

PONENTE: DR. HERNAN ULLOA PARADA (ART. 141 CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL).

JUICIO N° 395-2010-CASACION-PECULADO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito,¹² de julio de 2011, las 16H00.-

VISTOS: El doctor Carlos Jiménez, Fiscal de lo Penal de Sucumbíos, interpone recurso de casación de la sentencia emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, el 10 de mayo de 2010, a las 08H30, que absuelve a PETITA CECIBEL DÁVILA URBANO. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2.008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de Diciembre del 2.008; Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de enero del 2009; oficio No. 823-SG-SLL-2011 suscrito por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia; y por el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales y conjuez, respectivamente, de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la

presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial alguna, que podría causar nulidad; por lo que este Tribunal de Alzada, declara su validez.- **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.- A)** En la audiencia oral pública y contradictoria llevada a efecto el día 19 de abril de 2011, a las 09H00, la representante de la Fiscalía General del Estado, doctora Rocío Garcés, fundamentó el recurso de casación interpuesto, en los siguientes términos: "La Fiscalía ha interpuesto el recurso de casación fiscal en relación a la sentencia que fue dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos el 10 de mayo del 2010. Este juicio se inició en contra de la señorita Petita Cecibel Dávila Urbano, quien recibió primero una sentencia condenatoria de cuatro años de reclusión mayor ordinaria por el delito de peculado Art. 257 del Código Penal por parte del Primer Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, por cuanto es una funcionaria bancaria, y, luego ella interpuso el recurso de apelación, y esta Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos dictó en su favor sentencia absolutoria ... en su respectivo análisis la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos manifiesta que con la prueba introducida por parte de la acusada no se ha logrado probar el cometimiento del delito por parte de ella, ya que no se ha configurado el delito de peculado ... El Agente Fiscal manifiesta que mediante parte policial llegó a su conocimiento que el 11 de junio del 2009 se ha procedido a la detención de la señorita Petita Dávila Urbano, ya que los miembros policiales habían tomado contacto con

el señor Nelson Moreira Criollo, Gerente del Banco Internacional Agencia Nueva Loja, Cantón Lago Agrio, quien les había manifestado que la señorita Petita Dávila aprovechándose de su condición de empelada de la institución en su calidad de asesora de negocios se había aprovechado indebidamente de catorce mil dólares aproximadamente de la cuenta de interfondos perteneciente al señor Luis Ochoa Cobos, y que cuando éste señor se dio cuenta de este faltante, la acusada procede a restituirle dichos valores desde otra cuenta perteneciente a la compañía RECBAS, de recolecciones y reciclaje, quienes también habían presentado su reclamo respectivo por el faltante, y que el Banco Internacional terminó pagando esta suma de dinero a la Compañía RECBAS ... la acusada por intermedio de su abogado manifestó que no tiene ninguna responsabilidad en este ilícito y que fue injustamente fue detenida, pero luego reconoció haber tomado éste dinero y haber hecho esta transacción a favor de sus padres porque tenían una urgencia financiera que tenía que ser cubierta en forma urgente, y que cuando Ochoa hizo el escándalo en el Banco Internacional Sucursal de Guayaquil, ella viéndose ya descubierta lo que hizo fue decirle al señor Ochoa que no le haga problema y que en ese momento le depositaba el dinero y efectivamente así lo hizo, recibe un primer depósito de catorce mil dólares que lo hizo en Lago Agrio, y otro depósito por concepto de intereses ... todos estos dineros los retiró de otra cuenta de una empresa recicladora de basura y el Gerente de dicha Empresa,

también compareció a juicio en contra de la acusada, cantidad de dinero que el Banco Internacional terminó pagándole ... en la investigación se determinó que esta empleada habría hecho retiros de otras cuentas pero, en este caso, se refiere al retiro que hizo en perjuicio del señor Jaime Ochoa. Este es en sí el resumen del acervo probatorio que fue analizado por el Tribunal Penal y que fue desestimado por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, que hizo una argumentación quizá ilógica, tanto es así que refieren en este caso que pese a que no estaba vigente la Resolución de la Corte Nacional de Justicia en que el requisito de procedibilidad para cualquier caso en que tenga que intervenir la Contraloría, se requería de un informe de ésta, por un lado, pero luego reconoce que el informe pericial contable realizado ordenado y dispuesto dentro del proceso es un informe también válido ... el 8 de diciembre del 2010 la Corte Nacional de Justicia dice que tratándose de asuntos bancarios no cabe siquiera pensar que la Contraloría pueda entrar hacer este tipo de análisis en asuntos que corresponden a asuntos bancarios ... así, la Fiscalía considera que se ha violentado primero el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal que tiene relación con la aplicación de las reglas y principios de la sana crítica para la valoración de la prueba, y por otra parte tampoco ha habido una adecuada aplicación de lo dispuesto en el artículo 257 del Código Penal. Manifiesta también la representante de la Fiscalía que las dos Resoluciones dictadas por la Corte Nacional de Justicia han sido

confundidas por el Tribunal y que han llevado a la impunidad, pues por las pruebas actuadas y aportadas es un hecho que merecía ser sancionado, violentándose además el principio de seguridad jurídica. La Fiscalía en este caso haciendo una rectificación a la interposición del recurso por parte del señor Fiscal Carlos Jiménez que se sustenta en la ley de casación cuando correspondía interponerlo en virtud del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en este caso, la Fiscalía fundamenta el recurso de casación fiscal interpuesto y solicita que la Sala case la sentencia y dicte en su lugar sentencia condenatoria, pues se encuentran probados todos los elementos del tipo penal de peculado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 257 del Código Penal." **B)** En la misma audiencia oral pública y contradictoria, Petita Cecibel Dávila Urbano, a través de su abogado defensor, doctor Luis Castillo Velasco, manifestó lo siguiente: "... el recurso de casación comprende el análisis de los errores de derecho en la sentencia, no revalorización de prueba ... en esta audiencia la Fiscalía no ha señalado en cuál de las causales se ampara para fundamentar su recurso de casación, y la Corte Suprema hoy Corte Nacional de Justicia así lo ha señalado en reiterados fallos, que en el momento en que el recurrente no determine la causal en la que sustenta su recurso de casación, éste deviene en improcedente, y esto es lo que está sucediendo aquí, no se ha enunciado ninguno de estos presupuestos ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No está de acuerdo

con lo señalado por la Fiscalía en cuanto a que la acusada reconoció haberse apropiado y beneficiado de esos dineros, lo que consta en el proceso es que su defendida en la audiencia se acogió al derecho constitucional del silencio, no se declaró culpable. Se habla de que se ha violado el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal y luego se dice que se ha probado lo preceptuado por el Art. 257 Código Penal, pero lo que no se dice es que el perito que se designó por parte de la Fiscalía, llegó a la conclusión de que no hay apropiación de dineros por parte de la acusada, no se ha demostrado la apropiación de dineros del Banco Internacional. Existe un examen contable donde se establece el faltante, pero no se dice que su defendida se benefició de esos dineros ... que la prueba fundamental en esta clase de delitos es la pericia contable y si no existe esta pericia, no hay juicio. El informe del perito en ese examen contable no dice nada, solo que el fallo que dictó la Sala Única de la Corte Provincial de Tucumán tiene congruencia llegando a la conclusión que no existe el delito de peculado y por eso se dictó una sentencia absolutoria. En síntesis, se debía justificar la disposición de los fondos por parte de la acusada, y eso no está probado como lo ha señalado la Sala Única de la Corte Provincial de Tucumán y, en la parte medular señala que no se ha fundamentado legítimamente cuál de las causales procede dentro del recurso de casación que ha propuesto la Fiscalía y más bien se ha confundido este recurso queriendo utilizar la Ley de Casación porque ahí sí se puede hacer análisis de las

causales y de las pruebas, se tiene que demostrar si hubo violación de la ley porque se hizo una errónea interpretación, una indebida aplicación o por contravención expresa de su texto: tres causales, ninguna justificada ni fundamentada ... Por todo lo señalado pide que se rechace el recurso de casación porque no ha sido debidamente fundamentado.”. **QUINTO: ANÁLISIS DE LA SALA.- 1)** La casación según la doctrina se contrae al control de la legalidad de las sentencias dictadas por los jueces de instancia y en este contexto corregir posibles violaciones de la ley en la forma como se plantea en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal en vigencia, esto es, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya en fin por haberla interpretado erróneamente.- Siendo procedente la casación, cabe al Tribunal de casación analizar si los jueces de instancia han hecho una indebida o errónea aplicación de las normas de derecho o una valoración incorrecta de las pruebas actuadas en el juicio o si en la sentencia definitiva no aparecen determinadas las pruebas legalmente actuadas en las cuales se fundan o se debió fundamentar la declaración de comprobación de la existencia de la infracción, o de la responsabilidad del encausado; y esto último, porque la Casación cumple una función monofiláctica que es la correcta aplicación del derecho (para mantener a la ley como expresión de la voluntad soberana) y la unificación de la Jurisprudencia (función unificadora), para de esta forma defender y mantener una adecuada unidad del

derecho objetivo y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.- **2)** En este contexto y antes de entrar a un análisis de la sentencia impugnada, es menester señalar: **A.** Que el peculado, según el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas es: "la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquel o a quien está confiada su custodia o administración" y, según Sebastián Soler, el peculado: "en cierto sentido, es una retención calificada y que la calificación deriva de que **el abuso es cometido por funcionario público, en contra del Estado**, como propietario o guardián de ciertos bienes y con abuso de su función".- De lo que se colige que el peculado siempre ha sido considerado un delito contra el Estado.- Modernamente en el Peculado, no es determinante, sólo la naturaleza de la cosa, o que exista un abuso de confianza, sino que "**debe estar presente una extralimitación del poder, de naturaleza tal como para lesionar el interés, que todos los ciudadanos tienen, en que la función pública se desempeñe conforme a la ley**"; **B.-** En nuestra Legislación, el peculado se encuentra ubicado en los delitos contra la "Administración Pública" constando actualmente en el Libro II, Título III, Capítulo V "De la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad" y como bien lo sostiene el doctrinario colombiano, Marco Antonio Terragni , haciendo prevalecer la tutela de la seguridad de que esos bienes estarán dispuestos para que se cumpla la función

patrimonial del Estado, lo que está en sintonía con la tendencia jurídica moderna (Terragni, "Delitos propios de los funcionarios públicos", ediciones jurídicas CUYO).- Sin embargo, este delito, afecta además a otros bienes jurídicos, **como a la fe que los ciudadanos hemos depositado en nuestros funcionarios.** En este mismo sentido el doctor Luis Cueva Carrión en su obra "PECULADO", Tomo I, Teoría, práctica y jurisprudencia, pág. 81, señala: "Lo esencial del peculado no radica en la sustracción, distracción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino, ante todo y sobre todo, en faltar a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad. ..", por lo tanto los intereses tutelados son: **el empleo de los fondos públicos conforme lo dispone la ley y la necesidad de contar con funcionarios probos**, esto ya fue señalado por Maggiore, quien manifestó que por esta razón Carrara no vacilaba en clasificar el peculado entre los delitos contra la fe pública; **C.** El delito de peculado, tipificado en el artículo 257 del Código Penal, tiene una estructura específica que amerita un detenido análisis: **c.1)** Según la doctrina, en la configuración del Peculado, debe darse la confluencia de tres elementos esenciales: *Sujeto activo*: la calidad de funcionario público del autor o el estar incluido entre aquellas personas que la ley equipara al agente estatal; *Objeto*: la naturaleza de los bienes (públicos o equiparados); *Relación funcional*: que estos bienes hayan sido confiados a la persona en razón de su cargo o de su tarea.

(Delitos propios de los funcionarios públicos, Marco Antonio Terragni, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 211).- **c.2)** En el tipo penal previsto en nuestra legislación, en el artículo 257 del Código Penal, **el núcleo o verbo rector es el "haber abusado" por parte del funcionario, de dineros públicos o privados** y en general de efectos que los representen, piezas títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, bien por **desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante;** o sea que **los intereses que se tutelan son,** por un lado, **el empleo de los fondos públicos** destinados a determinados fines y cuya distracción produce serios perjuicios al aparato estatal con la consiguiente afectación al bien común y, por otro, los bienes que también pueden ser del dominio de los particulares, sin que la distinción entre bien público y bien privado, sea esencial para la adecuación típica.- **c)** Abusar según el diccionario de la lengua es "usar mal, exesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien". Desfalcar, según el diccionario de Cabanellas: "Usar uno o tomar para sí el caudal que esta obligado a custodiar", "Substracción, retención indebida o uso privado de caudales o valores por la persona que tiene la obligación de custodiarlos de devolverlos o de servirse de ellos para fines específicos"; en términos sencillos, "el abusar de fondos públicos por desfalco" debe entenderse como el "llevarse consigo los dineros públicos mediante actos volitivos puestos en ejecución por el agente, con dolo o mala fe; y, más precisamente una

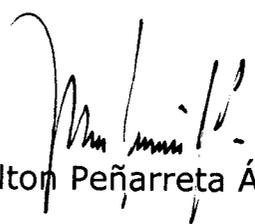
forma planificada de llevarse los fondos públicos, en perjuicio del Estado". La "Disposición arbitraria" se debe entender de conformidad al diccionario de la lengua española como, la facultad de enajenar o gravar los bienes, o como, la colocación o situación de las cosas, procediendo libremente usando de esta facultad en forma injusta irracional o ilegal, y, por tanto, "la disposición arbitraria de los fondos públicos se entiende que es el uso indebido o impropio que se hace de los caudales públicos que se encuentran bajo su custodia".- De allí que, como sostienen los tratadistas, lo que se pretende en estos casos mediante el establecimiento de una sanción penal, es que los funcionarios y servidores públicos cumplan sus obligaciones jurídicas en el orden patrimonial y no cometan abusos que constituyan perjuicios al Estado en su conjunto; **3)** Analizado el caso puesto en conocimiento de la Sala de Casación, considera que la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia Sucumbíos para tomar su decisión no hizo una correcta valoración de la prueba actuada, vulnerando las reglas de la sana crítica, violando con ello el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, tanto más que el Banco Internacional tuvo que asumir el pago de los valores que fueron indebidamente depositados de una cuenta a otra, cuya titular no era la acusada, siendo por lo tanto ilícitas dichas trasferencias, configurándose de esta manera el delito acusado. Al efecto, de la sana crítica se dice que es el juicio de valor que hace el juzgador respecto a la prueba, considerada con apego a la ley y analizada con arreglo a la lógica, al saber y a la

experiencia del fallador, esta Sala observa que el juzgador no ha cumplido con el mandato contenido en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, así como tampoco ha motivado correctamente su decisión. Refiriéndose a la motivación, Jorge Zavala Baquerizo en su obra "Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IX", Pág. 130, 131, expresa: ***"La motivación de la sentencia debe contener el camino recorrido por el juez en la deliberación... debe exponer de manera lógica cada uno de los elementos a los cuales se refiere el objeto del proceso, las pretensiones de las partes activas y las oposiciones planteadas por las pasivas; debe analizar los actos procesales interpretarlos y valorizarlos. Debe dilucidar sobre los fundamentos de derecho relacionados con el proceso, con la infracción, con el ofendido y el acusado"***; 4) Por las consideraciones expuestas y en armonía con el análisis precedente, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad a lo que dispone el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal acepta el recurso interpuesto por la Fiscalía General del Estado y dicta sentencia condenatoria en contra de Petita Cecibel Dávila Urbano, imponiéndole la pena modificada de cuatro años de reclusión mayor ordinaria como autora del delito tipificado en el Art. 257 inciso cuarto del Código de Procedimiento Penal.-

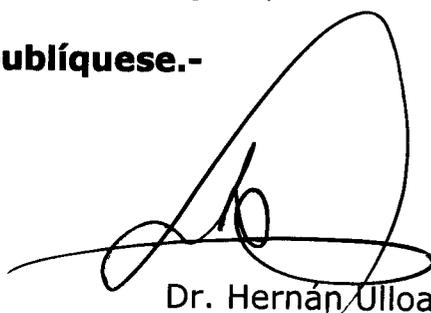
diecinueve 19

Devuélvase el proceso al tribunal de origen para los fines de ley.-

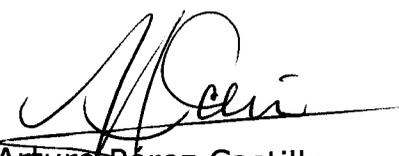
Notifíquese, devuélvase y publíquese.-


Dr. Milton Peñarreta Álvarez

JUEZ NACIONAL


Dr. Hernán Ulloa Parada

JUEZ NACIONAL


Dr. Arturo Pérez Castillo

CONJUEZ PERMANENTE

CERTIFICO:


Dr. Hermes Sarango Aguirre

SECRETARIO RELATOR

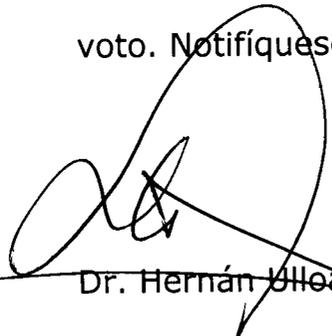
VOTO SALVADO DEL DR. ARTURO PÉREZ CASTILLO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA DE LO

PENAL. Quito, 12 de julio de 2011; a las 16H00.

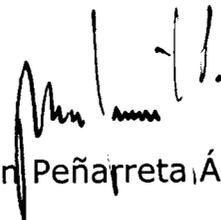
VISTOS: Avoco conocimiento del causa penal incoada por EL ESTADO en contra de PETITA CECIBEL DÁVILA URBANO en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2.008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de Diciembre del

2.008; Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de enero del 2009; oficio No. 823-SG-SLL-2011 suscrito por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia; y, por el sorteo de ley respectivo. En razón de que no formé parte del tribunal que sustanció la audiencia oral, pública y contradictoria llevada a efecto el día 19 de abril de 2011, a las 09H00, en la presente causa, no puedo formular pronunciamiento alguno, salvo mi voto. Notifíquese.



Dr. Hernán Ulloa Parada

JUEZ NACIONAL



Dr. Milton Peñarreta Álvarez

JUEZ NACIONAL



Dr. Arturo Pérez Castillo

CONJUEZ PERMANENTE

CERTIFICO.-



Dr. Hermes Sarango Aguirre

SECRETARIO RELATOR