii. Auto de 26 de julio de 2019, las 09h56, mediante el cual se dispone remitir a la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto por la procesada María Liduvina Castro Vizhñay.
- iv. Mediante sorteo de 23 de agosto de 2019, las 16h20, ante la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia; se conformó el Tribunal de Casación para conocer la presente causa; tribunal que de manera primigenia quedó integrado por los doctores: Miguel Jurado Fabara, como Juez Nacional Ponente; Marco Rodríguez Ruiz y Edgar Flores Mier, Jueces Nacionales.
- v. Mediante resoluciones No. 188-2019 y 197-2019, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura y oficio No. 2278-SG-CNJ-ROG, de 19 de noviembre del 2019, suscrito por la doctora Paulina Aguirre Suarez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se

¹ Ver sentencia de Tribunal Primero de lo Penal del Cañar que obra de fs. 225 a 234. (cita a fs. 233 vta)

encarga a los señores doctores Iván León Rodríguez y David Jacho Chicaiza los despachos de los ex jueces Nacionales Miguel Jurado Fabara y Edgar Flores Mier.

- vi. Mediante auto de fecha 28 de enero del 2020, las 10h21, el Tribunal de Casación, resuelve: **i)** admitir a trámite el recurso de casación interpuesto por la procesada María Liduvina Castro Vizhñay, respecto a la contravención expresa de la ley, por existir prejudicialidad.
- vii. Mediante auto de 28 de enero de 2020, las 10h21, el Tribunal Casacional convoca a los sujetos procesales a la audiencia oral reservada y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación.
- viii. Audiencia oral, reservada y de contradictorio de fundamentación del recurso, evacuada el 3 de febrero de 2020, a las 14h45, en la que intervinieron: la abogada Andrea Yajamin Chauca, en representación de la encartada recurrente María Liduvina Castro Vizhñay; la doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de la señora Fiscal General del Estado.

1.3.- Audiencia de fundamentación del recurso de casación

1.3.1.- Fundamentación del recurso interpuesto por la procesada María Liduvina Castro Vizhñay.

Durante la audiencia oral, reservada y de contradictoria de fundamentación del recurso, la abogada Andrea Yajamin Chauca, en representación de la indicada procesada y recurrente, con relación a los cargos admitidos a trámite, arguyó ~~en~~ lo medular:-

En relación a la contravención expresa de la ley, por existir prejudicialidad, dice que la primera contravención expresa de la ley, se da por cuanto, de los recaudos procesales no se ha analizado que existían instrumentos públicos de carácter civil, para que lleguen a una conclusión.

Dice que como segundo instrumento jurídico que es importante para una resolución, es que ha existido otra donación efectuada por el señor Manuel María Castro Calle y Rosario Vizhñay Pallahuachi a favor de la señora procesada en este caso, efectuada el 20 de mayo de

2013.

Que el tercer instrumento jurídico importante dentro de este caso, es el poder general que le ha otorgado la acusadora particular a la hoy procesada, el 8 de agosto del 2006, donde en virtud de este poder general, ha nacido una relación de mandato desde el 2006 hasta la presente fecha; y, que no ha existido revocatoria de dicho mandato.

Dice que en virtud de existir estos tres instrumentos jurídicos, le resulta inaudito que se condene a una persona sin un criterio jurídico extra penal que sirva de apoyo para resolver tales cuestiones, es decir, que si solo se considera el abuso de confianza, como un tema penal pese a que ha existido una relación de mandato, puede ocasionar que la justicia ordinaria tenga dos sentencias a la luz de un mismo hecho fáctico, las que en un futuro dice pueden ser contradictorias.

Que la contravención expresa de la ley, se ha dado en el artículo 2016 del Código Civil, puesto que los jueces del Tribunal y la Corte Provincial, no han alcanzado a diferenciar dos conceptos sumamente importantes dentro de la causa: la nuda propiedad y el usufructo vitalicio que han pesado sobre los dos inmuebles.

Así mismo dice, que la sentencia carece de lógica puesto que al mencionar que la procesada, ha tenido una mera tenencia de acuerdo al Código Civil, artículos 729, 584 y 585, esto es disfrazar lo que en realidad era un mandato; y, que los jueces del Tribunal y de la Corte Provincial, debieron haberse inhibido de conocer la presente causa, toda vez, que se trataba de una acción civil y no como erróneamente se lo ha hecho en el presente caso en el área penal.

Dice que es importante que se haga la conexidad al juez natural, sino existió prejudicialidad en el proceso para conocer una relación de mandato, de poder de usufructo, mucho menos dice habido la existencia de un Juez natural, derecho consagrado en el numeral 76.3 de la Constitución de la República y en el numeral 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Hace referencia a que la Corte Nacional de Justicia, ha manifestado en sus fallos, que el abuso de confianza tipificado en el artículo 563 del Código Penal, también es una estafa, que consiste de acuerdo a la jurisprudencia, " en aprovecharse de la credulidad de una persona para sacarle dinero o apropiarse de una cosa que le pertenezca a ella, fingiendo una calidad

que no ostenta, atribuyéndose lo que no se goza, simulando lo que no se posee, es decir mintiendo°.

Por otra parte, dice que para que exista estafa o para que exista abuso de confianza, se precisa la intención dolosa del hecho para apropiarse de una cosa ajena; y, que en el presente caso, de lo que obra del proceso ni el reconocimiento del lugar de los hechos ni el informe pericial contable, han avanzado a demostrar la intención dolosa por parte de la procesada; puesto que, apropiarse de dineros entregados por parte de la mandante hacia la mandataria, existiendo libre administración por el poder general, nunca se pudo haber configurado el delito de abuso de confianza.

Para concluir, manifiesta que la acción civil debería prevalecer a la penal a través de acciones previstas en la ley, con un juicio de rendición de cuentas establecido en el artículo 2050 del Código Civil, ya que es imposible que se configure un delito de abuso de confianza, por parte de la mandataria hacia la mandante, por lo que dice que la Corte Provincial, ha vulnerado los artículos 2026, 2020 del Código Civil, la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 8.1 y 76.3 de la Constitución de la República.

Pretensión:

ª Solicit[a] que se case la sentencia absuelva a la recurrente y se levante todas las medida cautelares impuestas en su contra.

1.3.2.- Contradicción por parte de Fiscalía General del Estado

La doctora Zulema Pachaca, Nieto, delegada de la señora Fiscal General del Estado, manifestó ~~en~~ lo principal:-

Que es pertinente, iniciar indicando que la Resolución 10-2015, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, claramente señala los parámetros para que el recurso de casación en materia penal tenga éxito o prospere, así esta resolución nos ha señalado que la recurrente debía haber empezado indicando cuál es la sentencia que recurre, las normas jurídicas que creyere vulneradas, una de las causales contempladas en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, en qué parte de la sentencia se encuentra el supuesto error jurídico, la trascendencia de esta supuesta vulneración por parte de los jueces del Tribunal de Apelaciones, pero nada de esto ha sido pronunciado en esta disertación por parte de la defensora técnica de la procesada.

La defensa técnica de la recurrente debió referirse a los artículos que han sido aplicados en

esta sentencia y no a los que ni siquiera se ha referido el Tribunal ad quem, pues se ha dicho que existe una contravención expresa de la ley sin indicar qué artículos; sin embargo, ha terminado manifestando que la sentencia a la que se refiere ha violado los artículos 2026 y 2020 del Código Civil, se ha referido al artículo 8.1 de la Convención y al artículo 76.3 de la Constitución de la República, pero el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, claramente señala cuando se ha violado la ley por contravención expresa, por indebida aplicación y por errónea interpretación de la ley, no de los convenios internacionales ni de la Constitución.

Se indicó también que, no debió aplicarse el artículo 187 inciso primero del COIP, por parte de los señores jueces, y para un mejor entendimiento se va referir de lo que se trata el delito, pues en esta caso la víctima, hermana de la procesada, mediante un poder general encargo a la procesada que construya una casa de propiedad de la mandante no de la mandataria, para que esa casa sirva de vivienda de su padre, pero que la procesada lo que ha hecho es disponer del dinero, que le fue dado, construyendo una vivienda para su provecho, por lo que claramente se adecua su conducta en lo que establece el artículo 187 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, que es el abuso de confianza, demostrándose que se dispuso del dinero arbitrariamente, por lo que dice que la intervención de la abogada defensora de la procesada, no tiene lógica ni asidero jurídico para seguirlo analizando.

En estas circunstancias al no haberse fundamentado correctamente el recurso de casación por la normas jurídicas que pudieron ser referidas, como son el artículo 455 del COIP y el 5.3 los que no han sido referidos, la defensa ha incumplido con el principio de la debida fundamentación y más aún con la demostración del error jurídico establecido o acusado en la sentencia recurrida, por lo tanto, solicita se declara improcedente el recurso de casación.

2.- ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1.- Competencia

- i. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2018, de 26 de enero de 2018, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) en su artículo 183, sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al COFJ, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013; así también emitió el respectivo instructivo para la distribución de causas en caso de renovación parcial de los miembros de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 02-

2018, de 01 de febrero de 2018.

- ii. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso de casación, conforme lo establece el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), artículo 10 inciso 2, 184 y 186.1 del COFJ; y, artículo 656 y siguientes del COIP.
- iii. Conforme ya quedara referido los numerales iv y v del subpunto 1.2, el Tribunal al cual le ha correspondido conocer y resolver el presente medio de impugnación ha quedado integrado por los doctores: Iván León Rodríguez (e) (Juez Nacional Ponente), Marco Rodríguez Ruiz y David Jacho Chicaiza (e) Jueces Nacionales.

2.2.- Trámite

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del COIP, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde emplear las normas vigentes al tiempo de inicio del proceso; por consiguiente, las normas aplicables son las contenidas en el referido Código Orgánico.

2.3. Validez procesal

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

2.4.- Reflexiones acerca del recurso de casación

La naturaleza del recurso de casación está íntimamente ligada con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 CRE²; es por ello, que en efecto, las personas tienen el derecho a reclamar el debido respeto y aplicación de la normativa vigente, al momento en que se presenta, en la realidad, cierta situación jurídicamente relevante que puede afectar a sus intereses y derechos. Dentro del proceso judicial, cualquier vulneración al ordenamiento

² La Corte Constitucional del Ecuador, en torno a la seguridad jurídica ha señalado ²/₄ [que] *se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela*¹/₄⁹ [Sentencia Nro. 006-09-SEP-CC. de 19 de mayo de 2009].

jurídico, que tenga como catalizador la actuación del juzgador al emitir su resolución, encuentra solución mediante el recurso de casación, el cual tiene como finalidad fundamental la corrección de errores de derecho.

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

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

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

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

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

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

2.5.- Examen de Casación

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

2.5.1.- El suscrito Tribunal Casacional, desde su rol como órgano de control de la legalidad de los fallos emitidos por los jueces de instancia, y de subsanador de yerros jurídicos en la sentencia -en el caso de haberlos-; previo a despejar los argumentos de la casacionista -lo cual se hará más adelante-, habida cuenta que el proceso que ahora nos ocupa, traído hasta esta sede casacional deviene del delito de ^aabuso de confianza^o, considera pertinente realizar el abordaje de este tipo penal, a fin de comprender el *sub júdice*; y, sobre todo para determinar con claridad meridiana si en la sentencia impugnada existe o no algún error de derecho que amerite ser casado.

El Diccionario de la lengua define al ^aabuso de confianza^o, como la ^ainfidelidad^o que consiste en burlar o perjudicar a otro que, por inexperiencia, afecto, bondad excesiva o descuido, le ha dado crédito.⁵

Cabe puntualizar, que el abuso de confianza es un delito autónomo y no una circunstancia agravante o una modalidad del robo, figura con la que en un principio estuvo confundido y posteriormente con el fraude.

Se configura cuando alguien adquiere la tenencia de una cosa mueble (no la propiedad) y el que goza de esa tenencia dispone de la cosa para sí o para otro, perjudicando a alguien.

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

5 Amuchástegui Requena, Irma G. Derecho Penal. Editorial Harla, México.

También se equipara a esta figura el caso del poseedor o propietario que disponga de su cosa mueble, cuando no podía hacerlo, por haber constituido sobre ella algún derecho a favor de un tercero, o al que hace pasar como propio un depósito.

El presupuesto básico del delito abuso de confianza, consiste en la disposición que hace el sujeto activo para sí o para otro, de una cosa mueble ajena, misma de la que se le ha transmitido la tenencia y no el dominio en perjuicio del pasivo.

Ahora bien, el alcance del vocablo transmisión, implica una transferencia de derechos, lo que quiere decir que la transmisión de la tenencia a que se refiere el ilícito de abuso de confianza como presupuesto lo es, que la cosa se traslade material y físicamente bajo cualquier título permitido por la Ley.

Nuestra Constitución de la República en su Art. 66 numeral 26 menciona el derecho a la propiedad, determinando lo siguiente: *"26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental"*.

El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas. Este tratamiento constitucional de la propiedad no comporta una simple cuestión de orden, sino que de él puede deducirse la doctrina que presenta la Constitución de la República respecto de este derecho.

En efecto, la Constitución de la República concibe a la propiedad como un "derecho civil", desde el plano del individuo, y en cuanto es un medio para lograr el pleno desenvolvimiento moral y material de la persona.

Mientras, que el Art.187 del Código Orgánico Integral Penal, lo tipifica de la siguiente manera:

"Abuso de confianza.- La persona que disponga, para sí o una tercera, de dinero, bienes o

activos patrimoniales entregados con la condición de restituirlos o usarlos de un modo determinado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La misma pena se impone a la persona que, abusando de la firma de otra, en documento en blanco, extienda con ella algún documento en perjuicio de la firmante o de una tercera.^o

Es decir este delito poco a poco logró su independencia y delimitó claramente sus propios rasgos constitutivos.

Ya que, por abuso de confianza se entiende la disposición para sí o para otro, en perjuicio de alguien, de cualquier cosa ajena de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, ya sea por ejemplo de una cantidad de dinero en cualquiera de las formas que lo presentan, esto es, violando la finalidad jurídica de la tenencia, en forma tal, que el abusario obre como si fuera su dueño, sea para apropiársela en forma de ilícita retención.⁶

En la práctica judicial se llega a confundir el abuso de confianza con el robo y el fraude; para delimitar estas figuras típicas se ha establecido el criterio de que en el abuso de confianza el sujeto activo ya detenta la cosa ajena mueble y únicamente dispone de ella en perjuicio de alguien, mientras que en el robo el activo del delito se apodera, va hacia la cosa mueble, y mientras que en el fraude la cosa va al activo, o sea es entregada por el pasivo en virtud de la actividad engañosa del activo.

Esto debido a que, el momento consumativo del delito de abuso de confianza, se constituye en el acto de apropiarse de la cosa, acompañado del dolo, o intención de no restituirla o devolverla a su propietario, de allí que, según Carrara, el elemento de la apropiación en el abuso de confianza incluye como presupuesto esencial, y por necesidad jurídica la intención de apropiarse por parte del agente del delito, intención que se traduce y resulta de un hecho externo que constituya jurídicamente acto de dominio, como sería la posesión de la cosa.⁷

6 Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México.

7 CARRARA, Francesco ?Programa de Derecho Criminal? ?segunda reimpresión de la tercera edición-, Parte Especial, Volumen III, Tomo V, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2000

Cabe puntualizar que no se integrará el delito de abuso de confianza, cuando la persona tenedora de la cosa, la retiene en su ámbito en ejercicio del derecho de retención, ya que tal derecho lo tienen el mandatario y el acreedor, es por eso que resulta claro que en estos casos no se ha transmitido la tenencia de las cosas y, por lo tanto, no realizan la conducta típica del abuso de confianza.

Este delito de abuso de confianza, básicamente consiste entonces en la apropiación dolosa en provecho propio o de un tercero de una cosa, mueble ajena que se ha recibido del propietario mediante un título no traslativo de dominio, y para un uso determinado.

De acuerdo con la definición anterior, el abuso de confianza se caracteriza entonces por, la apropiación del bien ajeno por parte de quien lo ha recibido por un título no traslativo de dominio de la cosa, lo cual constituye el presupuesto esencial del delito.

Elementos básicos de la integración del delito de abuso de confianza:

1.- En función de su gravedad:

El abuso de confianza es un delito, por que lesiona derechos derivados del pacto social creado por el hombre para vivir en sociedad, y a su vez es sancionado de acuerdo a las normas establecidas con anterioridad al hecho, imponiéndole el merecido castigo o sanción como lo pudimos observar en lo señalado en el Art.187 del Código Orgánico Integral Penal.

2.- Según su acción:

Este delito para su realización requiere de la acción de la sustracción del bien tutelado.

3.- Por el resultado Material:

Es eminentemente material, ya que en su efectuación siempre ocasionara un resultado exterior, el cual será la disminución en la economía de la víctima por la pérdida de sus bienes patrimoniales.

4.- Por el daño que causa:

Se considera que el delito de abuso de confianza, es de lesión, por que daña el bien jurídico tutelado, amparado por la norma, el cual es el patrimonio de las personas.

5.- Por su duración:

Se puede presentar con diversas acciones separadas en tiempo, produciendo una lesión jurídica patrimonial.⁸

Por ejemplo cuando el sujeto activo que comete la acción fuera un empleado de un establecimiento de ventas de algún producto o productos y el afectado fuera el dueño del mismo establecimiento en sus bienes patrimoniales.

O también puede ser permanente, es decir, prolongándose su efecto negativo a través del tiempo.

Cabe indicar, que el abuso de confianza, eminentemente es un delito doloso, a virtud de que se precisa de la plena voluntad del agente para cometer el delito.

Y debido a su naturaleza, de tal suerte, que sería sumamente difícil que se presentara culposamente, y de acuerdo a nuestra legislación es inaceptable, porque se requiere la plena intención de que con perjuicio de alguien, el agente disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la cual se le haya transmitido la tenencia y no el dominio.

Es un delito de estructura simple, por que causa una sola lesión jurídica al patrimonio de la persona.

Sujetos del Tipo Penal

Y finalmente es necesario mencionar que los sujetos de este delito son los siguientes:

Sujeto Activo:

⁸ ZAFFARONI, Eugenio R.-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro ?Tratado de Derecho Penal?, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

Será cualquier persona, porque el tipo penal no especifica alguna calidad especial, ya sea por ejemplo que el sujeto activo deberá ser dueño, cuando la cosa se encuentre embargada y este tenga el carácter de depositario judicial, o como depositario de un contrato de prenda celebrado con alguna institución de crédito.

Sujeto Pasivo:

Será cualquier persona, ya que esta es quien le ha confiado la tenencia del objeto.⁹

2.5.2.- Una vez que ha sido abordado el tipo penal de ^aabuso de confianza^o, que han quedado, claro sus elementos; cabe ahora remitirse y/o despejar los argumentos ±entiéndase alegaciones o reproches planteados por la casacionista-, desde la óptica estricta de las causales casacionales o errores *in iure* que prevé la norma, esto es: **^aerror de omisión o contravención expresa^o** reprochado por la encartada es así que:

2.5.2.1.- Cabe dejar precisado, una vez más, que el medio de impugnación que ahora nos ocupa se trata, primero, de un recurso extraordinario y, segundo, de uno de orden eminentemente técnico, que obliga al casacionista a desarrollar un esfuerzo técnico-jurídico en la manera de cómo presentar los cargos¹⁰ casacionales.

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

2.5.2.2.- En cuanto al reproche de: *“contravención expresa de la ley por prejudicialidad”*.

Conforme quedó ya precisado en este fallo, para lo cual, en lo medular la defensa explica que no se ha considerado la existencia de tres instrumentos de carácter civil, esto es la existencia de un contrato de donación, un contrato de mandato y un contrato de usufructo, que corrobora la naturaleza jurídica del conflicto sometido a conocimiento de la justicia concierne al ámbito civil; y, que ha llevado al Tribunal Ad quem actuar sin competencia. De igual manera se indica, que existe una vulneración de los artículos 2020 y 2026 del Código Civil, por lo que el Tribunal de Apelaciones no ha aplicado el principio de prejudicialidad.

9 FONTAN BALESTRA, Carlos *Tratado de Derecho Penal*? segunda edición actualizada por Guillermo Ledesma-, Tomo VI, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

10

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

Planteada así la alegación, para despejar la misma, es menester señalar que el presente reproche se lo ha realizado bajo la causal de contravención expresa (error de omisión); de allí que, resulta pertinente señalar que este tipo de yerro *in iure* desde el marco de la técnica jurídica necesaria- implica obligatoriamente la comparación de la narración realizada por el juzgador en su sentencia versus el supuesto fáctico que prevé la norma (artículo 187.1 COIP); ahora bien, se debe reparar que, cuando se alega esta causal o cargo, lo que el recurrente debe indicar, imperiosamente, es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador (falta de aplicación); es por ello que, en este sentido, huelga reiterar, que se debió hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el Tribunal *Ad quem* juzgador y el supuesto fáctico de la norma; y, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error, caso contrario no.

Es así que, una vez precisado que ha quedado el yerro *in comento*, acorde con lo alegado por la casacionista y que consta detallado en él; insistiendo en que el error de derecho denominado contravención expresa al igual que todos los demás- demanda de su debido tecnicismo, ya que no cualquier alegación puede ser planteada bajo el reproche general de contravención expresa, y tiene que hacerse alusión a los casos que la jurisprudencia y la misma norma sugieren en cuanto a lo que constituye tal error *in iure*; y, de lo alegado por la defensa técnica de la recurrente, aquello no ha ocurrido, pues, simplemente se ha hecho una exposición de la inconformidad de lo que su decir-, ha sido la forma como ha sido aplicada la norma, lo cual no debe necesariamente desembocar en una violación directa de la misma; y, es más se hablado de que existe prejudicialidad, habida cuenta de que este asunto es meramente taxativo que debe ser determinado por la ley, la misma que establece expresamente en qué casos corresponde aplicársela y determinar si procede o no el inicio de juicio penal, en tal virtud, al estar indebidamente fundamentado este cargo, el Tribunal de casación lo inadmite.

2.5.2.3.- De allí que, sobre la base del desarrollo argumentativo del recurrente, este Tribunal más allá de determinar que la fundamentación misma del recurso de casación no solamente que no se rige al cargo casacional que fueran oportunamente admitido y dado a conocer a los sujetos procesales en el auto correspondiente y en los que se debió haber centrado su alegación, incluso por los efectos de la contradicción; si no que, además, resulta que no se justificó los errores de derecho alegados, conforme ha quedado evidenciado; es por ello que, ante la falta de sustento adecuada, y sobre todo precisa, el recurso, en sí mismo, deviene en improcedente ya que no permite a este Tribunal de Casación prosperar en su examen; más aún cuando, inclusive, cabe reparar que en varias resoluciones de este órgano jurisdiccional se ha reiterado que la casación debe interponerse únicamente con base y por los motivos previstos en el artículo 656 COIP, ya que no cualquier clase de "inconformidad" con la sentencia, es susceptible de ser recurrida por esta vía; inconformidad, que precisamente es la premisa

que ha evidenciado y señalado el recurrente es su alegato; por lo que, el recurrente debió tener presente la prohibición expresa para este medio de impugnación extraordinario, en cuanto a que se encuentra vedado en este escenario la revisión de hechos y revaloración probatorio; es por ello que, en la forma cómo han sido planteados los reproches -ya despejados-, incluso, cabe considerar ameritaría que este Tribunal se adentre en la revisión y valoración del acervo probatorio, pues se pretende, que se revisen documentos, etc.; lo cual no es procedente.

2.5.2.3.- Empero al tener este Tribunal facultad oficiosa, respecto a establecer los nombramientos jurisdiccionales o establecer justicia, corrobora lo siguiente: revisada que ha sido la sentencia del Tribunal Ad-quem, se considera que en el análisis de los considerandos séptimo y octavo del fallo casado, el Tribunal incurre en un grave error cuando no hace una verdadera identificación de los elementos del tipo penal y principalmente del elemento subjetivo del dolo, y al dar por probado ciertos hechos de que efectivamente existe una relación familiar, y que habiendo él envió de dineros, en este caso a la procesada María Liduvina Castro, la que ha destinado a la construcción de una vivienda, este Tribunal de casación, considera que el yerro incurrido por el Ad- quem es que considera que la construcción se la hizo en un terreno ajeno, sin hacer una verdadera valoración de los elementos objetivos del tipo penal, esto es el dolo y que exista la disposición arbitraria.

Según la teoría de la imputación objetiva un resultado es objetivamente imputable a un sujeto cuando el sujeto ha creado un riesgo típica o penalmente relevante que se realiza en el resultado: **a.-** Con su acción, dolosa o imprudente, ha creado un riesgo penalmente relevante que supera las fronteras del riesgo permitido; **b.-** Es ese riesgo el que se ha realizado en el resultado, o lo que es lo mismo, en el resultado se ha realizado el riesgo que la norma de cuidado infringida por el sujeto tenía por misión evitar.

En el abuso de confianza la imputación al tipo subjetivo no sólo procede una vez verificada la del tipo objetivo, sino además se predica única y exclusivamente de aquellos actos que integran su realización. Sobre lo primero es importante recordar que el tipo objetivo se refiere, entre otras cuestiones, a la conducta que realizó el sujeto activo (Tipo doloso de acción, Tipo imprudente de acción, Tipo doloso de omisión, Tipo imprudente de omisión, al Sujeto activo, Sujeto pasivo; Objeto material; Bien jurídico protegido; Víctima y Perjudicado); y, en su caso, a la necesidad de que se genere un resultado y su nexos con la conducta (relación de causalidad e imputación objetiva).

En la imputación subjetiva, es tradicional que el dolo sea definido como **querer y conocer** los elementos descritos en el tipo penal. El sujeto sabe lo que hace y quiere hacerlo. En consecuencia, el dolo, en tanto se refiere al conocimiento y la voluntad de todos los elementos que constituyen el tipo objetivo, se demuestra valorando aquellos datos, precisamente objetivos, que rodean la realización de

la conducta. La prueba relativa al ingrediente cognitivo y volitivo del dolo, puede deducirse de los mismos actos de naturaleza objetiva que constituyen la acción objeto de estudio del juzgador, pero también de circunstancias ocurridas antes o después de ésta, en todo caso, analizadas mediante criterios normativos y no tendientes a descubrir datos psicológicos en el agente, siempre y cuando guarden directa relación con la situación típica y, por lo tanto, no constituyan derecho penal de autor¹¹.

El delito debe causar un daño, consistente en un perjuicio económico, aunque no se necesita que paralelamente se enriquezca el autor del ilícito. Se exige el dolo, ya sea de la intención de enriquecerse, o la de dañar el patrimonio administrado.

Los tres elementos que constituyen la figura delictiva denominada abuso de confianza son: la entrega de la cosa, en virtud de la confianza o de un contrato que no transfiere el dominio; que la confianza haya sido alcanzada con fines distintos del de disponer de lo ajeno, y que el acusado disponga de los fondos para otros objetos distintos de los indicados, sabiendo que no le pertenecían.

También se habla en el fallo recurrido, sobre el destino que se dio al dinero para la construcción de la vivienda, sin acreditar tales hechos ya que se indica que se ha construido en un terreno de la procesada la vivienda, haciendo mención que ha sido probado tal circunstancia; sin considerar que el terreno era proindiviso, entre la procesada y la víctima ± consta del expediente-; observando que de la revisión de la sentencia, el Tribunal de Apelación no llega a tener una adecuación típica de estos elementos, la vulneración de los principios constitucionales al querer atribuirle el delito de abuso de confianza a una ciudadana sin que exista la relación de causalidad entre el hecho punible y el nexo causal, ya que en dicho proceso tendría que resolverse el caso en la vía civil, más no por la vía penal, lo cual vulnera el derecho al debido proceso, así como también los derechos establecidos en el Art. 76 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador; y, que el Juzgador solo puede resolver, sobre una verdad procesal que las partes han coadyuvado entre sí a construirla sobre la base de los hechos reales de lo que el juzgador conocerá en su función, en la forma que le ha sido posible a las partes, trasladar al conocimiento del Juez y convertirla en verdad procesal en la que aparecen circunscrito los hechos, ya que la prueba tiene por finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, conforme lo establece el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal.

Un delito doloso, precisa de la plena voluntad del agente para cometer el delito, se requiere la plena intención de que con perjuicio de alguien, el agente disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la cual se le haya transmitido la tenencia y no el dominio.-Es eminentemente material siempre ocasionará un resultado exterior, el cual será la disminución en la economía de la

11 EDGARDO ALBERTO DONNA. DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL. Tomo II-B

víctima por la pérdida de sus bienes patrimoniales; es un delito de lesión, por que daña el bien jurídico tutelado, amparado por la norma, el cual es el patrimonio de la persona.

En Derecho el abuso de confianza es un delito en el que el delincuente abusa de la confianza depositada por la víctima. Aprovechando que la víctima le concede el uso o la tenencia de dicho bien. En el presente caso, no se ha considerado por parte del Tribunal de Apelación, la existencia de instrumentos de carácter civil, porque no se ha justificado la conducta penalmente relevante de la procesada, ya que el artículo 187.1 del Código Orgánico Integral Penal, nos habla de disposición arbitraria, lo que no ha sido analizado por los jueces de instancia, por lo que, de la revisión del proceso se tiene como cierto que efectivamente se construyó una vivienda, que existe y fue utilizada mientras vivía el padre, pero no se ha demostrado que se ha construido la vivienda en terreno de la procesada, por lo que estaríamos ante otro tipo de infracción, que entra en el ámbito civil, pero no se configura el delito de abuso de confianza.

Una de las formas de apropiarse del bien objeto del delito en el abuso de confianza es la retención de la cosa con el ánimo de apropiársela, y con el propósito de no restituírsela a su dueño. El momento consumativo del delito de abuso de confianza se constituye en el acto de apropiarse de la cosa, acompañado del dolo, o intención de no restituirla o devolverla a su propietario, de allí que, según Carrara, el elemento de la apropiación en el abuso de confianza incluye como presupuesto esencial, y por necesidad jurídica la intención de apropiarse por parte del agente del delito, intención que se traduce y resulta de un hecho externo que constituya jurídicamente acto de dominio, como sería la posesión de la cosa.

Con la noción de confianza legítima se alude a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener de otro, una prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses, derivada de la conducta de este último, en el sentido de fomentar tal expectativa, en este sentido, conforme el sistema vigente, en las resoluciones judiciales sólo se podrá admitir como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas como ocurre en esta causa, lo cual impide que aquellas sean fundadas en elementos puramente subjetivos; por tanto, como ya se dijo *ut supra*, del análisis efectuado por el Tribunal de Apelaciones, no se ha llegado a tener una adecuación típica de los elementos, (dolo) y sin establecer que exista la relación de causalidad entre el hecho punible y el nexo causal, ya que en dicho proceso tendría que resolverse el caso en la vía civil, más no por la vía penal.

3.- RESOLUCIÓN

Sobre la base de lo queda expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **^a ADMINISTRANDO JUSTICIA EN**

NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA°, al tenor del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, resuelve:

3.1.- Declarar improcedente el recurso de casación interpuesta, por **María Liduvina Castro Vizhñay**; al no haber justificado, conforme a derecho.

3.2.- Casar de oficio, la sentencia impugnada, esto es la dictada por el Tribunal Ad-quem, el 15 de julio del 2019, las 14h22; para corregir las vulneraciones declaradas en el numeral 2.5.2.3 de este fallo; en consecuencia, se ratifica el estado de inocencia de la señora María Liduvina Castro Vizhñay, dejando sin efecto todas las medidas cautelares y reales que se haya dictado en esta causa.

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

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

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL (E)

DR. MARCO RODRIGUEZ RUIZ

JUEZ NACIONAL