



51/ *[Handwritten signature]*

Juez ponente Dr. E. Guerrero Mòrtola

656-2010

RELACION: En esta fecha y ante los señores Jueces de la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, Dr. Eduardo Guerrero Mòrtola, Ab. Guillermo Freire León y Ab. David Ayala Ponce, con la intervención de la suscrita Secretaria relatora Ab. Martha Gómez Lapierre, se hizo el estudio en relación a la presente causa. Guayaquil, 3 de diciembre del 2010.

[Handwritten signature]
SECRETARIA RELATORA DE
LA SALA DE LO PENAL Y
DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS

Guayaquil, 3 de diciembre del 2010; las 11h00

VISTOS: Del auto resolutorio expedido el 25 de mayo del 2010, a las 14h03, por el Juez Vigésimo Quinto de Garantías Penales del Guayas, dentro del proceso signado en esa judicatura con el No.179-2009, que por el delito contenido en el artículo 83 letra j) de la Ley Orgánica de Aduanas (falsa declaración aduanera), son llamados a juicio: Welmer Quezada Neira, Mercedes Judith Loayza Loaiza, Harold David Esmeralda Guerra, Walter Jair Montero Olvera y Jorge Arturo Arias Montero, quienes interponen recurso de apelación (fs. 728 a 736), la que es aceptada al trámite luego de celebrada la audiencia de fundamentación del recurso, el 3 de agosto del 2010 a las 17h25. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO: La Sala asegura su competencia en virtud del sorteo y por lo dispuesto en el artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial; **SEGUNDO:** No se observa omisión de solemnidad que pueda acarrear la nulidad, por lo que se declara válido el proceso; **TERCERO:** De fs. 1 a 7, obra la denuncia presentada por el Ing. Walter David Segovia Muentes, en su calidad de Gerente Distrital de Aduanas, en la que expresa: mediante informe No.CAE-GEFZ-D12-055-2009, de fecha 3 de marzo del 2009, suscrito por Ing. Carlos Eduardo Lema Coronel, fiscalizador de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, se determina lo siguiente "...de acuerdo a lo indicado en los antecedentes del presente informe, producto del monitoreo diario la gerencia de fiscalización solicitó a la Gerencia Distrital de Guayaquil, a través del oficio No.CAE-GFZ-D11 (i)-0244-2009, de fecha 2 de febrero del 2009; la designación de funcionario para presencia un aforo físico de la mercancía perteneciente al importador TREALFA S. A con RUC 09992555408001, con manifiesto No.028-09-01-000166-7, con documento de transporte No.HBOL11160; que el documento de transporte No.HBOL11160 y el contenedor No.TCKU9901438 inicialmente se encontraba consignados a nombre del importador TREALFA S. A., según información registrada en el SICE y que al efectuar las correspondientes verificaciones de los datos referidos, se pudo observar en el sistema que al ingresar en la pantalla "consulta Contenedor Especifico (Recibidos o Aceptados) "Despacho" e ingresar el numero del contenedor No.TCKU9901438, se observò el despliegue de la información la cual nos dio a conocer que el 13 de febrero del 2009 se efectuaron correcciones al documento de transporte, cambiando tanto el nombre del consignatario TREALFA S.A. por el consignatario QICSA S.A.; así como el del embarcador HIGH BRAND a EXPOMUNDO; que el 19 de febrero del 2009 en el almacén temporal de CONTECON se presencio el acto administrativo de aforo físico de las mercancías del importador QICSA S.A. según DAU No.14567356 con refrendo 028-2009-10-013574-0 y factura No.0004182 estando presentes los

señores Roberto Carlos Rosero Rugel, delegado del aforo de aduana y el auxiliar Sergio González como representante del agente afianzado de aduana María Cristina Sotomayor Peralta; que se observó que la mercancía consistía en televisores LCD de 32" marca Sony fabricado en China y México respectivamente, lo que coincide con lo declarado en la DAU 14567356; que para documentar lo observado se recabó información relacionada a modelos, códigos y series varias de las mercancías verificadas durante el acto administrativo de aforo, que como se desprende de las fotos tomadas en el presente aforo; agregando que cabe indicar que ante los hechos relatados y siguiendo el proceso investigativo la Gerencia de Fiscalización mediante oficio No.CAE-GFZ-DI-294-2009 con fecha 2 de marzo del 2009, solicitó a la empresa consolidadora MUNDITRANSPORT CIA. LTDA proporcione la información concerniente a las correcciones realizadas al documento de transporte No.HBOL11160, 1) solicitándole copias certificadas del conocimiento de embarque (B/L) emitidos a favor del consignatario QICSA S.A., que se detallan a continuación correspondientes a los documentos originales emitidos por la consolidadora Munditransport Cia. Ltda. B/L No.HBOL11160; 2) copias de la factura comercial entregada a su agente en el exterior para la emisión del conocimiento de embarque en referencia; 3) justificativo y soportes de las correcciones realizadas al BL HBOL11160 en los campos de consignatario y proveedor realizadas mediante transmisiones electrónicas el 13 /02/2009 y el 16/02/2009; que Munditransport Cia. Ltda., el 5 de marzo da contestación a lo solicitado por la gerencia de fiscalización, anexando documentación que respaldan las correcciones solicitadas por el gerente general de TREALFA S.A. así como los datos solicitados; que el comportamiento por parte de la empresa TREALFA S.A. esto es, los cambios solicitados respecto del consignatario y proveedor a favor de QICSA, originaron una alerta en sus sistemas de monitoreo, lo cual motivo a investigar todas las posibles conexiones entre las mencionadas empresas y sus representantes, a mas de los valores presentados en sus declaraciones; la denuncia consta reconocida a fs.378; **CUARTO:** A fs. 191, obra el acta de la audiencia de inicio de instrucción fiscal, celebrada el 21 de noviembre del 2009, a las 11h20, ante el Juez Vigésimo Quinto de Garantías Penales del Guayas (E) comparecen el Fiscal Geancarlo Almeida Delgado, el Dr. Carlos Cortázar Vinueza en representación de la Gerencia del Primer Distrito de la Corporación Aduanera Ecuatoriana y el Ab. Guillermo Espinoza de los Monteros, Defensor Público de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; **QUINTO:** De fs. 230 a 231, obra el acta de audiencia de vinculación, suscrita el 13 de marzo del 2010 a las 10h50, en donde se vincula con la instrucción a Walter Jair Montero Olvera; **SEXTO:** De fs. 213 a 226, obra la acusación particular presentada por el Ab. Carlos Cortázar Vinueza, procurador judicial de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en la que acusa a Welmer Quezada Neira, Mercedes Judith Loayza Loaiza, Harold David Esmeralda Mora (Guerra) y Jorge Arturo Arias Montero, por el delito tipificado en los artículos 82 y 83 literal j) de la Ley Orgánica de Aduana; **SEPTIMO:** Obran del proceso lo siguiente: a) De fs. 8 a 17, el informe CAE-GEFZ-DI2-055-2009, suscrito por Carlos Eduardo Lema Coronel, fiscalizador de la Corporación Aduanera Ecuatoriana; b) De fs. 23 a 25, en comunicación que la agente de aduana Cristina Sotomayor, dirige los señores Corporación Aduanera Ecuatoriana, Departamento de Comprobación, de fecha 17 de febrero del 2009, en la que expresa "por medio de la presente adjunto certificados de pesos con el fin de justificar el peso recibido y el peso neto, información que CONTECOM subió al sistema, CONTECOM declaro peso recibido 12750, valor que se está incluyendo la tara del contenedor, mediante el certificado de peso puede observar el peso de la tara restando el peso bruto da por resultado el peso neto de 8950..."; c) A fs. 30 a 32, obra la factura No.0004182 de la



527
del

compañía Expomundo Corporation, de fecha 23 de enero del 2009, a favor de QICSA S.A., que totaliza 199.850,00 dólares; la póliza de transporte No.50208, emitida a favor de QICSA S.A.; y la nota de pedido No.1081/QIC-09; d) A fs. 163, Expomundo Corporation, se dirige a la Corporación Aduanera Ecuatoriana, de fecha 12 de febrero del 2009, en la que le dice: "Nosotros Expomundo Corporation, certificamos que los precios mencionados en la factura No.0004182 son verdaderos y correctos. Así fueron comercializados a nuestro cliente QICSA S.A. del Ecuador"; e) A fs. 177, Expomundo Corporation, se dirige a la Corporación Aduanera Ecuatoriana, de fecha 19 de febrero del 2009, en la que le dice: "...a petición de nuestro cliente certificamos que la factura No.0004182 emitida por el valor de US \$199,850.00 contra QICSA S.A. es legítima y real y corresponde a mercancía exportada a dicha compañía. Su pago fue recibido en nuestra cuenta bancaria en febrero 18, 2009 conforme lo pueden verificar en copia de corte de cuenta que Internacional Finance Bank emitió a Expomundo Corporation y que se adjunta a la presente carta..."; f) A fs. 183, obra escrito de Expomundo Corporation, de fecha 10 de abril del 2009, suscrito el presidente Jorge Arias, en la que expresa: "A quien pueda interesar: Por la presente, el suscrito en calidad de Presidente de Expomundo Corporation, certifica que el señor Welmer Quezada no es ni ha sido accionista de esta corporación..."; g) A fs. 400, la versión de Carlos Eduardo Lema Coronel, fiscalizado, quien se ratifica en su informe No.CAE-GEFZ-DI2-055-2009; h) A fs. 402, la versión de María Cristina Sotomayor Peralta, agente afianzado de aduana, quien en lo principal expresa: que el 16 de febrero del 2009, recibió una petición del jefe del departamento de comercio exterior de la compañía QICSA S.A., solicitándole que le realice un trámite de desaduanización a la cual le adjuntaron la factura No. 4182 de la compañía Expomundo, original de la nota de pedido No. 1081, y que además le certificaron que los precios mencionados en la factura comercial fueron notariados por la compañía Expomundo Corporation, en el estado de Florida y consularizada por el cónsul ecuatoriano en Miami Florida, que una vez revisada la documentación y viendo que todo estaba conforme, procedió al ingreso de la información por vía electrónica obteniendo como resultado el refrendo No.028-2009-10-013574 indicándole el sistema "aforo físico aduana", que realizaron el aforo correspondiente y constataron que la mercancía manifestada en la factura No. 4182 correspondía a las 464 unidades que venían en el contenedor No.TCKU-9901438, estando conforme con lo declarado; el trámite quedó observado por el departamento de fiscalización de la CAE para verificación de valores. A preguntas formulados por el Fiscal contesta: que en dos trámites anteriores de QICSA la CAE le notifico la duda razonable y que estas fueron desvirtuadas y aceptadas; que ni la gerencia de fiscalización ni otro departamento de la CAE le notificaron sobre investigación alguna y que se enteró por la prensa; que nunca ha sido sancionada ni administrativa ni penalmente; i) A fs. 417, obra oficio No.109012009OATN004713, suscrito por el Ing. Carlos Portes de Sucre, director Regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur, dirigido al fiscal Geancarlo Almeida Delgado que en lo principal le expresa: "...su petición no es concreta, por favor sírvase aclararla para que procedamos a generar respuesta. Esta información no constituye vínculo o responsabilidad alguna por parte de la Administración Tributaria respecto a obligaciones o gestiones de tercero, ya que su objeto es meramente informativo. Es importante indicarle que su petición no cumple con el presupuesto legal del artículo 135 del código Tributario ni los requisitos del artículo 136 del mismo cuerpo legal, que le otorgan la calidad de la consulta, por lo tanto, la presente contestación no tiene carácter de vinculante para la Administración Tributaria..."; j) A fs. 439, el Ing. Com. Carlos Stanley Espinoza, en lo principal le expresa al Fiscal: "...estoy presto a

cumplir razonablemente con su mandato pero, obviamente, que los interesados que solicitaron la pericia contable (CAE) precisen y concreten cual es el objeto de la experticia y señalen la cosa que debe ser examinada por el perito contable y me brinden las facilidades del caso..."; **OCTAVO:** De fs.704 a 724, obra el acta preparatoria al juicio y de fundamentación del dictamen, celebrada el 25 de mayo del 2010, a las 10h30, en los que acusa en calidad de coautores del delito contenido en los artículo 82 y 83 literal j) y o) de la Ley Orgánica de Aduanas, a Welmer Edison Quezada Neira, por sus propios derechos y como presidente de la Compañía QICSA S.A., Harold David Esmeralda Guerra, por sus propios derechos y por los que representa de la compañía TREALFA S.A., en calidad de gerente general, Jorge Arturo Arias Montero, por sus propios derechos y por los que representa en su calidad de Director de la Compañía Expomundo Corporation y por los derechos que representa en su calidad de presidente actual de HIGH BRAND EXP. CORP. y Walter Jair Montero Olivera, por sus propios derechos y como presidente de la Compañía TREALFA S.A.; el Dr. Carlos Cortázar Vinuesa en representación de la CAE, se ratifica en el escrito de acusación particular (acusó por el delito contenido en los artículos 82 y 83 literal j) Ley Orgánica de Aduana). Estos artículos acusados por el fiscal -no por el Juez- el 82 entre ellos de la Ley orgánica de Aduana, reza: "El delito aduanero consiste en el ilícito y clandestino tráfico internacional de mercancía, o en todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño que induzca a error a la autoridad aduanera, realizados para causar perjuicios al fisco, evadiendo el pago total o parcial de impuesto o el cumplimiento de normas aduaneras, aunque las mercancías no sean objeto de tributación", la Sala observa que el artículo precedente nos entrega una definición general de lo que constituye un delito aduanero, pero también recuerda que el delito es un acto injurídico y típico, y en el artículo ut supra no existe la tipicidad que requiere el acto injurídico para ser considerado delito; la tipicidad, según la denuncia, se encuentra detallada en el siguiente artículo, el 83 de la LOA que estipula bajo el epígrafe "Tipos de Delitos Aduaneros".- "Son delitos aduaneros : ...j) La falsa declaración aduanera respecto del tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías, cuando la diferencia de los tributos causados exceda del 10%, será sancionada con la pena establecida para el delito de falsedad de instrumentos públicos, de conformidad con el Código Penal, en cuyo caso no se requerirá declaratoria judicial previa en materia civil para el ejercicio de la acción penal prevista en el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil". Como podemos notar solamente existe el delito cuando el acto injurídico se adecua al tipo descrito en la ley, así, habiéndose denunciado la CAE que la infracción cometida se adecua al tipo determinado en la letra j) del Artículo 83 de la LOA le correspondía a la fiscalía, hacer las indagaciones pertinentes para lograr comprobar la materialidad de dicha infracción, que en este caso la Corporación Aduanera Ecuatoriana a denominada falsedad de la factura. De autos la Sala no encuentra que se haya hecho una investigación eficaz para lograr dicha comprobación, dedicándose más vale a otros temas que no emanan de la señalada falsedad de la factura; no está por demás dejar sentado que, sin embargo de que la CAE denuncia el delito tipificado en la letra j) del artículo 83 de la LOA, el señor Fiscal, cambia la tipicidad a su arbitrio y señala que el delito que se investiga y del que presenta su dictamen corresponde según su propia cosecha también al tipificado en la letra o) del mismo artículo, en el que leemos lo siguiente: "La ejecución de actos idóneos inequívocos dirigidos a realizar los actos a que se refieran los literales anteriores, si estos no se consuman por causas ajenas a la voluntad del infractor". La falsedad al que alude la CAE tiene que ver con los precios de las mercancías constantes en la declaración aduanera singularizada en la



53)
Castaño
Jorge

denuncia en el refrendo que ahí se señala, siendo importante que aquí dejemos señalado que el valor de las mercancías está definido en el acuerdo de la Organización Mundial de Comercio OMC, en el artículo VII del GATT, la Decisión 571 y su reglamento de aplicación que consta en la Resolución 846 de la Comunidad Andina, cuyas normas, por mandato del artículo 425 de nuestra Constitución forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que consecuentemente son de cumplimiento obligatorio. La definición a la que aludimos, esto es la del valor de las mercancías en aduana es la del precio realmente pagado o por pagar al vendedor por las mercancías importadas, según lo señala el artículo 1 del Acuerdo de aplicación del GATT, de tal manera que, por ejemplo podríamos decir que existe una conducta injurídica que se adecue a la letra j) del artículo 83 de la LOA, cuando el importador declara un precio inferior al que realmente ha pagado o por pagar al vendedor, situación que en este proceso no ha sido probado. La Fiscalía a destinado varias páginas a tratar de encontrar como delito la vinculación que pudiera existir entre empresas y personas en un acto de comercio internacional, más el mismo acuerdo de la OMC, regula la vinculación y las aclara en forma precisa de cómo incide en los precios de las mercancías, y del examen de aquella norma concluimos que no es motivo de acción penal, sobre este tema podríamos concluir que una cosa es la sospecha de que exista un precio influido por la vinculación de empresa o personas que la figura típica que antes copiamos y que está señalada con la letra j) del artículo 83, que corresponde a una falsa declaración del valor en una declaración aduanera. Merece un punto de especial atención el documento que obra a fs. 183, por el que queda en claro que el procesado Welmer Quezada no ha sido ni es accionista de Expomundo Corporation, suscrita por Jorge A. Arias Presidente, notariada en el Estado de la Florida por la Notaria Jackie Welch, comisionada No.DD546557, cuya función expiraba el 2 de mayo del 2010, pero que fue notariada el 13 de abril del 2009, siendo en consecuencia un documento perfectamente válido y se encuentra protocolizado en el registro de instrumentos públicos de la Notaria Vigésima Primera del cantón Guayaquil. Es importante que consideremos que al tratar de determinar precios "reales" y "falsos" la CAE a incorporado al proceso una transacción comercial diferente a la que realizó Expomundo de Panamá con QICSA de Ecuador, cuyos valores debemos de considerarlos reales al tenor de lo que dejamos expuesto en líneas anteriores a diferencia de la que sostuvieron Sony Puerto Rico Inc. Y Precision Trading Corp. en Miami, que nada tiene que ver con la transacción comercial en análisis, los precios que las dos últimas nombradas han convenido pueden ser totalmente diferentes, y de hecho lo son, al de la factura motiva este proceso. También consta en el expediente que la proveedora ha certificado en un instrumento público que obra a fs. 177, que los precios que se anotan en esa factura comercial emitida para QICSA de Ecuador, son reales y legítimos lo precios, cuyo valor es US \$ 199,850.00 y que su pago fue recibido por el mismo valor en la correspondiente cuenta bancaria, el 18 de febrero del 2009, documento que a mas de estar protocolizado en la Notaria Vigésima Primera de este cantón, fue suscrita frente al Notario Público del estado de la Florida, señor Italo DeVivo, con comisión No.DD799971, que expira el 28 de julio del 2012. Correspondía entonces a la Fiscalía probar que los precios declarados a la aduana son falsos, cotejando en este caso el precio de la factura con el valor con que se la canceló y no comparándolos con precios pactados entre otros comerciantes. Continuando con nuestra apreciación, la falsedad del valor de mercancías importadas, que es lo que tipifica el literal j) del artículo 83 de la LOA, sería la declaración de un valor inferior al pagado por dichas mercancías. La propia aduana ecuatoriana en la opinión consultiva 2.1, expedida por el Comité Técnico de

valoración, referente a la posibilidad de aceptar un precio inferior a los usuales en el mercado para mercancías idénticas, "llegó a la conclusión de que el mero hecho de que un precio fuera inferior a los precios corrientes de mercado de mercancías idénticas no podría ser motivo de su rechazo". Antes de llegar a nuestra conclusión es conveniente dejar sentado que la CAE en el informe del fiscalizador Carlos Eduardo Lema Coronel, que sirvió de base para la denuncia, recomienda que "la gerencia general disponga a la gerencia de gestión aduanera realice la valoración de las mercancías que constan en la declaración aduanera amparada en el refrendo 028-2009-10-013574-0", es decir, que con la antedicha recomendación nos hace conocer que la Corporación Aduanera Ecuatoriana no tenía en su base de datos la valoración del tipo de mercancías importadas y que a partir de esta recomendación recién se iba a llenar este vacío, por lo que mal pudo la CAE determinar que los precios constantes en la factura enviada al importador por el proveedor contenga valores falsos; el fiscal interviniente en la causa el 29 de junio del 2009, envió el oficio 451-FPG-UDAT-GAD, en el que le solicita al Servicio de Rentas internas que le "remita toda la información referente al status legal de la compañía QICSA S.A..." a lo que el Director Regional del SRI le responde en oficio No.109D12009OATND04713, el 10 de julio del 2009 (fs. 417), que "...su petición no es concreta, por favor sírvase aclararla para que procedamos a generar respuesta. Esta información no constituye vínculo o responsabilidad alguna por parte de la Administración Tributaria respecto a obligaciones o gestiones de tercero, ya que su objeto es meramente informativo..." y además agrega "Es importante indicarle que su petición no cumple con el presupuesto legal del artículo 135 del código Tributario ni los requisitos del artículo 136 del mismo cuerpo legal, que le otorguen la calidad de la consulta, por lo tanto, la presente contestación no tiene carácter de vinculante para la Administración Tributaria...", entendiéndose la Sala que la Fiscalía ni siquiera tenía claro lo que buscaba para cumplir con su obligación, lo que se corrobora con lo que le expresa el perito contable el Ing. Com. Carlos Stanley Espinoza constante a fs. 439, en el que leemos: "...estoy presto a cumplir razonablemente con su mandato pero, obviamente, que los interesados que solicitaron la pericia contable (CAE) precisen y concreten cual es el objeto de la experticia y señalen la cosa que debe ser examinada por el perito contable y me brinden las facilidades...". Por todo lo que hemos dejado expuesto en líneas anteriores esta Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil, respecto a la comprobación de la materialidad de la infracción, no encuentra que esta haya sido debidamente probada en el proceso, puesto que no se ha cumplido con los presupuestos que constan en el literal j) del artículo 83 de la LOA y que son los siguientes: 1) Que exista una declaración aduanera falsa; 2) Que la falsedad sea respecto de el tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías; 3) Que la diferencia de los tributos causados excedan del 10%; sin que aparezcan indicios que puedan hacernos presumir nexos causales entre la infracción y los procesados, pues para ello como señala el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal es necesario lo siguiente: 1) Que se haya comprobado conforme a derecho la infracción; 2) Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; 3) Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean varios, relacionados, unívocos y directos. Conocemos que para que un acto se lo catalogue como delito, debe de reunir dos condiciones *sine qua non*: 1) adecuación típica; y, 2)- ilicitud. Si falta cualquiera de los dos presupuestos componentes del acto, no puede ser reprochado como antijurídico. Se considera al delito como un acto típico y antijurídico, y en esa conceptualización no se hace referencia a la culpabilidad, porque ésta no pertenece a la estructura del delito; la culpabilidad es el



54)
Cordero
Cordero

juicio de reproche que se formula no al acto, sino al autor del acto delictivo. Welzel, autor de la obra Derecho Penal. Parte General. Editorial Roque de Palma, año 1956. pág. 43, sostiene que la tipicidad, la antijuricidad, y la culpabilidad son tres elementos que convierten a la acción en un delito. En el proceso penal, en su etapa de instrucción, es donde debe probarse la existencia del delito, es decir, del acto típicamente antijurídico, para dejar para la etapa del juicio, a la que se llega una vez que se ha comprobado que se ha cometido un delito (la materialidad de la infracción), se sustancie el juicio de culpabilidad, que se dirige al autor de dicho acto. Más adelante el mismo tratadista Welzen en la pág. 44 *ibidem* anota "el tipo es la materia de la prohibición de las disposiciones penales, es la descripción objetiva, material, de la conducta prohibida". Nuestra Constitución, en vigencia, aprobada mediante referéndum el 28 de septiembre del 2008, proclamada el 15 de octubre del 2008, y publicada en el Registro Oficial No. 449, del 20 de octubre del mismo año 2008, en ella se consagra que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, por lo que, la actuación de los operadores de justicia, debe responder a los principios y disposiciones constitucionales como una garantía de esos derechos. En base a la denuncia de la CAE, la instrucción fiscal tiene como objeto, determinar si existen suficientes elementos de convicción de la comisión de un delito aduanero mediante un acto de falsa declaración aduanera tipificado en la letra j) del Art. 83 de la LOA, esto es la falsedad de instrumento público. Este delito es de los que lesionan al Fisco y predominantemente a la fé pública. El delito de falsedad puede ser cometido ya por un funcionario público, ya por particulares, y la calidad del sujeto activo es la que determina la pena, así mismo debemos anotar, que la falsedad puede ser material o ideológica; material es la que recae sobre un documento genuino, y la segunda es la creación o forjamiento de un documento al que se le da apariencia de genuino. Partiendo del precepto constitucional de la presunción de inocencia, corresponde a la Fiscalía probar la comisión de tal infracción, porque es obvio que se castiga el fraude que se comete, pues mediante el mecanismo del doloso faltamiento a la verdad, se pretende modificar o alterar la verdad legal o formal, a fin de causar daño o perjuicio a otro, o a la hacienda pública. Constituye delito entonces, la alteración fraudulenta y substancial que se cometa vulnerando la fe o confianza pública. Dejamos expuesto que los delitos contra la fe pública tienen en su contenido el dolo, que consiste en actuar con conciencia y voluntad al falsear la verdad. En el presente caso de delito de falsedad instrumental, el dolo no se ha puesto en evidencia, pues no se ha demostrado la inexactitud de lo que se está afirmando y menos aún que se haya obrado con plena conciencia, y con ello, la intención de causar un perjuicio. Lo expuesto por el Fiscal en su dictamen no admite cuestionamiento alguno, ya que él es, por mandato de la ley, titular de la acción penal, y si dentro de este trámite no se han podido determinar elementos de convicción que demuestren la falsedad en instrumento público, es imposible adecuar la conducta de los procesados al acto típico señalado en el literal j) del Art. 83 de la LOA. El latinismo "*nullum crimen, nula pena sine lege*", tuvo como antecedente al tratadista Beccaria cuando este escribió que: "...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir en el legislador que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún Magistrado puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad". Tal es la importancia de este principio, que forma parte de la Declaración del Hombre y del Ciudadano, emitida después de la Revolución Francesa en 1789, que en el Art. 8 establece que: "Nadie puede ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada". Principio que lo recogen un alto número de constituciones del mundo, como la española que la

acoge en su Art. 25.1 o la argentina en el Art. 18, por ejemplo. En nuestro país, la Constitución del 2008 la recoge en el Art. 76 numeral 3, que estipula: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento", y el Código Penal en el Art. 2, señala: "Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida". Las disposiciones antes citadas son la base del principio de legalidad, que no admite analogía, pero que si establece que no hay delito sin ley, y concluimos que mientras la ley no prohíba su realización, el hombre tiene libertad para realizarlo. Del principio de legalidad surgen diversas garantías, las que también deben exigirse respecto de la imposición de medidas de seguridad: la garantía criminal exige que el delito se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*); la garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla pena sine lege*); y la garantía jurisdiccional o judicial exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial, según un procedimiento legalmente establecido. Y el fiscal sin respetar el principio de congruencia y la seguridad jurídica, previsto en el Art. 82 de nuestra Constitución, lo acusa por un artículo diferente cuando, el aludido dictamen debió ser abstentivo y no acusatorio, ya que el Fiscal, titular de la acción penal no ha podido demostrar la materialidad de la infracción denunciada y tipificada en el literal j) del Art. 83 de la LOA, en la factura que obra de autos, referente al valor de las mercancías importadas. Pretender a esta altura del proceso acusarlos de alguna otra infracción, significa colocar a los procesados en situación de indefensión, porque no han tenido la oportunidad de presentar los descargos que pudieren tener los justiciables para contradecir la nueva acusación, quedando así impedidos en su derecho a la defensa, que es una garantía constitucional inviolable, así como también coarta su oportunidad de tener el tiempo necesario para preparar su defensa y ejercer el derecho a la contradicción, garantías previstas en el Art. 76 de la Constitución. Además el procedimiento del juez de origen viola el Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, debidamente ratificada por el Estado Ecuatoriano, y de acatamiento obligatorio por la disposición contenida en el Art. 424 y siguientes de nuestra Carta Magna. En el Tercer Considerando de su auto de llamamiento a juicio, el Juez A-quo dispone: "Se ordena la prisión preventiva en contra de los acusados, disponiéndose que una vez ejecutoriado este auto se remita atento oficio al Jefe de la Policía Judicial del guayas, a fin de que proceda a la localización y captura de los mencionados procesados, se ordena la prohibición la enajenar los bienes que pudieren tener..., lo que deviene en un contrasentido, pues al no haberse podido probar la materialidad de la infracción o delito, le es vedado al juez de garantías actuante llamarlos a juicio, que es la etapa procesal, donde se va a establecer el grado de responsabilidad de él o de los procesados en dicho delito, esto, una vez que el titular de la acción penal -que es el fiscal- haya encontrado los presupuestos necesarios que prueben la existencia del acto injurídico, supuestamente cometido, además el juez A-quo por mandato Constitucional que ordena que toda Resolución de autoridad competente tiene que estar debidamente fundamentada o motivada, porque así lo exige el derecho a la seguridad jurídica, y que permita la impugnación con el conocimiento previo de una Resolución que causa agravio, y como lo hemos manifestado no se ha probado el cometimiento de la infracción investigada; por lo que el papel del juez quedaría sin fundamento. Debemos tener presente que el auto



Carretero
53

de llamamiento a juicio es el auto resolutorio contenido en una declaración jurisdiccional de la presunta culpabilidad del procesado en un delito que se ha comprobado en su fase material y objetiva. En la etapa de instrucción fiscal deben recabarse los elementos materiales que permitan la adecuación del acto al tipo penal, produciéndose así el juicio de reproche con respecto al acto, y en la etapa del juicio se debe comprobar la responsabilidad del acusado, como presupuesto para la imposición de una condena, produciéndose en ese caso, el juicio de reproche al autor. El auto de llamamiento a juicio sólo puede estar legitimado si se cumplen los presupuestos que el juez debe encontrar en la instrucción fiscal, luego del análisis crítico que debe hacer a la misma; a su vez, el auto de llamamiento a juicio debe contener la declaración judicial de que el proceso debe continuar a la etapa siguiente, en donde debe desarrollarse el juicio de atribución, en el que el juez debe hacer una doble declaración, la de certeza sobre la existencia del acto adecuadamente típico, y la de relación causal entre éste y el o los procesados plenamente identificados, de donde va a surgir la declaración presuntiva de culpabilidad, lo que en el presente proceso no se ha comprobado. El análisis que el juez debe hacer al dictar el auto resolutorio de llamamiento a juicio es fundamentarse en los elementos de convicción que se hubieren recabado durante la instrucción fiscal; de no constar, la resolución del juez es infundamentada. En el auto resolutorio deben analizarse cada uno de los temas que fueron debatidos en el proceso, debiendo valorarse con objetividad e imparcialidad, además, los elementos de descargos que obren en el proceso. Al no existir elementos probatorios de la existencia del delito imputado, el juez de garantías penales, no puede, ni debe dictar un auto de llamamiento a juicio, pues el mismo requiere como presupuesto de procedencia y de legitimidad la certeza de la existencia del delito; y sin los elementos en que se fundamenta el dictamen fiscal estos son insuficiente, lo que procede es que el juez dicte sobreseimiento definitivo, pues sólo la certeza judicial sobre dicha existencia hace viable el llamamiento a juicio, que tiene requisitos formales indispensables para su procedencia procesal, pues debe determinarse con precisión el acto adecuadamente típico cometido, así como el nexo causal entre el acto y el procesado. En el presente caso, el Juez de origen en su auto de llamamiento a juicio no individualiza la participación de los presuntos culpables, ni menos las razones jurídicas por las cuales los llama a juicio por un delito de falsedad documental aduanera, por lo que se **REVOCA** el interlocutorio subido en apelación y dictamos auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los acusados Welmer Quezada Neira, Mercedes Judith Loayza Loayza, Harold David Esmeralda Guerra, Walter Jair Montero Olvera y Jorge Arturo Arias Montero. Levantándose las medidas cautelares dictadas a cada uno de ellos. La Sala no puede guardar silencio frente al despropósito del Juez A-quo, quien llama a juicio a la señora Mercedes Judith Loayza Loayza, cuando el fiscal quien privativamente ejerce la acción penal no la acusa en su dictamen. **PUBLIQUESE Y NOTIFIQUESE.-**

[Handwritten signatures]

Dr. Eduardo Guerrero Mórtales
JUEZ INTERINO
DE LA 2da. SALA DE LO PENAL
DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS

Se publica:

[Handwritten signature]
At: Martha Gomez Lapierra
SECRETARIA GENERAL DE LA

En Guayaquil, Diciembre seis del dos mil diez, las dieciséis horas y treinta minutos, por boleta notifiqué la Relación y Auto que antecede al Dr. Antonio Gagliardo Looz, Fiscal Provincial del Guayas, en el casillero judicial No. 2377 del Ministerio Fiscal; a Ab. Carlos Cortaza Vinueza, Gerente de la CAE, en el No. 3157 y 3245 de la Ab. Andrea Farias Zambrano; a Welmer Quezada Neira, Mercedes Loayza Loayza, Harold David Esmeraldas Guerra, Jorge Arturo Arias y Walter Montero Olivera, en el No. 3760 de la Ab. Silvana Valladares Salgado; Ab. Carlos Cortaza Vinueza, en el No. 3245 de la Ab. Andrea Farias Zambrano; a Giancarlo Almeida Delgado, Fiscal Penal, en el No. 3130; a Ab. Guillermo Espinoza de los Monteros, en el No. 1672 y en el No. 3110; a Mercedes Loayza Loayza, en el No. 130; a Welmer Quezada Neira, en el No. 3760.- Lo Certifico.

Ab. Martha Gómez Lapiere
SECRETARÍA DE LA
2da. SALA DE LA CORTE
DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS