

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. - TERCERA SALA DE GARANTIAS PENALES. Quito, viernes 1 de noviembre del 2013, las 10h26. VISTOS: En la causa 298-2013. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y Fiscalía General del Estado en contra de Juan Carlos Jarrín y otras. Constituida la Sala en audiencia para resolver el recurso de nulidad del Auto de Llamamiento a Juicio interpuesto por Juan Carlos Rivera Jarrín, Magaly del Carmen Guerra Zambrano, Blanca Leticia Soria Guadalupe al auto de llamamiento a juicio dictada 12 de julio del 2013, las 15h23, por el señor Juez Décimo Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, que se sigue en su contra por el delito de peculado tipificado y sancionado por el Art. 257 del Código Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Sala es competente para resolver el recurso mencionado en virtud del sorteo de Ley, y conforme lo previsto en el Art. 332 del Código de Procedimiento Penal y Art. 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial. SEGUNDO: ANTECEDENTES.- La acción, llegó a conocimiento de la Fiscalía mediante informe de indicios de responsabilidad penal, IESS-AUDI-00-15-2012 practicado al hospital del IESS Carlos Andrade Marín Quito, a los egresos por compras de bienes y servicios de los HCAM a favor de Pallo Nacimba Germán Eduardo, propietario de MR Vidriería, por el periodo comprendido entre el 2 de enero del 2008 y el 30 de junio del 2012, que determina irregularidades específicamente en el modelo de contratación en particular en la modalidad de contratación por administración directa de acuerdo al reglamento de determinación de etapas en ejecución de obras públicas emitidas por la Contraloría General del Estado mediante acuerdo 817 publicado en el R:O 779 de 27 de septiembre del 1991 en su Art 10 dispuso una modalidad de ejecución: la auditoria en base a esta directriz emitida por CGE invoca que no existe disposiciones emitidas por el consejo directivo del IESS, en el cual se haya normado los procedimientos que faculten a las unidades médicas para la adquisición de bienes y servicios; el 24 de marzo del 2008 la Contraloría General del Estado aprobó el examen especial de ingeniería a las unidades médicas del IESS estableciéndose varias observaciones; irregularidad en el proceso para establecer el pago de obras, consta el informe N. 11101-2104; otra irregularidad en el proceso es la de gestiones del departamento financiero; el IESS no tiene un manual de puestos existentes; otra irregularidad son los pagos realizados al contratista Pallo Nacimba German Eduardo, es la cuantificación de obras ejecutadas; los valores de planillas avaladas, los valores cancelados con valores no aceptados por los funcionarios no involucrados; valores cancelados sin documentos de respaldo; por lo que establecidas las irregularidades invocadas se presume que se causó perjuicio económico al hospital del IESS CAM por un valor de \$ 1.546,508,64 centavos. Con estos antecedentes el Juzgado Décimo Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, dispone notificar con el inicio de instrucción fiscal a los procesados Magaly del Carmen Guerra Zambrano, Hilda Jacqueline Sandoval Hinojosa; Nelly Cumanda Aulestia Cela; Germán Eduardo Pallo Nacimba; Leonor Amparo de Marillac Carbonell Yonfa y Marco Alfonso Noroña, por el delito tipificado y sancionado en el Art. 257 inciso primero del Código Penal, además debido a la existencia de indicios y presunciones graves sobre la participación de los procesados en el mismo, debido a que el procesado no han justificado su arraigo social, laboral o familiar y por encontrarse reunidos todos los requisitos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal se ordena la prisión preventiva de Magaly del Carmen Guerra Zambrano, Hilda Jacqueline Sandoval Hinojosa y Germán Eduardo Pallo Nacimba. En relación a los procesados Nelly Cumanda Aulestia Cela, Leonor Amparo de Marillac Carbonell Yonfa y Marco Alfonso Noroña por no estar reunidos los requisitos establecidos en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, se ha procedido en aplicación de los requisitos establecidos en los Arts. 159 y 160 numerales 4 y 10 ibidem. En el trascurso de la instrucción fiscal se realizaron varias vinculaciones. Trascurrido el

tiempo de esta instrucción fiscal el día 18 de junio del 2013, a las 09h09, se realiza la Audiencia Preparatoria del Juicio y de Formulación del Dictamen y la Fiscalía de Pichincha, emite dictamen acusatorio en contra de a los procesados Germán Eduardo Pallo Nacimba, Magaly Del Carmen Guerra Zambrano, Marco Alfonso Noroña e Hilda Jacqueline Sandoval Hinojosa, por el delito tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal, en calidad de autores de la infracción por cuanto han tenido una participación directa y han permitido el perjuicio al Estado; en cuanto a Blanca Leticia Soria Guadalupe, Juan Carlos Rivera Jarrín, Galo Ernesto Rodríguez Salazar y Olga Otilda Zambrano Zambrano, en calidad de cómplices de la infracción ya que sin que tengan relación alguna con el señor Pallo Nacimba, cobraron los cheques; solicita Fiscalía se dicte el auto de llamamiento a juicio en contra de los hoy acusados y que se mantengan las medidas cautelares ordenadas.- Por cuanto no existen suficientes indicios de responsabilidad, se abstiene de acusar a Nelly Cumanda Aulestia Cela, Martha Esther Cañizares Cárdenas, Leonor Amparo de Marillac Carbonell Yonfa, Lenin Orlando Andrade López, Teresita Del Pilar Piedra Moreno, después de la misma se emite un auto el día 12 de julio del 2013, las 15h23 y se resuelve: "...dicto auto de llamamiento a juicio en contra de Germán Eduardo Pallo Nacimba, Magaly Del Carmen Guerra Zambrano, Marco Alfonso Noroña E Hilda Jacqueline Sandoval Hinojosa, en calidad de autores del delito tipificado y sancionado por el Art. 257 del Código Penal, en concordancia con el Art. 42 ibídem; en el mismo sentido; dicto auto de llamamiento de Blanca Leticia Soria Guadalupe, Juan Carlos Rivera Jarrín, Galo Ernesto Rodríguez Salazar y Olga Otilda Zambrano Zambrano, en calidad de cómplices del delito tipificado y sancionado por el Art. 257 del Código Penal, en concordancia con el Art. 43 ibídem..." TERCERO: ARGUMENTOS DE LAS PARTES.- Inconformes con esta decisión, los procesados Juan Carlos Rivera Jarrín, Magaly del Carmen Guerra Zambrano, Blanca Leticia Soria Guadalupe han presentado un recurso de nulidad del auto de llamamiento a juicio dictado por el Juez Décimo Cuarto de Garantías Penales, recayendo en la Tercera Sala de lo Penal de Corte Provincial de Justicia la misma que avoca conocimiento de la causa señalando el día 04 de octubre del 2013, a las 08h30, para que se lleve a efecto la audiencia pública y oral de juzgamiento. 3.1.- Fundamentación de Juan Carlos Rivera Jarrín a través del Dr. Guido Escobar Pérez, quien en lo principal manifiesta: Hemos recurrido del auto de llamamiento a juicio porque mi defendido en el juicio llevado ante el Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Pichincha, fue sobreseído, a fs. 4030 y 4031 está el escrito presentado por una de las procesadas Nelly Aulestia de 29 de mayo del 2013, presentada a la Fiscal de la causa, con ese escrito adjunta la sentencia del Tribunal Penal que consta de autos en el cuerpo 44, de fs. 4378 a 4380, consta el acta de la audiencia de vinculación ante el Juez Décimo Cuarto de Garantías Penales, del 25 de enero del 2013, en esa audiencia adjuntamos el auto de sobreseimiento de mi defendido, se hizo hincapié que el auto que estaba ejecutoriado porque ninguna de las partes procesales apeló, por eso es que junto a esta audiencia consta en el expediente el auto de sobreseimiento de mi defendido, auto que esta de 4381 a 4387 y que fue dictado por el Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Pichincha, y que se dictó el 22 de noviembre del 2012 en la causa 1120-2012, por los mismos hechos, hay identidad objetiva y subjetiva; a fs. 4387 a 4391 consta el acta de audiencia preparatoria llevada ante el Juez Décimo Cuarto de Garantías Penales, llevada a cabo el 18 de junio del 2013, todos los abogados defensores alegaron la disposición del Art. 76 numeral 7 literal i) que en doctrina los conocemos como "non bis in ídem", en el primer momento de esta audiencia todos lo alegamos, el Juez pidió un receso casi de 2 horas y que luego se iba pronunciar, luego del receso el Juez declaró la validez procesal porque ninguno de los abogados había presentado copias certificadas de la sentencia, sin decir absolutamente nada del auto de llamamiento a juicio, continuó la audiencia y al observar la posición del Juez volví a presentar en la audiencia, con sustento en el 226 numeral 2 en la parte final del Procedimiento Penal, que nos permite presentar todo medio de prueba y volví a presentarlo, la misma que en la parte final de la audiencia

-76-P
detenido
Jes

de vinculación consta que yo presenté el auto, esta misma Sala nos ha indicado en días inmediatos otras decisiones, en la causa del GAO 63-2013, de que en las audiencias no hay preclusiones, porque la audiencia en nuestro sistema no consta por etapas, sino que es una sola, de ahí la explicación del último inciso del Art. 222 numeral 2, esta Sala ya se pronunció y nos hizo conocer a los abogados que declararon la nulidad de la causa y que la audiencia se dio hace 6 meses porque no había precluido la audiencia, este antecedente es necesario para inteligenciar mi propuesta, para mi defensa es muy importante diferenciar que el Juez solo se pronunció de la sentencia y no dijo nada del auto de sobreseimiento dictado a favor de mi defendido, a fs. 4399 y luego de la audiencia presenté un escrito pidiendo un desglose del auto que presenté dentro de la audiencia y del certificado entregado por la Contraloría General del Estado, en donde ésta dice que jamás en contra de mi defendido se ha determinado responsabilidades administrativas, civiles o indicios de responsabilidad penal, el auto de llamamiento a juicio fue dictado el 12 de julio del 2013, y nótese que yo la petición de desglose presente el 19 de junio del 2013, en este mismo auto ordena el desglose y hace constar que yo presenté dentro de esa audiencia el auto de sobreseimiento en favor de mi defendido, a fs. 4420vta., en la parte final del auto dice "después que esta judicatura se pronunció, declarando la validez procesal, precluyó", de otro lado en el informe de indicios de responsabilidad penal aprobado por la Contraloría que constan a fs. 10 a 811, no consta una sola letra en el que se involucre a mi defendido, ni en el informe ni en sus anexos, es decir si el informe de la Contraloría no le involucra a mi defendido, no puede ser llamado a juicio, porque también el control gubernamental tiene un debido proceso, y al referirse al derecho a la defensa el Art. 90 de la Ley Orgánica de la Contraloría dice que se notificará con el inicio del examen, la comunicación parcial de resultados, y el mismo informe, porque la Contraloría ya ha ido acoplado su accionar a la nueva Constitución, lo propio dice el Art. 20 del Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de la Contraloría, en este caso no le notificaron por que la Contraloría solo notifica a quienes puede vincular, por todas estas razones y porque mi defendido se presentó en 2 ocasiones antes de la decisión del Juez, en la audiencia de vinculación ya se presentó y consta en el acta y luego en la audiencia inmediata anterior se presentó nuevamente, y el Juez en ninguna de estas dos se pronuncia, solamente señala de que no han justificado quienes alegaron la sentencia, pero no dice nada sobre el auto de sobreseimiento que no fue apelado, por todas estas razones solicito a la Sala que se declare la nulidad de la decisión del Juez Décimo Cuarto. 3.2.- Fundamentación de Magaly Del Carmen Guerra Zambrano, a través del Dr. Cristian Molina, quien en lo principal manifiesta: Amparado en el Art. 330 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el Art. 76 numeral 7 literal i) de la Constitución, Art. 5 del Código de Procedimiento Penal; y, Art. 8 numeral 4 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos he presentado este recurso de nulidad, por cuanto se ha vulnerado el procedimiento y por ende se afecta en la decisión de la causa, esto bajo los principios del non bis in idem, porque existe identidad objetiva y subjetiva, en este proceso y en el proceso 293-2013 que conoce esta Sala, voy a indicar como se tramitó estos juicios, el primer juicio empieza en el Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales de Pichincha, porque el Dr. José Miguel Jiménez formuló cargos por el delito de apropiación ilícita en contra de Magali Guerra y otros, se dio inicio a la instrucción y aquí el Fiscal el 4 de septiembre del 2012 emite una resolución en la que indica que se oficie a Contraloría para que realice un informe y establezca indicios de presunciones de responsabilidad penal por que hay presunciones de apropiación ilícita de fondos, efectivamente se hace el informe de Contraloría y se estableció estas presunciones, con este argumento y otros elementos de convicción fuimos a audiencia preparatoria de juicio y formulación de dictamen en el Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales de Pichincha, en dicha audiencia el Fiscal y eso consta en auto que está en cuerpo 45 de este expediente, el Fiscal indica que en base al informe de Contraloría se ha justificado que hay una apropiación indebida de fondos del Hospital CAM, indica que la señora Magali Guerra cumplía las funciones de emitir

boletines de egreso y estos no han sido debidamente justificados, el Fiscal termina acusando y el Juez Décimo Quinto llama a juicio en calidad de autores a Magali Guerra por el delito de apropiación ilícita del 553.1 del Código Penal, en esta misma audiencia el Fiscal dispone que se remitan copias certificadas de todo lo actuado para que realice una nueva investigación por el delito de peculado, que tiene relación con la apropiación ilícita de dineros del Estado. así se realizó un nuevo proceso penal en el Juzgado Décimo Cuarto de Garantías Penales, bajo los mismos hechos que ya fueron resueltos en la audiencia que se tramitó en el Juzgado Décimo Quinto, entonces aquí da identidad tanto objetiva como subjetiva, y la vulneración al principio de que nadie puede ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos, existe unidad de personas, hechos, circunstancias, de indicios. por ello concurrimos a la Sala para que ustedes observen esta vulneración al debido proceso; el principio non bis in idem es un derecho que no solo está consagrado en nuestra norma supra sino en Convenios y Tratados Internacionales de Derechos Humanos que son de inmediata aplicación según el Art. 11. 3 y 426 de la Constitución, pues forma parte del denominado bloque de constitucionalidad, es importante indicar que respecto del juicio del Juzgado Décimo Quinto ya el Tribunal Quinto de Garantías Penales sobre los mismos hechos dictó una sentencia de la cual esta Sala conoce el recurso de apelación de la misma, sentencia en la cual se trató de los mismos hechos, motivos e informes, por lo expuesto solicito se declare la nulidad de todo lo actuado en esta audiencia. por existir identidad objetiva y subjetiva. 3.3.- Fundamentación de Blanca Leticia Soria Guadalupe a través del Dr. David Vaca Jaramillo, quien en lo principal manifiesta: Empiezo manifestando que de conformidad con el Art. 332 del Código de Procedimiento Penal hago constar que la causa de nulidad que motiva el recurso que se presenta a nombre de Blanca Soria tiene que ver con el hecho de que en la sustanciación del proceso se ha violado el trámite previsto en la ley y ha influido en la decisión, este recurso de nulidad se presenta por la causal tercera del Art. 330 del Código de Procedimiento Penal, en la audiencia, previa a la emisión del auto de llamamiento a juicio dictado por el Dr. David Jacho Juez Décimo Cuarto, en esta audiencia se refirieron por parte del Ministerio Público a los hechos que motivan el inicio de este proceso a través de una instrucción fiscal, y aquí verán que en la audiencia de formulación de cargos del 17 de diciembre del 2012 se refieren las circunstancias que se van a investigar, esto está a fs. 1346 del expediente fiscal, que se entregó cuando se dictaminó, en esa formulación de cargos ustedes verán que en el antecedente del proceso, hay un informe hecho al HCAM por compra de bienes y servicios a favor de Pallo Nacimba Jorge Eduardo propietario de una vidriería por el período de enero del 2008 a junio del 2012, aquí se establecen irregularidades específicamente en el modelo de contratación por administración directa, dice la Fiscalía en la audiencia, que la auditoría no existe disposiciones emitidas por el Consejo Directivo del IESS para la adquisición de bienes y servicios, en esta audiencia se mencionan varias irregularidades que se investigan por que el faltante en el HCAM es \$. 1'564.508,64, eso en el Juzgado Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, en este proceso que se inicia por el delito de peculado, y en el antecedente se menciona esta cifras y los hechos para llegar esta cifra, son los que tienen que ver a criterio de Fiscalía con el delito de peculado, esto fue en diciembre del 2012, ya en el Juzgado Décimo Quinto de lo Penal, por los mismos hechos y por el mismo perjuicio ya se había seguido otro proceso de enriquecimiento ilícito, porque en la audiencia de formulación de cargos por los mismos hechos se inicia un proceso de Peculado, pero aquí no se dice que antes de este proceso por peculado ya se siguió otro proceso por apropiación indebida en el que ya se dictó sentencia; primero se inicia un proceso de apropiación y luego uno por peculado contra las mismas personas y por los mismos hechos, vamos al primer proceso del Juzgado Décimo Quinto y por el que el Tribunal Quinto de Garantías Penales dictó una sentencia, es decir se inició un proceso por asuntos relacionados con un dinero que falta en el HCAM, y el delito que se acusó es el 553. pero el Tribunal indica que no lo es, a pesar de ser los mismos hechos, las mismas personas, el mismo faltante, está mal y como la actuación es indebida, sigue el de

-772
delito de
Lieto

peculado, en esta sentencia también se menciona el delito de peculado y remiten las actuaciones a Fiscalía para que se inicie otro proceso, la pertinencia de este recurso es porque hay que tener en cuenta, y no entiendo la actitud de la Fiscalía en este sentido, si ya inició por unos hechos por un faltante de más de un millón y medio de dólares, porque inician un proceso del delito tipificado en el Art. 553.1 en el que se quiere establecer que falta más de un millón y medio de dólares, porque después inician un proceso por peculado por los mismos hechos, yo me imagino que se habrán dado cuenta en la Fiscalía de que el proceso iba a quedar suspenso, porque el delito del 553 para el juzgamiento las personas tienen que estar presentes, dijeron que faltaba ese dinero, ya se siguió un proceso que no nos sirve por que iba quedar suspenso, entonces sigamos peculado por aquí se puede juzgar en ausencia, entonces se inicia el otro proceso, por los mismos hechos, resulta que ese proceso iniciado por el 553 lo tienen ustedes y el del 257 también lo tienen ustedes, ahí corresponde analizar lo que dice la legislación procesal ecuatoriana en concordancia con la Constitución en el Art. 76 numeral 7 literal i), es lo que se conoce como el principio non bis in idem, la definición del non bis in idem está en el Art. 297 del Código de Procedimiento Civil, es realmente curioso, cuando la Fiscalía comete un error, y en la sentencia se le llama la atención por su mala intervención, ya siguió el proceso por el delito tipificado en el Art. 553. Llegó a Tribunales, y si se equivocó de tipo penal no es problema nuestro, e inician otro proceso, es un abuso, y lo que ordena la Constitución que dice que no se puede seguir más de un proceso por los mismos hechos; ya se inició por el 553, se llevó a Tribunales, se ha dictado sentencia, como no les gustó y se dieron cuenta que no iban a poder sentenciar a los prófugos, inician por peculado, y violan la Constitución de la República del Ecuador, aquí hay un hecho cierto que en el HCAM se estableció que se produjeron hechos que llevaron a que en las arcas de esa institución pública falte un millón y medio de dólares, el proceso se inició y está dado, se está siguiendo un proceso dos veces y por eso el proceso es nulo, en la sustanciación del proceso se ha violado la Constitución y por eso esto ha tenido influencia directa en la decisión de la causa. Concluyo manifestando que la disposición concreta violada es la del Art. 76 numeral 7 letra i) de la Constitución, también el Art. 5 del Código de Procedimiento Civil de que dice que nadie será procesada ni penada más de una vez por el mismo hecho, el Art. 11 numeral 3 y 4 de la Constitución, en este punto señalar que la Constitución en el Art. 82 establece el derecho a la seguridad jurídica, el Art. 169 de la Constitución, dice sobre el debido proceso, Fiscalía con su proceder no ha hecho efectiva esas garantías, el Art. 29 de Ley Orgánica de la Función Judicial dice sobre la interpretación de la norma procesal, al Juez se le dijo que estaba frente a un proceso que tenía como antecedente a otros hechos que habían sido juzgados en el Juzgado Décimo Quinto, el Art. 4 Código Penal el Juez Décimo Cuarto no lo aplicó, el Art. 15 del Código de Procedimiento Penal habla de la interpretación restrictiva, en síntesis se ha violado la Constitución por parte de la Fiscalía en un inicio y luego por parte del Juez Décimo Cuarto de lo Penal quien ha procedido como lo ha hecho, por estas razones que a nombre de Blanca Leticia Soria he presentado el recurso de nulidad, y solicito que sea aceptado por las razones indicadas. 3.4- Fundamentación de la Dra. María Susana Rodríguez, Fiscal, quien en lo principal manifiesta: En primer lugar resalto que, conforme se establece en el auto de llamamiento a juicio emitido por el Juez Décimo Cuarto de Garantías Penales, el expediente fiscal que se me asignó en abril del 2013, comienza solo a partir del informe de Indicios de Responsabilidad Penal de Contraloría la que se remitió a Fiscalía, en el que se auditó egresos por compras de bienes y servicios respecto del señor Pallo Nacimba Germán propietario de la vidriería MR, por el período entre enero del 2008 a 30 de junio del 2011, sobre la base de este informe de Contraloría es que el proceso fiscal comenzó porque, se incumplió la normativa interna para poder asignar contratos, ya que se hizo por medio de contratación directa, cuando estaba expresamente prohibido y se establece que estas irregularidades han causado perjuicio para el IESS en la cantidad de \$. 1'796.706,07, por cuanto se pagaron trabajos sin documentación de sustento o incluso de

trabajos que no fueron ejecutados, es esa cantidad la que motivó la investigación que correspondió en su momento a Contraloría, estableciéndose que existieron dos pagos concretos, que no se pudieron avalizar por cuanto las planillas que se presentaron para esos efectos de pago, no fueron debidamente procesados, estableciéndose la suma del perjuicio que efectivamente se pagó en la cantidad de \$. 1'546.508,64, en este sentido y habiéndose alegado por los abogados de la defensa un presunto procesamiento por los mismos hechos y personas, es preciso aclarar, que al referirnos al delito del Art. 553.1 sobre la apropiación ilícita se establece que el verbo rector radica en la mala utilización del sistema informático del HCAM, del sistema cebra que utiliza esta entidad para realizar distintas transferencias sin la documentación de respaldo; en ese sentido indico que, respecto del señor Juan Carlos Rivera Jarrin fue vinculado en el Juzgado Décimo Quinto el 5 de julio del 2012, aquí se ha dicho que estamos frente a lo que dice el Art. 5 del Código de Procedimiento Penal, sin decir específicamente que fue lo que hizo cada persona, porque se le acusó en el uno y en el otro caso, eso no hemos escuchado aquí, sin embargo me permito señalar, que partiendo del Art. 553.1 el Sr. Juan Carlos Rivera Jarrin, si fue sobreseído ante el Juzgado 15 de Garantías Penales, pues no se pudo establecer que él facilitó la utilización de medios informáticos para desviar fondos de la entidad, porque él no tenía injerencia dentro del HCAM para utilizar o no los sistemas informáticos, él únicamente es cónyuge de la señora Magali Guerra que si es funcionaria del HCAM, en esas condiciones y como se establece en el auto de llamamiento a juicio expedido por el Juzgado Décimo Quinto y habiendo Fiscalía acusado como autora de utilizar sistemas de información o redes electrónicas para facilitar la apropiación de un bien ajeno, siendo en ese sentido llamada a juicio como autora sin que exista una sentencia en su contra por esa calidad, el Sr. Juan Carlos Rivera Jarrin ha sido vinculado en esta causa de peculado que ahora está a mi cargo el 25 de enero del 2013, porque es el beneficiario de varios cheques que expidió German Pallo Nacimba que suman la cantidad de \$ 85.780,00, esto consta singularizado en el informe pericial de Rubí Párraga que está en los cuerpos 31 y 32 del expediente, a partir de la fs. 2816, el señor Rivera Jarrin cobraba cheques emitidos a favor de su cónyuge Magali Guerra conforme el mismo acusado señor Pallo Nacimba lo dijo en sus versiones de fs. 844, 959, 1619, donde el señor Pallo afirma que pagó cheques a distintas personas incluido el señor Rivera y otros cheques a favor de su cónyuge Magali Guerra, así y en este sentido la señora Magali del Carmen Guerra Zambrano no solo gestionó boletines de egreso, y legalizó boletines utilizando el sistema cebra, para permitir el desfaldo a la institución, sino que ella adicionalmente realiza el visto bueno de varios pagos y es beneficiaria como establece el Art. 157 del Código Penal y ascienden al monto de \$. 65.310,00, según se establece por la perito Rubí Párraga, ella en esta causa ha sido acusada en la calidad de autora por el beneficio directo del monto referido, con el aditamento de ser servidora pública, es interesante y llama la atención a Fiscalía, es que se pretendan hacer aparecer hechos que no correspondan a la realidad procesal y es necesario remitirnos a la sentencia del Tribunal Quinto de Garantías Penales de 5 de abril del 2013, que establece que no ha advertido una mala participación de los abogados ni de los de la defensa, ni de los de Fiscalía, luego hay un voto salvado, por lo que, la sentencia es de mayoría y consta que no se llamó la atención a la Fiscalía, por esta razón quien recurre a nombre de Blanca Soria, ha señalado identidad subjetiva, pero el abogado no dijo cuándo se la vinculó, en qué calidad, porque delito, ante qué autoridad, si revisan el expediente del Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales donde se tramitó la apropiación ilícita, se ve la señora no fue vinculada por ese delito, entonces de que identidad subjetiva hablamos, fue vinculada el 23 de febrero del 2013, por un solo motivo que es cobro de cheques del señor Pallo, argumentando la señora que era el pago de unos honorarios y que le ha dado cobrando unos cheques a la señora Jacqueline Sandoval que igual está procesada en esta causa, pero llama la atención que es la beneficiaria directa de los pagos del señor Pallo y que ascienden al monto de \$ 91.870,00, la señora está procesada en esta causa pero jamás fue procesada en la causa del Juzgado Décimo Quinto de Garantías

-78 ✓
Leito J
ocho

Penales, y peor aún fue motivo de la sentencia que emitió el Tribunal Quinto de Garantías Penales, y eso se desprende claramente de las constancias de la causa 1120-2012, que se sustanció ante el Juzgado Décimo Quinto, donde se establece que entre los vinculados del 5 de julio del 2012, no está la señora Blanca Soria, por eso que, si se revisa el dictamen fiscal de 20 de noviembre del 2011, con esta distinción clara de que en esta causa por peculado se ha llamado a juicio a Magali Guerra en calidad de autora por ser servidora del IESS quien por su función permitió que se generen transacciones, que permitieron el pago de obras que jamás fueron ejecutadas, y que esos dineros que fueron transferidos a la cuenta del señor Pallo, fueron restituidos a la señora por coacción y amenazas, ese era el modus operandi; por otro lado tenemos como cómplices de este acto a Blanca Soria y Juan Carlos Rivera Jarrín, porque son beneficiarios de estos dineros, siendo por eso que se aplica el Art. 257 del Código Penal, con la extensión del Art. 233 de la Constitución, por estas consideraciones y siempre obrando de buena fe y lealtad procesal, aquí no se inició otra instrucción fiscal, cuando de autos consta que el expediente fiscal por peculado se inició con el informe de Contraloría, por eso Fiscalía considera que no existen los fundamentos esgrimidos por los abogados de los recurrentes: respecto de Juan Carlos Rivera se ha dicho que se ha procedido a su vinculación sin que exista en el informe de Contraloría su nombre, ante eso hago incapié que el titular de la acción penal es Fiscalía y el informe de responsabilidad penal que se remite a Fiscalía es solo un indicio que se refiere a los hechos y no responsabilidades o personas, entonces porque por ese dinero que se pagó existen beneficiarios de esos fondos públicos y son las personas a las que me he referido, beneficiarios que también se les contempla en el Art. 157 del Código Penal, en amparo de la norma constitucional del Art. 233, por estas consideraciones tampoco es procedente el argumento de la defensa del señor Rivera, por lo que Fiscalía solicita que se deseche los recursos interpuestos.

3.5.- Fundamentación de Dr. Víctor Abel Niquinga En Representación de la Contraloría General Del Estado, quien en lo principal manifiesta: Primero debo ser muy claro en la audiencia, con lo que significa el recurso de nulidad, para lo cual doy lectura de algunos parámetros, el recurso de nulidad apunta a examinar objetivamente la nulidad absoluta, pues si hay nulidad relativa, esa puedes ser subsanada por el Juez inferior, el Juez Décimo Cuarto de Garantías Penales al momento de tomar una decisión manifiesta sobre la situación de las nulidades si existen o no, para declarar la validez de la causa, el Art. 330 del Código de Procedimiento Penal es claro y haciendo uso de las reglas previstas en el Art. 18 del Código Civil, y esto en concordancia con los Arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sobre la aplicación e interpretación de la norma jurídica, en el presente caso el fundamento legal que toman los recurrentes, porque lo que argumentan todos ellos corresponde a un recurso de apelación y no de nulidad, y el Art. 330 es muy claro y dice que habrá causa de nulidad en los siguientes casos, cuando el Juez hubiere actuado sin competencia, este es un asunto penal, no procede; que la sentencia no reúna los requisitos del Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, tampoco: cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite de Ley, lo cual no es así, como norma supletoria según la disposición transitoria segunda nos remitimos al Código de Procedimiento Civil, y si revisamos sobre las nulidades, aquí la nulidad apunta a la situación de si se omitió algún acto que determina una violación de las garantías constitucionales, el Art. 346 del Código de Procedimiento Civil, ninguna de estas nulidades han sido invocadas por los recurrentes, por lo tanto desde ya la Contraloría solicita al Tribunal que se rechace los recursos planteados por los recurrentes, aquí no se está violentando el principio non bis in idem, aquí han concurrido diversas circunstancias y diversos actores, hay un perjuicio de más de un millón y medio de dólares, y la Contraloría en uso de sus atribuciones y según los Arts. 211 y 212 de la norma suprema ha cumplido la función de examinar lo ocurrido, la Contraloría no realiza imputaciones de ninguna naturaleza, da a conocer los hechos, porque la acción penal le corresponde a Fiscalía conforme el Art. 195 de la norma suprema, lo manifestado por los recurrentes aquí, corresponde a un recurso de apelación.

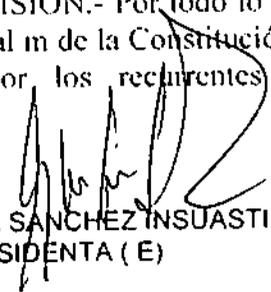
la nulidad no lo han manifestado; aquí no se ha violentado el Art. 11 de la Constitución, sino que aquí se ha violentado un patrimonio del Estado y la Contraloría ha examinado según sus competencias, no se ha violentado ninguna garantía jurisdiccional prevista en el Art. 76 porque la Fiscalía al determinar que no hay responsables o inocentes tiene que llegar a ubicar qué pasó con el faltante, aquí se debe entender que el Art. 3 del Código Penal, concordante con el Art. 13 del Código Civil, es claro, se presume de derecho que todos conocen la norma que impera y por lo tanto la ignorancia no excusa a persona alguna, por estas consideraciones rechácese las pretensiones de los recurrentes y nos sumamos a lo dicho por el Ministerio Público.

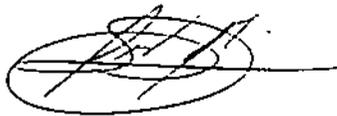
CUARTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1.- De acuerdo con el Art. 330 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal que dice: "será causa de nulidad, cuando en la sustanciación del proceso se hubiera violado el trámite previsto por la ley, siempre que tan violación hubiese influido en la decisión de la causa"; entonces, corresponde a la Sala determinar si existió la violación de trámite que se alega, y si la misma ha influido en la decisión de la causa". A la par, el debido proceso implica el derecho de los justiciables a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, por ello es menester señalar que la CIDH, al referirse a las garantías judiciales protegidas en el Art. 8 de la Convención también conocidas como garantías procesales, han establecido que para que en un proceso existan verdaderamente dicha garantías, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho", es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derecho u obligaciones están bajo consideración judicial". Frente aquello, en la presente causa, se alega la existencia de dos procesamientos judiciales, siendo necesario distinguir sobre el propósito jurídico, que por un lado la apropiación indebida es un "delito que consiste en disponer dolosamente de la cosa como propia, transmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita o antijurídica, con incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver, constituyéndose en una modalidad de la estafa y del abuso de confianza", donde concurre el dolo como un requisito subjetivo con conciencia y voluntad con un acto de apropiación o distracción, y en esto simplemente consiste el "animus rem sibi habendi" que es el elemento subjetivo propio de este delito. Por otra parte el peculado, implica "actuación consciente y voluntaria para la disposición arbitraria, dolosa de fondos, bienes públicos, de empresas, instituciones en que este tenga parte, fondos fiscales, apropiándose en beneficio propio o de un tercero, algún bien o dinero que el servidor público tiene en su poder o bajo su control en razón de su cargo, tenencia o custodia confiada en razón o con ocasión de sus funciones, por lo que esta figura se enmarca dentro del campo de los delitos económicos, dejando en claro además que esta clase de conducta agota el iter crimines en todas sus fases, siendo eminentemente doloso, en muchos de los casos ha llegado hasta el campo científico". Bajo nuestra legislación podemos encontrar que el código penal al referirse al peculado claramente no solo se refiere al abuso de dineros públicos y privados por parte de servidores públicos o personas que prestan un servicio público, sino también de bienes que estuvieren en su poder en virtud de su cargo. Cabe observar la determinación que Luis JIMENEZ DE ASUA, (Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1970 (p. 263), manifiesta sobre la proposición y conspiración. "Nos parece razonable la propuesta de considerarlos como tipos penales de delitos autónomos pues le corresponde al legislador fijar el límite de merecimiento de la protección penal del bien jurídico. Cuando la legislación positiva de un país no consigne la proposición y la conspiración como tipos penales con autonomía en la parte especial, deberán ser consideradas como actos preparatorios; en el evento contrario dejarán de serlo, vale decir que tendrán plena

-79/2
deletado
manera

autonomía". 4.2.- El profesor ZAVALA BAQUERIZO, (prólogo de Derecho Penal Básico de Edmundo Rene BODERO. Disgraf, Quito, 1992). dice al prologar una obra. "si el acto es una manifestación de voluntad lo que no han podido negar los más intransigentes causalistas - es evidente que dentro del acto está encerrada la voluntad, la que, a su vez, contiene los móviles, los motivos y las representaciones que fueron los presupuestos que, en la deliberación interna, provocaron la resolución de actuar en tal o cual manera". Y, para el prof. Enrique BACIGALUPO, (Manual de Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1984, p. 163.) es necesario delimitar el comienzo de la punibilidad pues "dado que un hecho punible tiene distintas etapas de realización, es preciso delimitar en que momentos el autor ingresa en el límite de lo punible, y cuando se ha alcanzado la etapa que permite llegar al máximo de punibilidad prevista"./ Del expediente que cursa por peculado respecto del señor Juan Carlos Rivera Jarrín y otros, se advierte que no vulnera sus derechos en cuanto el tipo penal que se investiga proviene de un informe de la contraloría sobre manejo, disposición, utilización y beneficio de fondos públicos. El sobreseimiento emitido por el Juzgado décimo quinto de garantías penales el 22 de noviembre del 2012 a las 16h23, en definitiva dice relación con el acto investigado de utilización de medios electrónicos para posibles ilícitos aplicable al artículo 553.1 (AGREGADO) del Código Penal, en donde efectivamente la autoridad judicial determina la no participación del procesado Juan Carlos Rivera Jarrín en la acción informática de apropiación indebida. En la presente causa, los procesados que incluye el señor Juan Carlos Rivera Jarrín, en el marco del respeto a los derechos constitucionales y legales, se hallan vinculados en la investigación de un tipo penal diferente al antes referido, estipulado en el artículo 257 del Código Penal, aclarándose que el informe de contraloría constituye un indicio principal, quedándole facultado al Fiscal conforme el artículo 195 de la Constitución de la República, sobrellevar la investigación en su calidad de titular de la acción penal, respecto de particulares que presuntamente tengan participación. "Hablar de nulidad procesal, no es referirse al contenido mismo del derecho, sino a sus formas; no un error en los fines de justicia queridos por la ley, sino de los medios dados para obtener esos fines. No se ha justificado en la forma, la manera, los elementos objetivos y legales en que dicha actuación cause perjuicio a la parte invocante, por consiguiente, no se evidencia definiciones restrictivas en su contra, a cuenta que de asumirlas extensivamente se sacrifique la administración de justicia. Ya lo expresó Vescovi, Enrique (Teoría general del proceso, 2006, p 265) "Es por esta razón que algunos derechos positivos modernos establecen el principio de que el acto con vicios de forma es válido, si alcanza los fines propuestos, igualmente si en lugar de seguirse un procedimiento se ha utilizado equivocadamente otro, pero con mayores garantías, lo que también se llama principio de finalidad" 4.3.- Por otro lado, la Sala no ha determinado que estén viciados los requisitos de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso. De esta forma, los aspectos alegados por los recurrentes, relativos al Art. 330 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal, no tienen fundamento, por lo tanto, la impugnación vía nulidad, no tiene sustento, toda vez que el trámite observado en este caso, se encuentra dentro de los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República, por lo tanto se han ejercido sin obstáculo su derecho a la defensa, habiéndose observado las reglas del debido proceso, en definitiva no se ha violado el trámite señalado en la ley, y peor aún, el previsto en el numeral 3 del Art. 330 del Código de Procedimiento Penal. QUINTO: DECISION.- Por todo lo expuesto, los integrantes de la Sala, provistos al artículo 76 N. 7 literal m de la Constitución de la República, rechazan el recurso de nulidad interpuesto por los recurrentes. Devuélvase el expediente inmeditamente.- Notifíquese.


DRA. SYLVIA SANCHEZ INSUASTI
PRESIDENTA (E)

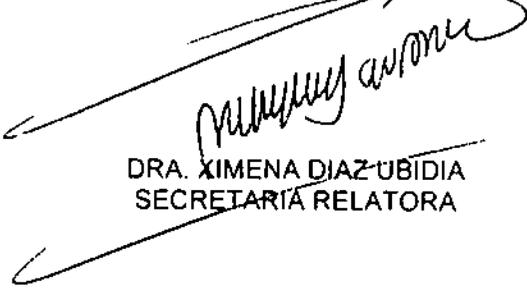


DR. CARLOS PAZOS MEDINA
JUEZ PROVINCIAL



DR. GABRIEL LUCERO MONTENEGRO
JUEZ ENCARGADO

Certifico:



DRA. XIMENA DIAZ-UBIDIA
SECRETARÍA RELATORA

En Quito, viernes primero de noviembre del dos mil trece, a partir de las dieciseis horas y cincuenta y cinco minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la RESOLUCION que antecede a: AB. MARIA SUSANA RODRIGUEZ LEON, FISCAL ESPECIALIZADA EN ADMINISTRACION PUBLICA NO. 1 en la casilla No. 4637 y correo electrónico rodriguezlm@fiscalia.gob.ec; mantillae@fiscalia.gob.ec del Dr./Ab. MARIA SUSANA RODRIGUEZ LEON; DR. FRANCISCO XAVIER VERGARA ORTIZ (AB. DIEGO ORMAZA AVILA) en la casilla No. 932; DR. ROMULO GALLEGOS VASCONEZ, ABOGADO DE LA PROCURADURIA GENERAL DEL IESS Y PROCURADOR JUDICIAL DEL DR. FRANCISCO VERGARA ORTIZ, DIRECTOR GENERAL Y REPRESENTANTE LEGAL DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL en la casilla No. 932 del Dr./Ab. GALLEGOS VASCONEZ ROMULO ALFREDO GAGARIN. ANDRADE LOPEZ LENIN ORLANDO en la casilla No. 2363; AULESTIA CELA NELLY CUMANDA en la casilla No. 4086 y correo electrónico gilber_molina@hotmail.com del Dr./Ab. GILBER EFREN MOLINA JACOME; BLANCA LETICIA SORIA GUADALUPE en la casilla No. 710 y correo electrónico d.vaca@vaca-abogados.com del Dr./Ab. DAVID RICARDO VACA JARAMILLO; GUERRA ZAMBRANO MAGALY DEL CARMEN en la casilla No. 28 y correo electrónico ibarril@q.ecua.net.ec del Dr./Ab. RIGOBERTO LUIS IBARRA ARBOLEDA; JUAN CARLOS RIVERA JARRÍN en la casilla No. 1994 y correo electrónico gijescobar@hotmail.com del Dr./Ab. GUIDO FERNANDO ESCOBAR PEREZ; LEONOR AMPARO CARBONELL YONFA en la casilla No. 1988 del Dr./Ab. RAMIRO JOSE GARCIA FALCONI; MARTHA ESTHER CAÑIZARES CÁRDENAS en la casilla No. 28 del Dr./Ab. DR. RIGOBERTO IBARRA ARBOLEDA Y OTROS ; NOROÑA MARCO ALFONSO. RODRIGUEZ SALAZAR GALO ERNESTO en la casilla No. 2121 del Dr./Ab. DR. MARCELO TORO CAMPAÑA ; PALLO NACIMBA GERMAN EDUARDO en la casilla No. 5948; PIEDRA MORENO TERESITA DEL PILAR en la casilla No. 518 del Dr./Ab. ABG. RUBEN GONZALEZ ; SANDOVAL HINOJOSA HILDA JACQUELINE en la casilla No. 5387; TERESITA DEL PILAR PIEDRA MORENO en la casilla No. 1754 y correo electrónico jorge.molina39@yahoo.com del Dr./Ab. JORGE WASHINGTON MOLINA BUSTAMANTE; ZAMBRANO ZAMBRANO OLGA OTILDA, AB.ANDREA JHAYYA, DEFENSORA PUBLICA, DEFENSORIA PUBLICA en la casilla No. 5711. FISCAL PROVINCIAL DE PICHINCHA en la casilla No. 1363; CENTRO DE DETENCION PROVISIONAL DE PICHINCHA, CENTRO DE REHABILITACION SOCIAL DE VARONES DE QUITO en la casilla No. 1080; MAGALY DEL CARMEN GUERRA ZAMBRANO en la casilla No. 28 y correo electrónico christi.molina@gmail.com del Dr./Ab. CHRISTIAN SANTIAGO MOLINA ALMACHE; DR. CARLOS POLIT FAGGIONI, REPRESENTANTE LEGAL DE LA