

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

**JUICIO No. 1001-2011-REVISION-PECULADO.**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA DE LO PENAL.-**

Quito, 20 de enero de 2012; a las 16H30.-

**VISTOS:** Mediante sentencia expedida el 19 de diciembre de 2007, a las 09H00, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja declara al **INGENIERO GALO ROJAS LUDEÑA**, autor y responsable del delito de peculado tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal, y, le impone la pena atenuada de tres años de reclusión menor ordinaria.- De la referida sentencia, el procesado interpone recurso de revisión. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN y COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 y la 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, 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 que pudiera acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal declara la validez procesal de esta causa penal. **TERCERO: A) ALEGACIONES DEL RECURRENTE.-** En la audiencia oral pública y contradictoria llevada a efecto el día miércoles dieciocho de enero de dos mil doce, a las nueve horas diez minutos, el recurrente **INGENIERO GALO ROJAS LUDEÑA**, por intermedio de su abogado defensor doctor Miguel Rodríguez Mera, manifestó lo siguiente: Que el recurrente ha sido sentenciado como coautor de un delito y que el recurso hace referencia a que no existe tal coautoría, pues de los antecedentes del proceso y de la sentencia se refiere a un presunto delito cometido hace doce años en 1999, cuando el ingeniero Galo Rojas Ludeña era contratista; que el 5 de mayo de 1999 el señor Elvis Ramos Ruiz, Alcalde del Municipio del cantón Zozoranga de la provincia de Loja, invitó a profesionales para que se presenten y oferten sus trabajos para realizar la limpieza de derrumbes que se habrían producido en la vía Panguana Norte; que ante este hecho al señor Rojas se le concesionó el contrato con fecha 12 de julio de 1999 y que el 16 de julio de 1999 se suscribe el contrato entre el Municipio y su defendido, siendo aquél por un valor aproximado de 200 millones de sucres con un

plazo de 45 días para que se limpie 4 kilómetros de derrumbe. Agrega la defensa que el trabajo se entregó a través de un acta provisional de entrega recepción con fecha 16 de julio de 1999, pero en el sentencia se retrotrae y refiere a que luego de un examen especial asumido por el nuevo alcalde, éste solicita la intervención de la Contraloría y ésta determina que para el caso existe un desfase o pago en exceso de aproximadamente 223.440.664 millones de sucres en razón del cálculo, que Contraloría hace un examen especial y determina que respecto de la participación del Municipio, del alcalde, del Director de Obras Públicas y del señor contratista han existido irregularidades en el contrato porque, por un lado, el Alcalde ha contratado para que se limpie una cantidad de tierra de un derrumbe y que esa limpieza se había hecho antes, pues si bien la fecha del contrato se hace el 12 de julio de 1999, el 21 de mayo de 1999 antes de la suscripción del contrato el señor Rojas efectuó dos pagos de aproximadamente cien mil sucres del uno por mil al Colegio de Ingenieros, y este pago se hace referencia en el contrato para reclamar sus derechos, por lo que la Contraloría presume que dicho contrato fue verbalmente adjudicado y que no se cumplieron con las normas contractuales y precontractuales para que se determine una adjudicación legal. La defensa manifiesta que se afirma que se hizo una simulación del contrato, en base a ello la Corte Superior de ese entonces emite sentencia y establece en cuanto a la responsabilidad como coautores a tres personas: el Alcalde, el Director de Obras

Públicas y el contratista son coautores de un delito de peculado, pero sorprende esa categoría pues si bien el Art. 257 del Código Penal establece la tipicidad (dando lectura del artículo de la referencia), esta tipicidad se establece para funcionarios públicos), porque se trata de una acción especial, para el caso, los trabajos asumidos por el contratista lo hizo como un tercero, un estraneus, una persona fuera del aparataje jurídico o de ese servicio público, es decir, se ha establecido una calidad de coautor para quien no la tiene. Manifiesta así mismo el defensor que respecto del pago indebido que determina la sentencia recurrida, no se discute o no se presenta el recurso para determinar la responsabilidad o no, o la validez de esa prueba para que en sentencia se determine la sanción, lo que se discute es el grado de participación, sobre la responsabilidad, pues el Art. 42 del Código Penal determina con claridad la responsabilidad penal: autor, cómplice y encubridor y que para el caso se ha establecido una responsabilidad de coautor a alguien que no la tiene; que respecto a lo manifestado la sentencia parte de un error, el equiparar a un particular como funcionario público por lo que la sentencia nace viciada, pues el contratista no es funcionario público y se basan en ese supuesto para determinarlo como autor, sosteniendo que en el caso de peculado se necesita de un elemento objetivo que es que el sentenciado sea un funcionario público y que su defendido no reúne las condiciones y no debía ser sentenciado de esa manera. Agrega también a este respecto que en el delito de peculado se necesita

estar investido de un cargo público y, respecto de los deberes debe tener una función específica, es decir, el ciudadano debe estar brindando un servicio público y tener una posición de vigilancia y control sobre un bien, tal como en este caso la tenía el Alcalde y el Director de Obras Públicas, es decir, existe una relación especial entre la función que desempeñaba el Alcalde y el Director de Obras Públicas y los bienes o el bien protegido. Manifiesta entonces el abogado de la defensa que en cuanto a estas circunstancias el Código Penal establece ciertos parámetros: la estructuración, el sujeto activo, el sujeto pasivo y el bien jurídico protegido, indicando que el sujeto activo debe tener una condición especial citando brevemente situaciones dogmáticas expuestas por el doctor Alfonso Zambrano Pasquel y Alfredo Cerezo, e indicando acto seguido que la coautoría implica responsabilidad en conjunto del cometimiento de una infracción, de un delito, y que la Sala de la hoy Corte Provincial no pudo partir de una coautoría dándole la condición de funcionario público a su defendido que no la tiene. El doctor Rodríguez indica también que se ha cometido un error de hecho con el que se le equipara a una persona y se le da un grado distinto de calificación a su defendido, que en todo caso debería dársele un grado de complicidad y no de autoría y, que en consecuencia se le ha impuesto una pena indebida en relación a su responsabilidad, es decir, que la sentencia es injusta porque no está adecuada a la responsabilidad. Señala el abogado defensor que la fundamentación del

recurso interpuesto se la hace en base al Art. 360, causal 4 del Código de Procedimiento Penal, pues no se ha probado la responsabilidad de su defendido como autor o coautor sino posiblemente como cómplice. A continuación la defensa como **prueba presenta** lo siguiente: certificación otorgada por el gobierno autónomo del cantón Zozoranga en la que se determina que no ha laborado como funcionario público o empleado en relación de dependencia; registro del IESS en el que no constan pagos o movimientos de afiliación a esta institución pública; la misma sentencia de la recurre plagada de errores porque se le ha equiparado como funcionario cuando no lo es; y, sentencias en recurso de revisión anteriores emitidas por esta Primera Sala Penal de la Corte Nacional. Manifiesta además que considera que existe un error judicial o de hecho que ha cambiado la figura de responsabilidad en el caso, sancionando a un particular por el delito de peculado en sentencia cuando no tenía esas condiciones, solicitando finalmente se atienda el recurso interpuesto y se cambie el grado de responsabilidad que se imputa a su defendido; **B)** El representante de la Fiscalía, doctor José García Falconí, contestando a la fundamentación del recurso, dice: Que en nuestro ordenamiento jurídico existen dos recursos extraordinarios en materia penal, el de revisión y el de casación. Que el de revisión tiene como objeto romper el principio de la cosa juzgada por los motivos expuestos en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, y que el recurrente se ha fundado en la causal 4 de dicho artículo y del

cual da lectura; dice el señor Fiscal que el abogado del recurrente ha dicho que no es funcionario público y que por tanto no es sujeto calificado del delito de peculado, pero que hace relación al Art. 121 de la Constitución Política de 1998 vigente al tiempo en que se cometió el delito, recalcando la parte que dice: "... estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos (peculado) aunque no tengan las cualidades antes señaladas, ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad...", manifestando que no está fundamentado el recurso de revisión interpuesto por Galo Rojas Ludeña, más aún cuando la causal 4 del Art. 360 señala que se requiere nuevas pruebas, pues la sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte de Loja en la que se establece motivadamente y con certeza la existencia del delito de peculado tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal, así como la responsabilidad y culpabilidad entre otros de Galo Rojas, se encuentra ejecutoriada por lo que perdió la presunción de inocencia porque la Fiscalía actuó la prueba suficientes y la Corte Provincial de Loja estableció con certeza la existencia de la responsabilidad de Galo Rojas, por lo que la doctrina señala que en el caso de recurso de revisión por alguna de las causales excepto la 6, se requiere nueva prueba que tenga el suficiente peso para determinar que en la sentencia se produjo un error de hecho que no se justifica con los dos certificados que se han presentado por parte de la defensa. Solicita finalmente el señor Fiscal que se deseche el recurso de revisión, toda vez que no se

ha fundamentado y se disponga se pase el juicio al tribunal a quo para que se ejecute la sentencia. **CUARTO: APRECIACION DOCTRINARIA SOBRE LA REVISION.-** El Procedimiento Penal tiene como finalidad llegar a la imposición de una pena respetando la verdad procesal, así como la verdad real, si esto es así, resulta razonable la legitimidad de la sanción por un acto adecuadamente típico y antijurídico. Frente a la posibilidad de un error judicial en la apreciación correcta de los hechos, surge la necesidad de la reparación mediante el mecanismo de un recurso de excepción como es la revisión, asumiendo el riesgo de la vulnerabilidad de la cosa juzgada. En virtud de la *cosa juzgada*, la sentencia en firme es generalmente inatacable e impugnable cuando se han agotado los términos para la interposición de los recursos, o cuando habiendo sido interpuestos, el Tribunal de Alzada ha ratificado la resolución del juez *a- quo*. Para el profesor CLARIA OLMEDO en su *Derecho Procesal Penal*, es objetable considerar a la revisión como un recurso en sentido estricto expresando que: "mejor parece considerarlo como una acción impugnativa que persigue la revocación de una sentencia firme y anulación del proceso en que se pronunció, fundándose en circunstancias nuevas para la causa por ser recién conocidas o haberse presentado con posterioridad". Nuestra legislación, como característica exclusiva, ha previsto además de los presupuestos universales, una revisión *in iure*, al establecer en la regla 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal como una causa

más para la procedencia de este recurso, el "no haberse comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción"; esto implica que para la imposición de una pena, se ha de establecer formalmente la existencia de todos y cada uno de los elementos que conforman el tripartito del tipo objetivo del delito. Además, debe quedar claro que el recurso de revisión es de justicia y lo que trata el legislador es emendar mediante esta acción los vicios de hecho y de derecho en que pudo haber incurrido la administración de justicia en un momento dado.

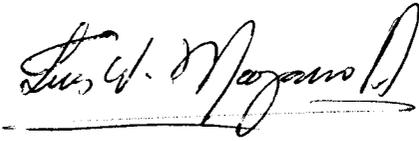
**QUINTO: ANÁLISIS DE LA SALA Y RESOLUCION.- UNO)** El recurso de revisión es un mecanismo legal para dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, para lo cual, la Ley determina que se deben aportar nuevas pruebas, excepto si se alega que no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito. La Constitución vigente, nos obliga a una nueva lectura del derecho, y de manera especial del derecho penal, ámbito en el cual los derechos fundamentales se encuentran especialmente en peligro y así lo determina el Art. 1 de la Constitución de la República cuando señala que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia; **DOS)** El Art. 304 A del Código de Procedimiento Penal, dice: "La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es el responsable del mismo;

y en el segundo caso, si no se hubiera probado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos". Por su lado, el Art. 312 del Código de Procedimiento Penal, en lo pertinente preceptúa: "Condena. La sentencia que declare la culpabilidad" deberá mencionar como se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; determinará con precisión el delito por el cual se condena y la pena que se impone...". Por su parte, el Art. 11, en los numerales tres, cuatro, cinco y seis de la Constitución de la República, en su orden manifiestan: " 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más

favorezcan su efectiva vigencia. 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia"; y, el Art. 76, numeral quinto ibídem expresa: "En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora". Con sujeción a los preceptos constitucionales enunciados precedentemente, el Art. 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece: "INTERPRETACION INTEGRAL DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional "; **TRES) 3.1.** El recurrente en lo principal expresa que no hay autoría cuando a él se lo ha sancionado como funcionario público cuando en verdad es una persona particular y nunca ha laborado en el Municipio de Zozoranga y que su grado de responsabilidad, cuanto más,

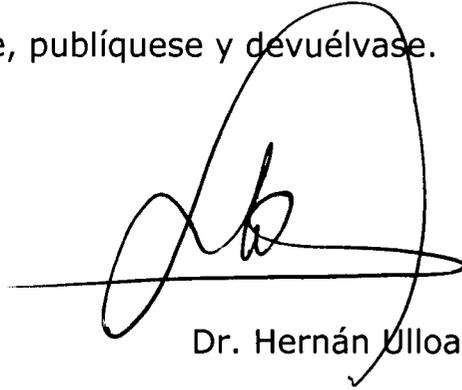
es de cómplice; que para justificar la causal 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal por la cual ha presentado el recurso, como prueba presenta dos certificados en los que se determina que no ha sido funcionario del referido Municipio; que el art. 169 de la Constitución de la República actual y el art. 24 en la anterior Constitución establecen que los procesos judiciales son el camino para la administración de la justicia y en este sentido corresponde a los jueces aún en este caso de insuficiencia probatoria, examinar el recurso interpuesto. En este sentido se establece que si bien el delito de peculado se encuentra plenamente demostrado, siendo que la conducta de los procesados se subsume en el Art. 257.3 y sancionado en el art. 257.4 del Código Penal que establece pena de prisión de 1 a 5 años, más no en el de peculado general, como el que erróneamente han sido juzgados, además se ha podido establecer que el dominio del hecho acusado y consecuentemente la participación directa correspondió al Alcalde y Director de Obras Públicas del Municipio de Zozoranga y, la del recurrente en calidad de contratista fue indirecta y secundaria en tales hechos. Por estas consideraciones, esta Sala, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** declara procedente el recurso interpuesto y se condena a Galo Rojas Ludeña a la pena de dieciocho meses de prisión correccional en calidad de cómplice del tipo penal de peculado antes referido.

Oportunamente se notificará a las partes la sentencia debidamente motivada y completa. Notifíquese, publíquese y devuélvase.



Dr. Luis Moyano Alarcón

**JUEZ NACIONAL**



Dr. Hernán Ulloa Parada

**JUEZ NACIONAL**



Dr. Milton Peñarreta Álvarez

**JUEZ NACIONAL**

**CERTIFICO.-**



Dr. Hermes Sarango Aguirre

**SECRETARIO RELATOR**

