



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA
Verdad, Seguridad y Paz
Huamanta, Kamaymanta, Kwasikamanta

SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL
POLICIAL Y TRÁNSITO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

**SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL
POLICIAL Y TRÁNSITO**

JUICIO PENAL: No. 414B – 2010 – D.V.

RESOLUCIÓN: No. 342 – 2014 – SALA ESPECIALIZADA
DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL
POLICIAL Y TRÁNSITO

PROCESADOS: ROBERTO ISAÍAS DASSUM Y OTROS

OFENDIDO: ESTADO ECUATORIANO

MOTIVO: PECULADO

RECURSO: APELACIÓN Y NULIDAD

D.V.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-

Quito, 10 de abril del 2012; las 11h30.-

VISTOS: En el juicio penal incoado por el Estado en contra de ROBERTO ISAIAS DASSUM y otros: Incorpórese el escrito presentado por el abogado Xavier Castro Muñoz, Procurador Judicial de Roberto Isaías Dassum y, por no corresponder al estado procesal de la causa, se lo desestima; toda vez que lo requerido por él busca dilatar la sustanciación de la causa, así como el escrito presentado por Roberto Isaías Dassum; lo manifestado por él se lo tiene en cuenta al momento de expedir esta resolución. Así mismo incorpórese al proceso el oficio remitido por la abogada Myrtha Chang Chang, Secretaria del Tribunal y Presidencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Incorpórese también el escrito presentado por el señor Luis Jácome Hidalgo y lo manifestado por él se lo toma en cuenta al momento de dictar esta resolución. En mi calidad de Juez Nacional de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia y al haberse confirmado el auto de llamamiento a juicio plenario por la ex - Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, la tramitación de la etapa del juicio corresponde al suscrito Juez Nacional de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, en base de lo previsto en el Código de Procedimiento Penal de 1983 que determinaba que la sustanciación del juicio plenario debía retornar a un juez unipersonal, específicamente al Presidente de la Corte Suprema (hoy Corte Nacional), a quien se le retiraron las facultades jurisdiccionales como tal, uno solo de los miembros de esta Sala, teniendo todos jurisdicción y siendo todos competentes en razón de la materia y del fuero, debe asumir la competencia como juez unipersonal, mediante el sorteo de ley y siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA::

El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. Por su lado, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas, conforme lo dispone el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer el recurso de casación según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, que en la segunda disposición transitoria dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código.”*. En tal virtud y por el sorteo de ley contemplado en el Art. 196 ibídem, en nuestras calidades de jueces nacionales, avocamos conocimiento de la presente causa, cuya ponencia correspondió al doctor Wilson Merino Sánchez, conforme lo previsto en el Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, me corresponde, dada la etapa procesal, actuar como juez penal de sentencia, una vez que se ha agotado la fase de la prueba, durante cuya sustanciación las partes procesales han ejercido a plenitud el derecho a la defensa hoy previsto en el Art. 76 n. 7. a) y s.s. de la Constitución del Ecuador en vigencia publicada en el RO 449 del 20 de octubre del 2008, así como en el Art. 8 (**Garantías Judiciales**) n. 2. c), del Pacto de San José o Convención Americana de derechos Humanos de 1969.-

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 se declara

la validez de esta causa penal y si bien es verdad que el presente proceso penal debe tramitarse de acuerdo con el fenecido Código de Procedimiento Penal de 1983, deben aplicarse disposiciones del vigente Código de Procedimiento Penal publicado en el RO.S 360 del 13 de enero del 2000, por mandato expreso de la **Disposición final** que dice en el párrafo 2 y 3, lo que transcribo "... Este Código entrará en vigencia luego de transcurridos dieciocho meses, desde su publicación en el Registro Oficial. Lo previsto en el inciso anterior no será aplicable al Capítulo IV del Título IV del Libro IV y a los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429 y 430, que por desarrollar los principios del debido proceso reconocidos por la Constitución Política de la República, entrarán en vigencia a partir de la publicación de este Código en el Registro Oficial...".

TERCERO.- SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

De conformidad con el Art. 1 de la Constitución en vigencia, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, y me corresponde actuar no solo como juez penal sino inclusive como juez de garantías constitucionales y procesales por mandato de la propia Constitución que nos rige, cuyas normas constitutivas de derechos y principios deben aplicarse de manera directa o inmediata, cumpliendo lo que se denomina la justiciabilidad de los derechos, haciéndose pertinente dejar consignado que el nuevo modelo constitucional que vive el Ecuador, significa que: a) la validez de las normas no depende exclusivamente de la forma de producción sino además de la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales; b) la ciencia jurídica propone una visión crítica en relación con su propio objeto y propone la eliminación o corrección de las lagunas y antinomias que surgen de la violación de las prohibiciones y obligaciones de contenido establecidas por la Constitución; c) La

actividad jurisdiccional se fortalece en la medida que debe aplicar las normas, y siempre que éstas sean formal y sustancialmente compatibles con la Ley Fundamental; d) se configura un límite y un complemento para la democracia. Un límite, porque los derechos incorporados a la constitución implican prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes y a las mayorías, que de no mediar dicha interdicción, alcanzarían el grado de absolutos. De ello se deduce que, si en el modelo de estado legislativo de derecho que era propio del Ecuador de acuerdo con la Constitución de 1998 aunque había aspectos importantes como todo lo que tenía relación con el *debido proceso* consignado en el Art. 24, el poder emanado de la ley era soberano por cuanto representaba la voluntad general. En el Estado constitucional de derecho, el poder emanado de la ley queda sometido a la Constitución y la decisión democrática que, por principio, es aquella adoptada conforme a un conjunto de reglas y no sólo a la acordada mayoritariamente. Cabe destacar que en el Estado constitucional, los derechos fundamentales no son exclusivamente disposiciones jurídicas producto de la actividad política voluntarista y deliberativa sino que, desde su fundamentación interna, introducen en el sistema una sólida carga axiológica que pretende irradiarla en todo el ordenamiento jurídico. Ya era un avance el reconocimiento que hacía la Constitución de 1998, que impedía invocar la falta de ley como argumento para irrespetar al mandato constitucional. Hoy el desarrollo y aplicación del *neoconstitucionalismo* es incuestionable en la Constitución del 2008, bástenos recordar los artículos 11, 75, 76, 77, 172, 424, 425, 426 y 427, que constituyen un sólido bloque de preeminencia constitucional.

CUARTO.- CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

4.1.- La Constitución del 2008 reconoce que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1). La concepción del *Estado garantista*

es característica del *Estado constitucional de derechos*, construyéndose sobre la base de los derechos fundamentales de la persona, y al asumir el rol del *garantismo*, vincula los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos debidamente constituidos. En un Estado constitucional de derechos, el Derecho crea un sistema de garantías que la constitución pre ordena para el amparo y respeto de los derechos fundamentales. Esta es una vertiente del nuevo Constitucionalismo reconocido hoy como *neo constitucionalismo*

4.2.- Este nuevo enfoque significa un cambio del paradigma, un salto cualitativo de un sistema constitucional que requiere para el respeto de sus derechos fundamentales la existencia de *principios* antes que de normas de derecho positivo, que no pueden ser invocadas para inaplicar (no aplicar) los *principios*, pues como viene reconociendo la Corte Constitucional de Ecuador se debe acudir a principios como los de *ponderación* y de *proporcionalidad*, para decidirse frente a un conflicto entre principios como los de buscar la verdad procesal vs. *la legalidad del debido proceso*, que se lesiona cuando por ejemplo se pretende utilizar una *prueba ilícita* u obtenida mediante una *fuentes ilícita*, fracturando *principios* y garantías fundamentales como *la inviolabilidad del domicilio*, *la inviolabilidad de la correspondencia*, el respeto al *derecho a la intimidad* y a la *dignidad del ciudadano*, entre otros.

4.3.- El Capítulo Primero del Título II de la Constitución se refiere a los DERECHOS y tiene como epígrafe **Principios de aplicación de los derechos**. El artículo 11 de la carta suprema, establece en su numeral 3 la aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Expresamente se señala que para el ejercicio de los derechos y garantías

constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, que los derechos serán plenamente justiciables, y que 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 (sic).

4.4.- En el numeral 4 se reconoce que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, en el numeral 5 prevé que en materia de derechos y garantías constitucionales las servidoras y servidores públicos, administrativos y los operadores de justicia, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezcan su efectiva vigencia. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, como señala el numeral 6. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, siendo inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos (n. 8). El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, siendo además el Estado responsable por una inadecuada administración de justicia (n. 9).

4.5.- Cabe recalcar la importancia de los *principios* que igualmente recogió el constituyente de Montecristi, a partir del Art. 424 para destacar la supremacía de la Constitución, reconociendo inclusive la preeminencia de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, que prevalecen frente a cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. El *principio pro homine* (a favor del ciudadano o ciudadana) está previsto con rango constitucional como se aprecia de los artículos 417, 426 y 427, pues ante la duda

las normas constitucionales deben aplicarse en el sentido que mas favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

4.6.- El modelo *garantista* que es propio de la Constitución del 2008 proclama la invalidez de un derecho ilegítimo ante los derechos constitucionales de las personas. Para el valor constitucional de una norma se atiende no a su forma sino a su contenido, relacionándola con las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento constitucional. La vinculación a valores y principios constitucionales es lo que motiva que se deba recurrir a un juicio complejo de carácter jurídico antes que moral o político. El *Estado constitucional* se construye normativamente en un trípode: la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales enunciados en la propia constitución (o en los tratados internacionales de derechos humanos); el principio de la juridicidad o de la legalidad que somete a todo poder público al derecho; y, la adecuación funcional de todos los poderes públicos a garantizar los derechos de libertad y la efectividad de los sociales. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y solo falta que sean aplicados por los jueces a través de las distintas vías y acciones que le franquea la Constitución. Una vía legítima es la aplicación incluso de oficio de los *principios* previstos en la Constitución que no requieren de desarrollo normativo pues se aplica la exigibilidad del respeto al principio sin necesidad de norma expresa.

4.7.- Los derechos fundamentales son realidades jurídicas a favor de las cuales la Constitución ha diseñado importantes técnicas de protección. En lo que dice relación con los derechos constitucionales que se deben aplicar por sobre el argumento de que falta ley (para no aplicarlos), estos son los derechos de protección como los de tutela judicial efectiva, principio de presunción de inocencia, derecho de defensa, etc., que son estimados como autosuficientes.

Todos los derechos constitucionales son fundamentales y están cobijados o protegidos por el *principio de su eficacia directa* que se traduce en la inmediata aplicación sin que fuese necesario que haya un desarrollo programático por parte del legislador, porque se trata de un *derecho fundamental o constitucional*. Esa es la importancia de la Constitución como la *norma de las normas* para cuya directa e inmediata aplicación basta su valor dogmático. Pudiera darse el caso en que se requiera del dictado de una ley, para hacer operativo el reclamo, por ejemplo, por la vulneración de un principio constitucional. Una primera consecuencia de que los derechos sean directamente aplicables es que siendo anteriores o preexistentes a la ley, no pueden ser restringidos por el legislador hasta el extremo de desvirtuar su contenido, pues si esto se pretendiere, las leyes que se expidan con tal finalidad resultan ser inconstitucionales conforme el Art. 11. n. 4 de la Constitución Política de la República. Esto viene a ratificar el aserto de que los derechos son anteriores a la actividad del legislador que pretende cohonestar o limitar su efectiva y directa aplicación.

4.8.- Hay que recordar la propuesta de quienes sostienen que las *normas* se pueden expresar como *reglas* y como *principios*. Incluso encontramos profundas diferencias entre el Estado de Derecho (propio de la Constitución de 1998) y el Estado Constitucional de derechos y justicia (propio de la Constitución del 2008), pues el primero se estructuraba y manifestaba como *derecho por reglas*, mientras que el vigente Estado Constitucional invoca un *derecho por principios*, lo cual tiene una gran importancia en el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Nuestra Constitución actual es *normativa* y en virtud de tal reconocimiento no se trata de un conjunto de enunciados más o menos bien estructurados, pues se trata en verdad de normas (de principios y de reglas) vinculantes a todos los ciudadanos y poderes públicos, siendo sus preceptos exigibles y de aplicación inmediata y directa por parte de los distintos operadores del sistema de justicia. Su incumplimiento deviene en la antijuridicidad de tales conductas omisivas.

4.9.- Los llamados *principios constitucionales* que se traducen en lo que llamamos *Derecho de principios*, no se contraponen con el *Derecho de reglas*. Las *reglas jurídicas* tienen su fuente de creación en el legislador en tanto que los *principios constitucionales* son anteriores y preeminentes a las *reglas jurídicas*, tanto que viven sin la existencia previa de tales reglas o de leyes expresas, por la aplicación directa e inmediata de tales *principios* que consagran *derechos fundamentales*. Esta es la mejor herencia de las nuevas corrientes del constitucionalismo moderno en que se inscribe la Constitución Política del 2008 que reconoce al Ecuador como un *Estado constitucional de derechos y justicia*.

4.10.- Podemos encontrar pruebas inequívocas de la inserción constitucional en la corriente del neoconstitucionalismo, en el Art. 426 que prescribe que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución (sic), recordando que se deroga por ser inconciliable toda norma contraria a esta Constitución, insistiendo en que todos los contenidos de las normas constitucionales que consagran *principios* son directa e inmediatamente vinculantes a los poderes públicos, con tutela judicial efectiva (Art. 75 CR), e incluso con protección con acciones de ejercicio constitucional, (Arts. 88 a 94 de la Constitución).

4.11.- Los *principios* son en verdad las normas que reconocen los *derechos* de rango constitucional. Así es un *principio* de inmediata y directa aplicación, el de la *legalidad del debido proceso* (Art. 76 n. 3), el de *presunción de inocencia* (Art. 76 n. 2), el de *garantía del cumplimiento de los derechos de las partes*, a que está obligado cualquier autoridad administrativa o judicial (Art. 76 n. 1).

QUINTO.- EL PLAZO RAZONABLE DE DURACIÓN DEL PROCESO PENAL:

La duración de este proceso penal puede ser cuestionada en función del llamado *plazo prudencial* o *plazo razonable* para que se resuelva una controversia, como la presente tiene una duración de más de diez años, pero que de ninguna manera debe ser imputable al infrascrito juzgador, ya que esta resolución se la dicta dentro del plazo razonable y tomando en consideración que la propia Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, señala el derecho del justiciable de ser juzgado en tiempo razonable en su Art. 7. 2. Sobre este tema y en salvaguarda de mi responsabilidad histórica como juzgador, consigno: Un examen como derecho fundamental del plazo razonable exige, desde una primera óptica, sentar las bases conceptuales de la razonabilidad, tarea por cierto compleja por cuanto no existe consenso sobre parámetros determinados de la misma. La razonabilidad en estricto no puede ser definida de manera taxativa. Razonabilidad sugiere un esquema de aceptabilidad y debe ser asimilada por oposición a un esquema de racionalidad, que constituye en rigor una particularidad de la norma jurídica, en sentido coercitivo. Hoy, en los albores del siglo XXI, en una etapa en la cual el Estado Legislativo ha sido superado *in extenso* por el fenómeno de la interpretación constitucional, poco aporta el positivismo jurídico para una mejor comprensión de las controversias jurídicas, sobre todo cuando la Constitución es reconocida como una supra norma, sujeta a herramientas interpretativas como la ponderación y el principio de proporcionalidad, las cuales superan el concepto aplicativo de la norma como elemento de única referencia para la solución del conflicto. Es aquí donde la razonabilidad desarrolla un rol importante pues frente a la insuficiencia manifiesta del positivismo jurídico para la resolución de conflictos complejos, en los cuales ya no solo se discute normas sino principios, se hace necesario introducir criterios axiológico- normativos de los derechos fundamentales. De un lado, la norma denotará siempre un mandato, un hacer o en su caso, un no hacer, y bajo esa

idea, entendemos el sentido de un componente racional, el cual alude a la *razón* del precepto normativo, ciñéndose al esquema de un silogismo jurídico en el cual la premisa mayor es la norma, la premisa menor el hecho fáctico que identifica el problema, y la conclusión está a su vez representada por la decisión que pone fin al conflicto. Distinta es la esencia del derecho fundamental o principio, cuyo componente axiológico o valorativo, se traduce en la ausencia de una fuerza coercitiva inmediata de racionalidad y que más bien, expresa razonabilidad como un componente valorativo de aceptabilidad. Resulta necesario aquí distinguir, de manera puntual, algunas precisiones sobre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, en tanto es una posición de crítica que la primera desconoce la labor de los jueces que imparten justicia también constitucional en el seno de los conflictos denominados ordinarios, y que por tanto, constituye una indebida atribución conceptual denominar justicia constitucional a una especie de supra justicia, atribuible solo a la Corte Constitucional, pues hoy los jueces ordinarios somos jueces de control de constitucionalidad en los casos concretos que nos corresponde resolver, así como cuando fuese del caso se debe ejercer lo que hoy se llama *control de convencionalidad* que es el respeto al contenido normativo de la Convención Americana de Derechos Humanos, y cuando fuese pertinente, aplicar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que se le reconoce la calidad de jurisprudencia del sistema interamericano. El control difuso de constitucionalidad, como potestad aplicativa de todos los jueces del Poder Judicial, representa en rigor una expresión plena de justicia constitucional. En cuanto al examen del derecho al plazo razonable como un derecho fundamental, es pertinente señalar que el debido proceso, en su calidad de derecho continente, comprende el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, bajo un esquema de inclusión implícita. Aquí resulta importante fijar ya como premisa de trabajo que no podemos fijar una perspectiva de plazo razonable si no entendemos su aplicación desde la conjunción de tres requisitos procedimentales: actividad procesal del interesado; conducta de las autoridades judiciales, y la

complejidad del asunto. El examen exige ser integral pues la valoración del plazo razonable solo desde un ítem de los descritos, denota una insuficiencia manifiesta de valoración, y por cierto, de ser así, la decisión del intérprete resultaría incompleta en su plano argumentativo. El plazo razonable en el ámbito interamericano a nivel de instrumentos internacionales, la justicia supranacional ha delineado el concepto de plazo razonable a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en el caso Suárez Rosero Vs. Ecuador (1997), en claro intento de delimitación de los estándares del plazo razonable. Un detalle de suma relevancia para los ordenamientos jurídicos nacionales es la vinculatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), esto es, el valor vinculante que alcanzan las decisiones de la Corte IDH resulta taxativo para todos los Estados conformantes del sistema interamericano de derechos humanos. Reviste así importancia que esa jurisprudencia fortalece los sistemas de decisiones de los Estados parte. Dicha jurisprudencia de la Corte va a conceptuar que los derechos de las víctimas no han sido elaborados en las normas sino que es el propio desarrollo jurisprudencial, y el criterio dinámico de interpretación, los factores que definen se aplique un nivel de progresividad en la defensa de los derechos de las personas. El nivel de progresividad al que aludimos ha venido siendo construido por los estándares fijados por las decisiones de la Corte IDH y el caso Suárez Rosero v. Ecuador representa la exigencia de que es necesario advertir y por consiguiente argumentar los 3 componentes valorativos del plazo razonable, a efectos de establecer si un Estado parte violó el derecho de sus ciudadanos y si a mérito de ello, corresponde emitir decisión condenatoria. En el caso Suárez Rosero se produjo una afectación del plazo razonable al haberse producido una incomunicación por espacio de 36 días, supuesto que produjo la afectación del artículo 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en clara infracción del carácter excepcional de la medida de incomunicación. Ese estado de incomunicación ni siquiera le permitió a Suárez Rosero el patrocinio de un

defensor público, de donde podemos inferir una grave afectación al derecho de defensa. De otro lado, el afectado estuvo privado de su libertad por 3 años y 10 meses cuando la ley ecuatoriana establece un máximo de 2 años como pena para el delito de encubrimiento. Dicha situación resulta igualmente violatoria de la necesaria proporcionalidad entre delito y sanción, en la medida que ésta no puede sobrepasar el margen punitivo que contempla la ley para una conducta contraria a los bienes jurídicos que protege el Derecho Penal. La determinación del plazo razonable reviste complejidad en atención a la dificultad propia de definición de un estándar particular, al tiempo que no resulta aún de consenso común en la jurisprudencia constitucional comparada. La razonabilidad en sí misma no puede implicar, dados sus márgenes de aceptabilidad y muchas veces de equidad, un escenario puntual que fije contextos taxativos. En tal sentido, la construcción de decisiones respecto a la materialización del plazo razonable, solo puede aludir a la observancia argumentativa de los estándares fijados por la jurisprudencia interamericana, de naturaleza vinculante para los ordenamientos nacionales así como a las decisiones que en sedes nacionales van fijando criterios rectores. Sin perjuicio de ello, dado el matiz de aceptabilidad que reviste una propuesta argumentativa de razonabilidad, creo que existe un margen discrecional moderado para identificar cuándo un plazo es razonable. Concluyo, entonces, con la advertencia de que la aplicación de los estándares sí resulta una exigencia argumentativa para todo intérprete de los derechos fundamentales, y más aún para los jueces constitucionales de los Estados. En tal sentido, deviene impostergable determinar, respecto a cada pretensión que involucre un examen del plazo razonable, los alcances de la complejidad del caso, de la actividad procesal de las partes y de la conducta de las autoridades judiciales y que en el caso sub lite es imputable a los propios justiciables por la serie de incidentes que ha hecho en la sustanciación del proceso con el único fin de no ser juzgados y evitar con ello que el Estado ecuatoriano haga efectivo el *ius puniende*. No debemos soslayar, en ese mismo examen, que la fijación material, es decir

cuantitativa, del plazo razonable, corresponde a una pauta procedimental *ad casum*, es decir dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso en particular. Esa dura tarea corresponde al intérprete jurídico, cuyas exigencias argumentativas en un Estado Constitucional, son aún mayores en la medida que constituye un imperativo categórico una adecuada, suficiente e idónea motivación de la decisión judicial. En el presente caso la aplicación del plazo razonable es un asunto que no es de responsabilidad únicamente de la conducta o diligencia de los jueces, pues se trata de un asunto de tramitación compleja; pero resulta innegable que en este caso concreto no puede postergarse más la resolución del juicio, por cuanto hay personas con órdenes de prisión preventiva que han durado más de diez años sin haber recibido sentencia.

SEXTO.- ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL:

6.1.- El principio de legalidad penal, usualmente expresado bajo la fórmula latina "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", supone, según el pensamiento de Beccaria (1738-1794), 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 (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad". Como es notorio, dicho principio fue proclamado por el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a cuyo tenor "nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada", y constituye "un postulado fundamental del Derecho penal moderno". El art. 25.1 de la vigente Constitución española lo recoge expresamente, al estipular que: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

6.2.- El principio de legalidad penal impone, como observan destacados penalistas, una cuádruple exigencia a la norma jurídica incriminadora, requiriendo que se trate de una *lex praevia, scripta, stricta et certa*. Cada ordenamiento jurídico interno precisa el alcance de tales garantías, adoptando una visión más o menos formal o material de las mismas. En el Ecuador está previsto en el Art. 76 n. 3 de la Constitución del 2008, así como en el Art. 2 del Código Penal. Conforme al principio de legalidad, sólo la ley crea delitos, y sólo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley declare delito expresamente. Por eso es que decimos que 'no hay delito sin ley'. Mientras la ley no prohíba un hecho, el hombre tiene libertad para realizarlo. Con esto, queremos dejar en claro que, en base al principio de legalidad, en Derecho Penal no se admite la analogía; o sea que, si el hecho no está contemplado concretamente en la ley, no podrá aplicarse a él, una norma que castigue un hecho similar (ej.: el hurto y el robo, son hechos similares; si se tratase el caso de que el hurto no estuviese contemplado por el Código, no podría aplicarse, por analogía, al que hurta, la pena correspondiente al robo). Para poder aplicar pena por un hecho, no basta que la ley lo declare delito, sino que es necesario que dicha ley sea previa, anterior al hecho. Con esto se está declarando la irretroactividad de la ley penal; o sea, que ella no puede aplicarse a hechos pasados, sino que debe aplicarse a hechos futuros. La irretroactividad de la ley penal, sólo podrá dejarse de lado cuando la ley posterior al hecho, sea más favorable al reo (ej.: cuando la ley posterior, establezca pena menor).

6.3.- Beling sostiene que, para que una norma responda al principio de legalidad, ella debe ser: A) Escrita, para que no queden dudas acerca de su contenido. B) Estricta, significa que debe describir concretamente la conducta que es delito (este es un medio para evitar la analogía). C) Previa: debe ser anterior al hecho delictivo. En cuando al origen del 'principio de legalidad', podemos decir que, si bien en el derecho Romano hubo aplicaciones del mismo, su verdadero origen

debe verse en la Carta Magna de 1215, en donde el Rey Juan Sin Tierra hace concesiones a los nobles de Inglaterra. Entre otras libertades, la Carta Magna expresa que «nadie podrá ser arrestado, aprisionado... sino en virtud de un juicio de sus pares, según la ley del país» (art. 48 de la Carta Magna), y además el Rey reconoce que sólo el Parlamento podrá dictar Leyes penales. Posteriormente el principio es recibido por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), en la cual entre sus artículos se destacan: Art. 5: «La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad», «todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido»; «nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena». Art. 8: «Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida o promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada». El 'principio de legalidad' también fue recibido por la Constitución de los Estados Unidos (1787).

6.4.- Dada la importancia del 'principio de legalidad' y de la necesidad de su existencia para lograr un ordenamiento jurídico penal justo, todas las legislaciones contemporáneas lo han adoptado, salvo los Estados totalitarios y basados en la fuerza, los cuales para lograr sus fines políticos, han desconocido el 'principio de legalidad'. Esto último, sucedió en 1926 en la legislación rusa, la cual admitió la analogía en materia penal y sostuvo que el 'principio de legalidad' era un principio «burgués». En Alemania también se desconoció el principio de legalidad durante la época del régimen nazi (1935/1947). El Código Penal Alemán fue modificado por una ley de 1935, la cual sostenía que «eran delitos, no solo las conductas previstas expresamente, sino también aquellas que herían el sano sentimiento del pueblo». De acuerdo con esta ley, se desconocía el principio de legalidad. No obstante, los tribunales alemanes interpretaron la ley de un modo tal que, en la mayoría de los casos, no permitieron que se dejara de lado el 'principio de legalidad'.

6.5.- El art. 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proyecta el principio de irretroactividad tanto en la incriminación interna como en la internacional del individuo, al prever que "nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional". El principio de legalidad de la represión, como conquista trascendental de la filosofía de la ilustración se vincula a la función de garantía individual que tiene la ley penal frente al poder del Estado. Este principio se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo **nullum crimen, nulla poena sine lege** (que como se expresara en la primera parte, es una expresión original de Paúl von Feuerbach), que consagra a la ley penal previa como única fuente del derecho penal. **Paul Johann Anselm von Feuerbach** (1775-1833), jurista y filósofo alemán, autor de la teoría del impulso psíquico según la cual el propio temor al castigo ha de ser suficiente para disuadir a los infractores en potencia, Feuerbach pensaba en esencia que el Derecho es independiente de la moral, y siempre se opuso a la pena como venganza. Los antecedentes anteriores a la Ilustración más importantes, que son la Carta Magna (Magna Charta Libertatum) inglesa de Juan Sin Tierra, de 1215, y la Constitución Criminal Carolina germánica de 1532, no poseen el sentido moderno del principio de legalidad. Tal como expresa Santiago Mir Puig, "sólo a partir de la ideología liberal impulsada por la Ilustración y consagrada fundamentalmente por la Revolución, se concibe como una limitación al poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano". El antedicho estudioso agrega que "en su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y suponía una división política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza del estado civil, en virtud de un pacto o contrato social, por el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que

constituye pues la expresión de la voluntad popular". En consecuencia, el principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, sino también una garantía política.

6.6.- La regla mencionada adquirió categoría de garantía limitadora de la ley penal, en el derecho constitucional norteamericano (1776) y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa (1789). Se hace explícito también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11° inciso 2); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 15° inciso 1); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9°) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 40° inciso 2). El valor de dichos tratados internacionales que poseen reconocimiento constitucional está previsto en el Art. 424 y siguientes de la Constitución del 2008. 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 (igual "crimen") 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 poena sine lege). 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 y según un procedimiento legalmente establecido. La garantía de ejecución requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule. Asimismo, la norma jurídica (ley) reguladora del hecho delictivo y su sanción debe cumplimentar determinados requisitos: Exigencia de ley previa que consagra el principio de irretroactividad de la ley penal más severa, ya que es preciso que el sujeto pueda conocer en el momento en que actúa (momento del hecho) si va a incurrir en un delito y, en su caso, cual es su pena. Contrariamente, en beneficio del imputado rige el principio de retroactividad y ultraactividad de la ley penal más benigna (artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 15° inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**



Políticos y el artículo 2º del Código Penal). Es contrario al respeto de un Estado constitucional de derechos y justicia, insinuar pronunciamientos que pretendan justificar la vulneración del principio de no retroactividad estimando que éste no es, en cualquier caso, un principio absoluto y que, en determinadas circunstancias, puede ceder frente a otras exigencias. Debo realizar una ponderación entre los valores garantizados por el principio de irretroactividad, como el de la seguridad jurídica, previsto en el Art. 82 de la Constitución del 2008 y la protección de la persona frente a pretendido abuso del derecho, pues los valores éticos y de justicia material militan en favor del respeto al principio de legalidad y de tipicidad, sin ceder a una propuesta de represión retroactiva. Dar paso a esta expresión del abuso de poder torna relativo el valor de la seguridad jurídica. Por lo anterior, siendo los hechos investigados en este proceso la utilización de los fondos provenientes de los préstamos de liquidez que los directivos de Filanbanco recibieron del Banco Central del Ecuador entre el 14 de Septiembre y el 2 de Diciembre de 1998, así como los préstamos vinculados que pudieron haberse conferido con anterioridad al 2 de Diciembre de 1998, en que Filanbanco pasó a administración y propiedad del Estado se concluye que es aplicable la figura modal del llamado *PECULADO EN GENERAL O TAMBIEN LLAMADO PECULADO MAYOR* y no la de *peculado bancario*, pues tal figura penal se incluye como reforma mediante L.99- 26. RO 190 del 13 de mayo de 1999es decir luego de la comisión del ilícito penal de peculado general que estuvo legislado con anterioridad a la fecha en que sucedieron tales hechos.

SÉPTIMO.- PARTICIPACION Y GRADACIÓN DELICTUAL: →

Para garantizar el respeto al debido proceso como la tutela judicial efectiva consagrados tanto en la Constitución de 1998 como en la del 2008, es obligación del juzgador individualizar como corresponde el grado o calidad en la participación delictual, lo que en mi opinión no lo hicieron los juzgadores que declararon el

llamamiento a juicio en contra de los coimputados o cosindicados, esto es, no señalan o determinan como corresponde si se trata de autores, cómplices o encubridores, equívoco en el que incurre en principio el juez de la alzada, pues decir *ratificase en todas sus partes*, es incumplir la obligación del juez de respetar el derecho a la seguridad jurídica previsto en el Art. 82 de la Constitución de 2008, esta omisión sin duda vulnera la inviolabilidad el derecho de defensa del Art. 76. 7 de la Constitución de Montecristi, al no saber los justiciables el grado de participación en que están siendo llamados a juicio. Al efecto y refiriéndose con la teoría de la participación, el profesor EUGENIO RAUL ZAFFARONI, Magistrado de la Corte Suprema de la Nación Argentina, hablando de la configuración jurídica de la concurrencia de personas, dice: “ como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación (concurrencia o concurso) de personas en el delito*, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad. Cabe precisar que la expresión *participación*, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, *participación* es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas *toma parte en el delito*, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por *participación* el fenómeno por el que una o más personas *toman parte en el delito ajeno*, siendo *partícipes* sólo los *cómplices* y los *instigadores*, con exclusión de los autores” (DERECHO PENAL. *Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735). Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad. Se consideran autores a quienes cometen el delito de propia mano, como bien dice el profesor GÜNTHER JAKOBS, “autor es siempre quien

13.925
Trece mil novecientos veinte y cinco
- 11 -
once



comete el hecho por sí mismo, es decir quién ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito (DERECHO PENAL, *Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da. Edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744). El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por sí mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración. Como expresa el propio JAKOBS, “El Derecho Penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo (ob.cit. p. 745). En la dogmática penal se llega a considerar a un partícipe con el mismo nivel de culpabilidad y de responsabilidad que el autor, pues en ocasiones la participación es de tal gravedad que sin su concurso el hecho no se habría producido. En el ordenamiento penal ecuatoriano de acuerdo con el Art. 42 del Código Penal, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido, esto es lo que denominamos *cómplices primarios* o *necesarios*, vale decir que sin ser técnicamente autores se los reputa como tales para efectos de la determinación de la pena; como dice E.R. ZAFFARONI, “ quienes hacen el aporte necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los cooperadores necesarios, a quienes se les depara el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesarios (ob. cit. p. 736-737) ; y, se reserva la calidad de *cómplices secundarios* o *accesorios* a aquellos cuya participación es intrascendente, es decir que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso; la *complicidad secundaria* es aquella a la cual se

refiere el Art. 43 del Código Penal ecuatoriano. En el concepto del Prof. JAKOBS, “cuantas más personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta *una aportación de la medida de las demás aportaciones*; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe” (ob. cit. p. 751). Esto es, que el cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de ejecución, se convierte en coautor. Cabe recordar lo que el mismo JAKOBS enseña con respecto a la denominada PROHIBICION DE REGRESO que significa decir que cada cual responde por lo que hace y por lo que deja de hacer de manera consciente y deliberada, y no más allá. JAKOBS apunta a que el carácter de un comportamiento no se imponga de modo unilateral y en forma arbitraria, ya que *quien asume con otro sujeto un vínculo de forma estereotipada e inocua, no quebranta su rol como ciudadano (ni la confianza en la norma), aunque el otro sujeto incardine dicho vínculo para delinquir*. Para responder penalmente : a) Se necesita favorecer un delito: La prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto, no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que puede ser “*distanciado*” de él. Como el “aporte” del sujeto es inocuo y cotidiano, mal podría caer sobre su persona una imputación. Por ello, al encuadrar esta idea sistemáticamente, JAKOBS establece que la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento. La sugerencia jakobiana ubica a la prohibición de regreso sistemáticamente en la teoría de la participación. b) Distanciamiento: Al intentar configurar los límites de la participación punible, Jakobs dirá: “hay que distanciar el comportamiento del sujeto, en base a su significado objetivo, que favorece a otro sujeto que sí participa”. Es que para entender mejor esta idea hay que resaltar que delinque quien incumple con el rol. El rol de portarse como una persona en el derecho, es

simplemente hacer lo que uno hace cotidianamente como ciudadano. Lo dicho significa *respetar a los demás y exigir ese respeto para con uno*. De acuerdo con la teoría de la participación. En tanto que son **COMPLICES** los que participan en la comisión de una conducta típica ajena con respecto a la que un tercero es el autor material o tiene el dominio del hecho. El cómplice coopera a la ejecución con actos anteriores o concomitantes, sin realizar la conducta típica (ALFONSO REYES. La Tipicidad, 1981, Universidad Externado de Bogotá, pág. 221), de manera que su intervención es coadyuvante de la conducta principal que corresponde al autor, esto nos permite decir que la participación del cómplice es accesoria ya que lo que hace es contribuir a que otro ejecute o cometa un acto ilícito. Aparece como uno de los requisitos la **accesoriedad** de la participación del cómplice, entendida en el sentido de no poder subsistir la complicidad sin la presencia de la autoría, esto es que no puede haber cómplices si no existen autores. Puede darse el evento de que una persona sea autor de un delito y no requiera de cómplices, pero es inaceptable reputar complicidad sin la autoría que es principal. El **cómplice** colabora con un **autor material** (A. REYES. Ob. cit., pág. 223) pues el **autor intelectual** se vale de un ejecutor material para obtener el resultado, no pudiendo confluír la conducta de un cómplice con un **autor intelectual** a menos que se sume a ellos el **autor material**. Otro requisito es el de contribuir o cooperar en la comisión de una conducta típica ajena, la participación en una conducta típica propia lo podría convertir en coautor. Reconociendo la complejidad de diferenciar al **cómplice primario del coautor** "pues objetivamente los aportes de ambos aparecerán como integrantes de la consumación", el Prof. SEBASTIÁN SOLER (Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Tomo II, pág. 272) la considera sin importancia alguna por la asimilación punitiva en la responsabilidad penal de ambos partícipes, más a nuestra apreciación conceptual nos parece que la diferenciación técnica entre el **cómplice primario** y el **coautor** reside en la finalidad del **coautor** que es la de ejecutar y el cómplice la de ayudar a que otro ejecute. La cooperación tiene que

ser con actos precedentes o concomitantes, la intervención subsiguiente o posterior al delito será realmente la figura autónoma del encubrimiento, aquí ya no hay realmente cooperación porque no se puede hacer aportaciones a la realización de un hecho ya concluido, según afirma el Prof. ENRIQUE CURY (Orientación para el estudio de la teoría del delito, Valparaíso, 1969, pág. 277). La calidad de la colaboración tiene que ser apreciada en el hecho en concreto y no hacer formulaciones abstractas para calificar la complicidad como primaria o secundaria, éste es uno de los aspectos más serios por las repercusiones en la esfera de la punibilidad. Nos hace meditar la intervención, cometido el delito pero previo concierto con el autor, como cuando se le ofrece borrar las huellas que pudiere dejar en el sitio o se le ofrece la posibilidad de ocultarlo una vez que hubiere sido cometido el ilícito penal. Cualquiera de estas formas de intervención de *lege lata* las consideramos como encubrimiento cuando no medió el previo concierto. En cuanto a **la conducta del encubridor**, en el Código Penal ecuatoriano en el art. 44, la transcribimos para mayor información y comentario: "Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente". Nuestro antiguo código, trae una enumeración exhaustiva de las formas como se puede favorecer al sujeto activo de delito, y reputar ese acto posterior al de la comisión del delito, como de encubrimiento. Reiteramos que el auxilio posterior en el encubrimiento no debe obedecer a un acuerdo previo, pues en esas circunstancias bien podríamos ubicar la conducta en una de las formas de complicidad o de autoría. Resultará ser el encubrimiento

una intervención residual que se predicará de un sujeto que con el conocimiento previo de la perpetración de un delito, o de los actos que se ejecutan para llevarlo a cabo, sin participar como autor o cómplice, actúa posteriormente a su comisión o frustración adecuando su conducta en alguna de las hipótesis que previó el legislador. Hoy se niega que el encubridor sea un partícipe (Cf. CURY. Orientaciones... pág. 279), pues su intervención se presenta en la mayoría de los casos cuando el delito se ha cometido, o excepcionalmente se pena el encubrimiento por la sola circunstancia de proporcionar en forma reiterada escondite o sitio de reunión o ayuda a los sujetos activos de delito. La tendencia preponderante es de tratar el encubrimiento como un tipo penal con verdadera estructura y autonomía jurídica, advertimos que muchas hipótesis -aún las mencionadas por el legislador ecuatoriano- son delitos autónomos. La ocultación de los instrumentos o pruebas del delito, puede constituir delito contra la actividad judicial cuando se mueve a engaño al juez en el decurso de un proceso. Como realmente el encubridor no es partícipe, calificación reservada a los que intervienen en la comisión del delito ejecutándolo (autores) o cooperando a su ejecución (cómplices); debe excluirse de la participación toda intervención que no consista en producir un delito o contribuir a ello (SOLER. Ob. Cit. Tomo II, pág. 239). Nada puede agregar al delito ya cometido la conducta posterior del que auxilia al delincuente -para tomar las palabras del legislador-, como dice el Prof. SOLER (Ob. cit. Tomo V, pág. 248) "con esta acción ulterior sólo puede alcanzarse a tornar imposible la acción de la justicia; contra ésta actúa en forma clara y autónoma, el encubridor". **Son presupuestos del encubrimiento**, la existencia de un hecho precedente y cierto, que es la comisión de un delito, con la excepción de lo que dispone el art. 44 en su parte inicial cuando afirma que son encubridores los que conociendo la conducta delictuosa, proporcionan habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión. De *lege ferenda* debe pensarse esta conducta como delito autónomo pero objetivamente aparece como inaplicable, pues el encubrimiento genera una pena de una cuarta parte de la

aplicable a los autores del delito. El encubrimiento puede predicarse de un delito consumado o que se encuentre en fase de tentativa (dispositivo amplificador del tipo o forma ampliada de adecuación) y con respecto a cualquier forma de participación, esto es de un autor, de un instigador, de un cómplice, etc. Se demanda como condición negativa del encubrimiento, la ausencia de promesa anterior al delito de prestar auxilio una vez cometido, por las razones ya expuestas. Como se ha destacado el conocimiento previo de la participación en un delito, basta con que actúe el encubridor con dolo eventual, descartando la admisión de un encubrimiento culposo pues el favorecimiento, ocultación, destrucción de vestigios del delito, etc., se efectúa a sabiendas. El **favorecimiento** puede ser **real**, cuando se ocultan o destruyen los efectos o instrumentos del delito para evitar el descubrimiento ("represión" dice nuestro código), pudiendo estar referido al objeto material del delito -cuerpo de la víctima-, a las huellas o vestigios, en ropas, muebles, etc., o a los instrumentos del delito, apreciados como las armas con que se lo hubiere cometido (Cf. ALFREDO ETCHEVERRY, Derecho Penal, Editora Nacional, Santiago de Chile, 1976, Tomo II, pág. 76). El **favorecimiento** puede ser **personal**, al que se lo subclasifica en **ocasional** y en **habitual**. Es **ocasional**, el contemplado en el art. 44 cuando se destaca como encubrimiento, proporcionar los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, y **habitual** cuando hay la repetición de actos de favorecimiento, suministrando alojamiento, escondite o lugar de reunión.

OCTAVO.- PRUEBAS QUE SIRVIERON AL JUEZ AQUO PARA DICTAR EL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO:

8.1.- En la especie, de fs. 25295 a 25336, y del informe de la firma "Price Waterhouse Coopers", se señala: .../... Las pérdidas del banco cortadas al 2 de diciembre de 1988, suman US\$ 654 millones.". Cabe consignar y para todos los efectos que la responsabilidad penal es personal y no colectiva de manera que

cada uno los sindicatos debe responder por la adecuación de su conducta a un tipo penal sancionador, inequívocamente determinado y lejos de toda duda razonable.

8.2.- También constan como prueba documental, los informes de “auditorías externas” realizadas por Deloitte and Touche y Holland and Knigth LLP, entre otros, así como los Informes de auditores internos. El juez de la causa transcribe una serie de hechos, datos y cifras que son de autoría de la firma auditora Deloitte & Touche, debiendo señalarse que en dicho “Informe de Aplicación de Procedimientos Convenidos para la Identificación de Ajustes que Requieren Efectuarse a los Activos, Contingentes, Provisiones y Estimaciones de Interés y Beneficios Sociales y Determinación las Pérdidas al 2 de Diciembre de 1998”.

8.3.- Informe de Auditoría Interna, suscrito por el Ing. Víctor Argudo Puga, Auditor General de Filanbanco S.A., que en la parte pertinente textualmente señala : “ De la transcripción parcial de este informe se denota el manejo irregular y aún fraudulento de Filanbanco S.A., durante el período de 1998; pues el dinero fruto de las captaciones y ahorro de los depositantes se invirtió en los créditos otorgados a las empresas de los accionistas de Filanbanco S.A.. y su grupo financiero; es decir, a empresas vinculadas a las cuales no se les exigió garantías y en otras ocasiones se les aceptó garantías insuficientes; empresas que no pagaron los créditos. En resumen, hubo disposición arbitraria de los fondos del banco en beneficio de sus accionistas principales, que eran los administradores de Filanbanco S.A. y que se encuentran sindicados.” En este considerando a su vez, se cita dos informes, el uno de Price Waterhouse & Coopers y el otro de la firma Deloitte & Touch, los préstamos vinculados ahí referidos fueron concedidos por Filanbanco S.A., en el año de 1998, pues de conformidad con el informe definitivo de la firma Price Waterhouse & Coopers de 15 de enero de 1999, que

en la página 13, numeral 4.3.B (cuerpo 144 del proceso) referente a los hallazgos textualmente cita: “ En el período comprendido entre el 31 de octubre y el 30 de noviembre de 1998 y con base en la muestra examinada, observamos que existen renovaciones de créditos vinculados (ver Anexo XIV y XV).”.

8.4.- En cuanto a la obligación de los administradores de Filanbanco S.A., de presentar un balance con sus respectivos anexos que refleje la situación financiera del banco, con corte al 2 de diciembre de 1998, se manifiesta en el fallo del primer nivel: “ esta disposición no fue cumplida por los administradores de Filanbanco.” , conforme consta de las copias certificadas de los balances de Filanbanco S.A. y de Filanbanco Trust, desde el 14 de septiembre al 2 de diciembre de 1998 inclusive, constan agregados al proceso, y concretamente en los cuerpos 67 y 68 en 440 fojas;

8.5.- En el considerando OCTAVO, literal a), página 26, luego de advertir varios incumplimientos de Filanbanco respecto del plan de estabilización al que fue sometida esa entidad por parte del Banco Central, textualmente se afirma: “ estando sometido al proceso de estabilización, autorizó el refinanciamiento de operaciones de créditos vinculados, lo cual se advierte del informe N. IBL-DByGF-2000-237, incumpliendo de esa manera con la disposición del numeral siete del Programa de Estabilización al que fue sometido Filanbanco S.A., que prohíbe a la entidad la concesión de nuevos créditos y contingentes vinculados;”.

8.6.- En el considerando OCTAVO, literal b) se manifiesta: “ En el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 6 de octubre de 1998, la Cartera de Créditos de Filanbanco S.A.. se incrementó en la cantidad de 434.897 millones de sucres; en el período comprendido entre el 29 de septiembre de 1998, fecha en la que el Banco Central informa a Filanbanco la concesión del crédito de liquidez, y el 4 de noviembre de 1998, se realizaron operaciones nuevas por un monto de

42.3 mil de millones de sucres de los cuales alrededor de 432 millones corresponden a operaciones con empresas vinculadas y subsidiarias (Anexo 13).”, pues por pedido del Presidente de la Corte Suprema, el Gerente General de Filanbanco S.A., mediante oficio **2000-443-GG de 5 de diciembre de 2000**, luego de la revisión completa en relación con este tema, informa que, en el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, **la cartera de crédito de esta entidad decreció**, y que los créditos nuevos concedidos en el período comprendido entre el 28 de septiembre y el 4 de noviembre de 1998, que es el espacio de tiempo en que estuvo vigente la prohibición de conceder operaciones de crédito nuevas en la Regulación No. 001 del Directorio del Banco Central, fue de 19.195 millones de sucres y que a esa fecha esos créditos habían sido ya cancelados por los deudores de los mismos y que no existen operaciones de crédito nuevas para con empresas vinculadas, todo lo cual fue corroborado en el informe de los peritos Fernando Castillo y Elvira Pino, expertos que fueron nombrados por el señor Presidente de la Corte Suprema, por pedido de otro sindicado.

8.7.- Al inicio del considerando DECIMO PRIMERO, se expresa: “La administración de Filanbanco ha llevado una contabilidad irregular, que podría calificarse de ilegal, lo cual se advierte del Informe de Auditoría Externa de Price Waterhouse Coopers, que consta en el oficio remitido al Ec. Miguel Dávila Castillo, Superintendente de Bancos, de 15 de enero de 1999, en el cual señala,...”. En el documento al que el juez a quo hace referencia, realizado por la firma Price Waterhouse Coopers el 15 de enero de 1999, remitido al Subgerente General del Banco Central del Ecuador, Ec. Miguel Dávila Castillo, en el punto 2 claramente indica: “No fuimos contratados para realizar, y no efectuamos una auditoria de los estados financieros de Filanbanco S.A., ni de ninguna de sus subsidiarias ni de ninguno de los componentes de dichos estados financieros, de acuerdo con normas de auditoria generalmente aceptadas.

8.8.- En el considerando VIGESIMO, páginas 71 y 72, textualmente señala el juez a-quo: “en virtud de que los directivos de Filanbanco S.A. incumplieron las condiciones de los créditos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador, que suministró dinero del Estado Ecuatoriano, para fines específicos; esto es, para que la mencionada entidad bancaria pueda atender al retiro de depósitos de sus clientes, así como para cubrir cartas de crédito y avales con instituciones del exterior; y los emplearon en su beneficio propio, conforme se encuentra probado en autos.”, en consideración el informe pericial presentado por los señores Fernando Castillo y Elvira Pino (cuerpo 72 del proceso), nombrados por el señor Presidente de la Corte Suprema anterior, que versó sobre la utilización de los préstamos de liquidez otorgados por el Banco Central a Filanbanco, y cuyas conclusiones principalmente fueron: *las necesidades de liquidez de Filanbanco S.A. en el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, fueron superiores al monto de los préstamos concedidos; que de los 2.7 billones de sucres de préstamo concedido, llegaron tan solo 1.7 billones a Filanbanco, pues 1 billón lo retuvo el Banco Central por concepto de intereses y diferencial cambiario.* Este peritaje a su vez es corroborado por el oficio 200-443-GG de 5 de diciembre de 2000, suscrito por el Gerente General de Filanbanco a esa fecha, y que también obra de autos (cuerpo 60 del proceso).

8.9.- En el literal b) del considerando OCTAVO, página 27 del auto, el juez del primer nivel manifiesta: “Que a partir del 8 de mayo de 1998 y hasta el 2 de diciembre del mismo año, en forma continua y sistemática, se registran en la cuenta 1122900500000 “Inversiones Varias” de Filanbanco Trust & Banking Corp., una serie de débitos por diversos valores que ascienden a la cantidad de US\$ 107’324.726,81.”. En el proceso constan los Balances diarios de Filanbanco Trust & Banking Corp de los que se desprende que el saldo de la Cuenta



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**



Inversiones al 14 de setiembre de 1998 era de US\$ 137.9 millones y que al 1 de diciembre era de US\$ 82.5 millones y al 2 de diciembre de ese mismo año era de US\$ 7.2 millones, por lo tanto es claro y evidente que hubo un decremento de las inversiones en la entidad Off Shore y consecuentemente no se cumplió con las Regulaciones y Convenios suscritos con el Banco Central del Ecuador. Sin explicación ni justificación alguna, no se tomaron en cuenta los balances debidamente certificados de Filanbanco Trust & Banking Corp, que constan del proceso (cuerpo 67) y que constituyen prueba documental fehaciente de la inexistencia de el incumplimiento imputado.

NOVENO.- LA PRUEBA PRACTICADA CONFORME A LO PREVISTO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1983:

9.1.- Una característica fundamental del llamado *sistema o modelo inquisitivo* del código de procedimiento penal de 1983 que se debe aplicar en este proceso, es que toda la investigación que se practicó en la llamada etapa del sumario constituye prueba, tanto de cargo como de descargo. Hay una diferencia fundamental con el *modelo o sistema acusatorio* propio del Código de Procedimiento Penal del 2000, en el que la prueba se debe practicar en la audiencia de juicio atendiendo a los principios de la oralidad y publicidad, respetando el derecho al contradictorio y haciendo efectivo los principios de la continuidad o concentración, y el de la inmediación con el juez de la sentencia, que es el mismo que debe recibir la prueba. Para efectos de esta sentencia se examinará la prueba actuada y relacionada con cada uno de los hechos identificados en los antecedentes como punibles, en relación al informe del señor Pedro Delgado, ex Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros, a la documentación que agrega, a las investigaciones realizadas por la Unidad de Delitos Financieros del Ministerio Público, y a la prueba aportada por los sindicatos en la etapa del sumario y en la reapertura del mismo, y en la etapa del juicio.

9.2.- USO DE LOS PRÉSTAMOS DE LIQUIDEZ.

9.2.1. Basado en el Convenio de Operaciones de Tesorería suscrito el 6 de diciembre de 1995, entre el Banco Central del Ecuador y Filanbanco (fs. 5926-5936) y en lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, el 14 de septiembre de 1998, Filanbanco accedió a un préstamo de liquidez por el monto de \$. 972.000 millones de sucres (equivalente a US \$ 151.68 millones de dólares), el cual fue registrado en la cuenta 2704 "Créditos a favor de Bancos y otras Instituciones Financieras del País", en lugar de hacerlo en la cuenta 2701 "Créditos a favor de Bancos - Banco Central del Ecuador", conforme lo establecido en la descripción y dinámica para el uso de la cuenta 2701 del Catálogo Único de Cuentas. Luego de obtener el préstamo de liquidez, Filanbanco procedió a incrementar la cartera de créditos en 331.668 millones de sucres, según una muestra de las operaciones del 24 al 30 de septiembre de 1998. De una muestra de 18 casos examinados en el período comprendido del 14 de septiembre al 6 de octubre del año 1998, por una comisión de auditores de la Superintendencia de Bancos, relacionada con el monitoreo de la utilización de recursos provenientes del préstamo de liquidez otorgado por el Instituto emisor, se establece que el monto del incremento de la cartera asciende a S/.730,9 millones de sucres, operaciones que fueron registradas en la cuenta contable 14010520 "Préstamos Sobre Firmas". De tales hechos informó el doctor Jorge Egas Peña, Superintendente de Bancos y Seguros al doctor Luis Jácome, con oficio Nro. SB:INBGF-98-0552, de 22 de octubre de 1998 (fs. 75-76). Sobre el incremento de cartera, el abogado Juan Franco Porras, Gerente General de Filanbanco, informa al Banco Central del Ecuador con oficio Nro. GG-1671-98 de 18 de noviembre de 1998 (fs. 1372-1373), que entre el 14 de septiembre y el 6 de octubre del mismo año, la cartera de crédito de Filanbanco S.A. sin netear la provisión creció en 268.807 millones de sucres y no en S/. 434.897 millones, como indica la

13.931 -
Trece mil novecientos treinta y uno

-17-
diecisiete



Superintendencia de Bancos; y que en la variación de la cartera se debe considerar que se incluyen créditos en moneda extranjera y UVCs, por lo que su crecimiento se debe al efecto del diferencial cambiario y el índice de inflación la cartera concedida en UVCs. Esto a entender de la Fiscalía, es por efecto de factores externos económicos propios de la economía fiscal de mercado. El abogado Franco aclara que las transacciones en el período precisado, o sea los nuevos créditos se otorgaron en razón de compromisos preexistentes con los clientes. El 26 de octubre de 1998, Filanbanco S.A., al amparo del artículo 26 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, accedió a un nuevo préstamo de liquidez del Banco Central, previo a ello el 23 de octubre de 1998 con Resolución Nro. DBCE-013-P, se le exigió acogerse a un Programa de Estabilización (fs. 50 a 52), que contiene entre otras cosas: la disposición de que los accionistas constituyan un fideicomiso con el ciento por ciento de las acciones del Banco, facultándole expresamente al fiduciario para que facilite la contratación de un préstamo subordinado con otras instituciones financieras o de terceros en el caso de que los accionistas no capitalicen al Banco en el plazo del cronograma establecido; la constitución de fideicomisos de garantía de bienes y de cartera a favor del Banco Central del Ecuador; la inversión en bonos de estabilización monetaria, títulos de la Corporación Financiera Nacional y/o bonos del Gobierno Nacional con los recursos provenientes de las recuperaciones de cartera, incremento de depósitos o cualquier otra captación que no fuera utilizada para el pago de pasivos. El 26 de noviembre de 1998 en cumplimiento a la disposición del Directorio del Banco Central del Ecuador contenida en el oficio Nro. DBCE-0780-98 de 23 de noviembre de ese año suscrito por el Gerente del Banco Central, el doctor Jorge Egas Peña, Superintendente de Bancos, con oficio Nro. SB-INBGF-98-0650, comunica al abogado Juan Franco Porras (fs. 81), que el Presidente del Directorio del Banco Central, Dr. Luis Jácome Hidalgo, le notificó el incumplimiento del Programa de Estabilización por parte de Filanbanco S.A., en lo que respecta a la constitución del fideicomiso del ciento por ciento de las acciones

del Banco y la constitución del fideicomiso de cartera, así como el parcial cumplimiento del fideicomiso de bienes inmuebles. Los pormenores de pago del capital e intereses correspondiente a la extensión de monto del préstamo de liquidez conferido al amparo del artículo 26 de la Ley de Régimen Monetario, constan en el oficio Nro. 99-043-GG de abril de 1999, que el ingeniero Gonzalo Hidalgo Terán, Gerente General de Filanbanco, dirige al doctor Iván Ayala Reyes, Gerente General del Banco Central del Ecuador (fs. 277). El 12 de junio del 2000 el señor economista Miguel Dávila Castillo, en calidad de Gerente del Banco Central del Ecuador, en el oficio No. SE-1462-2000 00 01867 (fs. 5143-5153), dirigidos, en ese entonces a la Fiscalía General del Estado, dicen: “De la explicación detallada que queda consignada en el presente informe, señora Ministra Fiscal General, sobre los resultados del monitoreo realizado por el Banco Central a Filanbanco, durante el período indicado en que accedió a las líneas de liquidez del Banco Central, tanto mediante el seguimiento de tesorería cuanto el seguimiento de liquidez a nivel de balance, se puede inferir de la información proporcionada por Filanbanco que las necesidades de liquidez que tuvo dicha institución en ese periodo para honrar y pagar operaciones permitidas, fueron superiores al monto que efectivamente le concedió el Banco Central a dicha Institución bancaria, por lo que ésta tuvo que utilizar necesariamente otras fuentes de recursos para cubrir esa diferencia en operaciones permitidas.” “.....del propio análisis se desprende que durante el mismo período, Filanbanco obtuvo recursos de otras fuentes distintas al Banco Central, todo lo cual ha llevado a que el Instituto Emisor actúe bajo la seguridad de que los recursos que estaba otorgando, y otorgó, fueron debidamente utilizados por la institución financiera prestataria para cubrir operaciones permitidas”. De igual manera, consta a fojas 2678 el testimonio que rindió en la etapa de prueba del plenario el referido ex funcionario, abogado NELSON IVÁN AYALA REYES, quien declaró bajo juramento que: “El Directorio del Banco Central y el Banco Central diseñaron y ejecutaron un sistema muy severo de valoración y recepción de garantías por

parte de las instituciones financieras prestarías, de modo que en todos los casos en los que se concedieron créditos el Banco Central siempre y en todo momento estuvo cubierto con garantías que superaban los mínimos legales establecidos por la Ley y la Superintendencia de Bancos. ...” Concomitante con lo anterior, según manifiesta el ex Gerente General encargado del Banco Central, economista Miguel Dávila Castillo en el oficio Nro. SE-2556-99 de 5 de agosto de 1999 (fs. 443 a 474): Filanbanco canceló el saldo pendiente del préstamo concedido con cargo al artículo 26 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado el día 26 de julio de 1999, adjuntando además el detalle de todas las transacciones contables que se han efectuado en concepto de ingreso y egreso de garantías de cartera crediticia entregadas por Filanbanco al Instituto Emisor, así como el listado de bienes inmuebles recibidos por dicho organismo en concepto de garantía. Tal oficio y aseveraciones fueron ratificadas, a fojas 2841 y s.s. con el testimonio que rindió durante el plenario el señor MIGUEL RODRIGO DÁVILA CASTILLO, quien declaró bajo juramento que: “el monto de los recursos de crédito otorgados por el Banco Central a Filanbanco fue menor al monto requerido por esta entidad para cumplir el pago de las operaciones autorizadas, por lo que Filanbanco obtuvo recursos de otras fuentes para cumplir con el pago de estas operaciones. A esta conclusión se arribó luego de un detallado análisis realizado al interior del Banco Central ... se puede afirmar que los recursos de créditos otorgados por el Banco Central del Ecuador a Filanbanco fueron utilizados en las operaciones autorizadas”. De igual manera el señor economista Leopoldo Báez Carrera, ex Gerente General del Banco Central, en el oficio Nro. SE-3232-2000 de 26 de octubre del 2000 (fs. 7546 a 7548) expresa: “El Directorio del Banco Central del Ecuador al amparo de las normas previstas en la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado y las Regulaciones vigentes, autorizó la concesión a Filanbanco S.A. de operaciones de crédito...” puntualizando finalmente que “Filanbanco S.A. ha pagado todas las operaciones de crédito realizadas con el Banco Central del Ecuador”. En el periodo pertinente del Plenario, el economista Baéz compareció a



rendir su testimonio respecto de los oficios firmados por él, arriba citados, según obra en el acta de recepción de testimonio a foja 2677 y vta del expediente, en donde el testigo se ratificó en el contenido de los informes arriba citados. Respecto de aquello, también se pronunciaron los peritos designados en el Plenario, el licenciado Guido Anibal Goyes Olalla y el economista Luis Anibal Ortiz Carlosama, quienes en su informe que obra de autos a fojas 11360 concluyeron: “De acuerdo al informe emitido por el Gerente General del Banco Central del Ecuador Eco. Leopoldo Báez Carrera, que obra a fojas 14.342 a 14.344 (Cuerpo N°75), dio respuesta al oficio N°1445-G-AJ-57-2000-SF-2000, del 25 de septiembre del 2000, solicitado por el Dr. Galo Pico Mantilla, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, informa que el 28 de Diciembre 1998 Filanbanco S.A. canceló dicho crédito mas los correspondientes intereses mediante dación en pago de un Bono del Estado que era de su propiedad, emitido por el Ministerio de Finanzas y Crédito Público por pedido de la Agencia de Garantía de depósitos por la cantidad de \$155.000.000(Ciento cincuenta y cinco millones de dólares), que corresponde al crédito según el artículo 24 de la Ley de Régimen Monetario que fue por 972,000,00 millones de sucres, referentes a las operaciones de tesorería.” En otro orden, el estado de las operaciones crediticias nuevas es reportado por el señor Miguel Crespo Villacres, en calidad de Gerente General de Filanbanco S.A. (ya bajo administración estatal), con los anexos al oficio No. AL-045-2001 de 30 de abril del 2001 (fs, 15332) que comprenden 4,318 fojas, correspondientes al período que del 14 al 22 de septiembre, del 22 de septiembre al 5 de noviembre y del 5 de noviembre al 2 de diciembre de 1998. El ingeniero Antonio Bejarano Trujillo, Gerente General de Filanbanco (ya bajo administración estatal), con oficio Nro. 2000-443-GG (fojas 9929-9931), señala que del 22 de septiembre al 4 de noviembre de 1998, ingresaron a Filanbanco S.A. fondos provenientes de los préstamos de liquidez concedidos por el Banco Central del Ecuador, por US \$ 151.59 millones, lapso en el cual, los recursos líquidos que salieron de Filanbanco por requerimientos de liquidez, fueron de US\$ 193,47 millones, por lo que



ingresaron recursos de otras fuentes distintas a los préstamos del Banco Central del Ecuador por US \$ 41.88 millones aproximadamente, y que en este mismo período Filanbanco S.A. concedió operaciones nuevas de crédito con desembolso de efectivo por S/. 19.195 millones de sucres.

9.2.2. El indebido registro de cuentas originó una inadecuada presentación en el Balance General de los saldos de las cuentas que conforman el grupo 27 "Créditos a favor de Bancos y Otras Instituciones Financieras"; se incumplió lo estipulado en el literal b) del artículo 4 de la Sección II del Capítulo IV del Título III (Operaciones de Crédito del Banco Central del Ecuador) del Libro (Política Monetaria - Crediticia) de la Codificación de Regulaciones del Banco Central, vigente para dicho período, reformado mediante Regulación No.001-98 del 22 de Septiembre de 1998, que establece que las instituciones financieras que accedan a las operaciones de crédito del Banco Central no podrán, mientras se encuentre pendiente el pago del crédito otorgado, desembolsar operaciones de crédito nuevas, a menos que exista financiamiento específico de la Corporación Financiera Nacional o líneas de crédito internacionales; el mentado incumplimiento se infiere del contenido de los oficios Nos. 98-566-0BS-DByGF y, INBGF-9802004 de 12 y 15 de octubre de 1998, suscritos por el economista Carlos Plaza Hernández, Intendente Regional de Bancos de Guayaquil (fs. 67), y Patricio Moreno Huras, Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros (fs. 68 a 69) , respectivamente, dirigidos al abogado Juan Franco Porras Gerente General de Filanbanco; entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, se produjo un desfase de liquidez de Filanbanco S.A., según se establece del monitoreo diario realizado por el Banco Central del Ecuador y por funcionarios de auditoría de la Superintendencia de Bancos, por el valor de 3 billones de sucres aproximadamente, valor al que no ascendieron los préstamos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador durante el mismo período pues alcanzaron el monto de 2.7 billones de sucres, por lo que Filanbanco S.A. debió



obtener recursos de otras fuentes para cubrir la totalidad de los requerimientos de liquidez desfasados, según lo determinan los economistas Miguel Dávila Castillo, Leopoldo Báez Carrera, ex Gerente y Gerente del Banco Central del Ecuador, en sus oficios Nros. SE-1462-2000 00 01867, y SE-3232-2000 del 12 de junio y 26 de octubre del 2000, respectivamente; el ingeniero Antonio Bejarano Trujillo, Gerente General de Filanbanco, en el oficio 2000-443-GG; y, el peritaje contable a la verificación de las cuentas sujetas a monitoreo del estado de cuentas de Filanbanco, desde el 14 de septiembre de 1998 hasta el 2 de diciembre del mismo año, realizado por los peritos: Auditor Fernando Castillo P. y Elvira Pino, informe en donde se destaca que: . . .en los 3.0 billones de sucres considerados como necesarios para cubrir los requerimientos de liquidez de Filanbanco, no se incluyen los intereses propios generados por los préstamos de liquidez, que en el período examinado alcanzó la suma aproximada de 500.000 millones de sucres, por lo que, sumada esta cifra al monto de intereses pagados por Filanbanco al Banco Central por su acceso a las mesas de dinero, se tiene que el Banco Central entregó por concepto de los créditos de liquidez la suma efectiva de aproximadamente de 1.7 billones de sucres para atender sus obligaciones permitidas para con terceros distintos al Banco Central (fs. 13277-13298). De igual manera, los peritos designados durante el Plenario, señores Mario Humberto Torres Jaramillo y Mario Alexander Morales Hidrobo, designados durante el Plenario, quienes sostienen, en su informe que obra a fojas 11382 y s.s. concuerdan con lo aseverado en los demás peritajes e informes del Banco Central, cuando manifiestan, en sus conclusiones, lo siguiente: "Del análisis efectuado en la norma aplicada, se establece que el Banco Central del Ecuador, se reservó el derecho de declarar de plazo vencido en caso de detectar algún incumplimiento. Que de los documentos analizados surge que el Banco Central del Ecuador ejerció un análisis y seguimiento permanente durante la vigencia de estas operaciones con el fin de verificar el uso para el cual Filanbanco solicitaba de estos fondos. Que ninguna parte del Oficio 1462-2000 de fecha 12 de junio del

año 2000, que el economista Miguel Dávila Castillo, Gerente General del Banco Central del Ecuador, le remite el Oficio a la señora doctora Mariana Yépez de Velasco Ministra Fiscal General del Estado hace mención a incumplimiento alguno a las Regulaciones 001 y/o 008 emanadas el Banco Central del Ecuador, tampoco se desprende una conclusión de esta naturaleza de ninguno de sus anexos, entre los que se encuentra el denominado “ESTADO DE FUENTES Y USOS DE PARTIDAS MONETARIAS SUJETAS A MONITOREO” Tampoco, hemos podido determinar incumplimiento alguno respecto de la Regulaciones 001 y/o 008 emitidas por el Banco Central del Ecuador que se desprenda del Informe que con fecha 5 de diciembre del año 2000, bajo el número 2000-443 GG, el Ing. Antonio Bejarano Trujillo, Gerente General de Filanbanco S.A. estatal le dirige al Dr. Fernando Ortiz Bonilla, Secretario General de la Corte Suprema de Justicia, en la que le informa, el monto de recursos que ingresaron a Filanbanco S.A. y el destino a donde salieron los fondos por préstamos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador, en el período del 14 de septiembre al 2 de diciembre del año 1998.”.

9.2.3. De todo lo anterior, se concluye que hubo abuso de fondos públicos pertenecientes al Banco Central del Ecuador, y por ello peculado. En consecuencia, es pertinente el criterio del juez a quo, tanto más que con posterioridad a los actos que motivan este proceso, recién se tipifica como peculado la concesión de créditos vinculados, relacionados o intercompañías, mediante Ley número 99-26 publicada en el Registro Oficial 190 del 13 de mayo de 1999, que agrega el artículo 257 A, al artículo 257 del Código Penal.

9.2.4. Por otro lado, respecto de la incorrecta anotación en cuenta de los fondos otorgados por el Banco Central a Filanbanco, también existe pronunciamiento pericial, esta vez otorgado por el licenciado Guido Anibal Goyes Olalla y el economista Luis Anibal Ortiz Carlosama, designados durante el Plenario, quienes

manifestaron en su informe que obra a fojas 11360 y s.s. que: “El simple registro por error de los créditos de liquidez otorgados por el banco Central del Ecuador en la cuenta 2704 (CRÉDITOS A FAVOR DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS DEL PAÍS), en lugar de hacerlo en la cuenta (CRÉDITOS A FAVOR DE BANCO CENTRAL DEL ECUADOR.-

9.3. DE LAS INVERSIONES EN FILANBANCO TRUST & BANKING CORP.

9.3.1. Entre el 8 de mayo y el 2 de diciembre de 1998, el saldo de la cuenta, “Inversiones Varias” de Filanbanco Trust, pasó de 8.1 millones a 107.3 millones de dólares, siendo las últimas inversiones las del 30 de octubre y 2 de diciembre de ese año, por los montos de 13.3 y 35.1 millones de dólares, en su orden, sin que las mismas estén permitidas por la Regulación Nro. 001-98 del Banco Central del Ecuador vigente en ese entonces, conforme el economista Pedro Delgado Campaña; quien en el memorando No. INSEF-2000-0863 de 14 de junio del 2000 (fs. 3021 a 3041) indica que: “a través de los correspondientes comprobantes contables se observan, como cargos a la cuenta Inversiones Varias, notas de débito emitidas contra las cuentas corrientes de Filanbanco Trust & Banking Corp. en los Bancos: Filanbanco S.A. de Ecuador, Republic National Bank, Barclays Bank y Nation Bank, estos últimos domiciliados en la ciudad de Miami, Estados Unidos, con lo cual se evidenciaría el desembolso de recursos”; inversiones que no estaban respaldadas por ningún tipo de documento: títulos valores, acciones, pagarés, avales, otros documentos similares u otro tipo de activos; ya que “todo débito a la cuenta de inversiones normalmente tendría que reflejar la adquisición de un título valor o algún otro tipo de activo, los mismos que debían ser transferidos a la custodia del banco”.

9.3.2. Coincide el Ingeniero Gonzalo Hidalgo Terán, Gerente General de Filanbanco, al aseverar en el oficio Nro. 2000-108-GG, de 10 de junio del año

2000 que: “durante el período mayo diciembre de 1998, la custodia de Filanbanco Trust & Banking Corp., no registró movimientos que respalden las operaciones realizadas en la cuenta de Inversiones Varias”. En el “Examen de Garantías de Créditos vinculados Filanbanco S.A.” (fs. 7583 a 7585), memorando Nro. CPA-FILAN-2000-01, de 20 de octubre del 2000, suscrito por las señoras: Camila Peña Arellano y Coralia González Correa, funcionarias de la Superintendencia de Bancos, se destaca que: Respecto a la garantía hipotecaria otorgada por Agrícola Chimborazo CHIMSA, el documento que respalda reposaba en los departamentos de Custodia y Legal de Filanbanco, así como la garantía de respaldo de las operaciones otorgadas al grupo agrícola Janeiro, y un contrato de sustitución que celebran La Ostra y Agrícola Narogo Isaías; no así los contratos de prenda e hipoteca que la compañía Empresa Azucarera Tropical Americana S.A. AZTRA, había constituido a favor de la CFN, que no fueron proporcionados por el Banco, y que se los requirió mediante oficio No. 00-144-ERS-BFL, el 10 de Octubre del 2000, sin que con respecto a los demás créditos vinculados se realicen otras observaciones.

9.3.4. La cuenta inversiones varias por el valor de US \$107 millones, posteriormente se extinguió, cuando Filanbanco Trust aportó al Fideicomiso A.G.D., bienes adjudicados en dación en pago por el valor de US \$ 107.324.726,8, que le fueron entregados por los anteriores accionistas, derechos fiduciarios correspondientes a Filanbanco Trust registrados hasta diciembre 31 de 1998 que posteriormente se transfirieron a Filanbanco S.A., para que éste a su vez entregue al Fideicomiso AGD y de esta manera descargue el pasivo con esta institución, para lo cual se ha realizado una venta de cartera a Filanbanco Trust a ser cancelada con los derechos fiduciarios anteriormente mencionados; registro contable sobre el cual se solicitó la confirmación por parte de la Superintendencia con oficio Nro. INBGF-9900395, de 9 de febrero de 1999, del señor Patricio Moreno Huras, Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros, dirigido al

ingeniero Daniel Cañizares, Gerente General de Filanbanco (fs. 2943). 3.5. Lo anterior, determina con claridad que se incumplió con la Regulación No.001-98 expedida por el Directorio del Banco Central del Ecuador, que prohibía la concesión y desembolsado de nuevas operaciones de crédito, y peor que no tuvieran ningún respaldo jurídico como son las dos inversiones registradas en la cuenta de "Inversiones Nuevas" de Filanbanco Trust & Banking Corp. , entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, inversiones que no tenían un valor económico y financiero. El incumplimiento también se advierte porque existió la obligación de invertir los recursos provenientes de la recuperación de cartera e incrementos de captaciones que no fueron utilizados para cancelación de pasivos, en títulos del Gobierno Nacional, bonos de estabilización monetaria o de la Corporación Financiera Nacional. 3.6. Las Inversiones no se reportaron al organismo de Control ni al Banco Central, conforme se establece con el oficio Nro. 98-570-0BS-DByGF del 14 de octubre de 1998, enviado por el Intendente de Bancos de Guayaquil, al Gerente General de Filanbanco, y con los memorando Nos. LIQ-FIL-98-001, LIQ-FIL-98-004, LIQ-FIL-98-005, CRL-FIL-98-008, CRL-FIL-98-011, CRL-FIL-98-013, SRL-FIL-98-016, de 12 y 29 de octubre, de 4, 10, 11, 16, y 18 de noviembre de 1998, así como con el testimonio indagatorio del ingeniero Luis Alejandro Romo- Leroux (fs. 24622 a 24623 vta.), cuando manifiesta que al haber formado parte de la Comisión de Auditoría de Bancos en Filanbanco, sus funciones fueron las de: auditar, verificar y analizar las cuentas denominadas inversiones varias del fideicomiso Multinversiones y de las daciones en pago de este fideicomiso, lo mismo sobre el fideicomiso A.G.D. y también sobre los fideicomisos Silver Lace y Enerco; respecto de los cuales hizo varias observaciones en sus informes de 11 y 15 de mayo del 2000. De estos actos tuvieron pleno conocimiento los miembros del Directorio de Filanbanco, como corrobora el informe pericial presentado por los abogados Eduardo Jiménez Parra y Luis Alfonso Ortíz Narváez, luego de la inspección judicial y reconocimiento de las actas de sesiones del Directorio de esa entidad bancaria por el período

Trece mil novecientos ^{13.936 -} treinta y seis
- 22 -
Veinte y dos



comprendido entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, en las que constan las celebradas el 14 de octubre y 19 de noviembre de 1998 (fojas 21257-21265), en cuyos puntos tres y dos, respectivamente, se trató sobre el informe del Gerente de Contraloría de Crédito del Banco relacionado con operaciones de crédito y contingentes realizados con una misma persona o firma vinculada. Por consiguiente, al haber intervenido el señor Juan Franco Porras, como Gerente General de Filanbanco, en las sesiones de Directorio antes mencionadas, es obvio que su conducta se adecua al ilícito que configura el artículo 257 del Código Penal, ya que prestó su concurso para realizar actos contrarios a la Ley.

9.4.- PROGRAMA DE REESTRUCTURACIÓN AL QUE FUE SOMETIDO FILANBANCO.

9.4.1. Los daciones en pago aceptadas por Filanbanco Trust & Banking Corp., que influyeron en Filanbanco S.A., por la enajenación de inversiones registradas en la cuenta "Inversiones Varias" por 107.3 millones de dólares, suscritas el 2 y 21 de diciembre de 1998 por 30 millones de dólares con obras de arte, y 77.3 millones de dólares con acciones de empresas inmobiliarias concentradas en el fideicomiso Induprin, no tuvieron según el economista Pedro Delgado, la debida autorización, lo que aparece de las pruebas actuadas en la etapa sumarial; sin embargo el avalúo de las obras de arte presentado por los señores profesores Hernán Zúñiga Albán y Luis Martínez Moreno, alcanza el valor de USD \$ 32'407.958; en tanto que el arquitecto Alfredo Enderica Negrete el 25 de noviembre de 1998, avalúa los bienes inmuebles recibidos en dación en la suma aproximada de U.S. \$ 94 millones, habiendo una diferencia económica diametralmente opuesta y por cuya razón no se da credibilidad a este informe.

9.4.2. Así mismo consta en el proceso el informe No. IBG-DByGF-2000-055 de 15 de mayo del 2000 suscrito por el ingeniero Alejandro Romo-Leroux Andrade, del

que se desprende que se realizaron los avalúos de los inmuebles de propiedad de las compañías cuyas acciones se entregaron inicialmente en pago a Filanbanco Trust y posteriormente al fideicomiso A.G.D., y que las acciones que fueron recibidas por U.S. \$ 77 millones tienen una valoración mayor. Para este juzgador los peritajes antedichos no gozan de credibilidad, lógica y sus conclusiones son equívocas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, no así los elaborados por la empresa Global Silverhawk (fs. 3354 a 3469), que merecen total credibilidad.

9.4.3. Lo que sí es verdad es que las obras de arte entregadas al Fideicomiso A.G.D. no se encuentran registradas en el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, organismo que tampoco ha conferido Informe técnico favorable previo a la transferencia de dominio de los bienes culturales, conforme se desprende del contenido del oficio Nro.227 SRL.INPC.2000, de junio 8, de 2000, suscrito por la arquitecta María Elena Jácome, Directora Regional de dicha institución (fs. 2728), así como de la comunicación de la señora Magdalena Gallegos de Donoso, Directora Nacional del Instituto de Patrimonio Cultural.

9.5.- SOBRE EL PERJUICIO ECONÓMICO EN CONTRA DE FILANBANCO Y DE FILANBANCO TRUST & BANKING CORP.

9.5.1. Del examen de las pruebas aportadas se ha evidenciado procesalmente perjuicio económico en contra de Filanbanco S.A., así como de Filanbanco Trust & Banking Corp., y por tanto los funcionarios de éste han cometido delito de peculado al haber aceptado en su momento las daciones en pago y sin la autorización de la Agencia de Garantía de Depósitos, ya que sus miembros jamás la otorgaron, de acuerdo al informe del Secretario General de la A.G.D. en el oficio Nro. AGD-GG-00-2144 de primero de agosto del 2000, dirigido a la Presidencia de la Corte Suprema: "De la revisión efectuada a las actas de las sesiones del Directorio de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), sin lograrse determinar

- 13.937 -
Trece mil novecientos treinta y siete
- 23 -
Dente y D.S



la fecha en la cual dicho Directorio “conoció, aprobó y recibió la dación en pago por el valor de US\$ 30’000.000.00 que otorgó la compañía OTAVALO a favor de Filanbanco Trust instrumentada el 2 de diciembre de 1998 y la otorgada a favor del mismo Filanbanco Trust por INDUPRIN S.A, representada por Jaime Hierro, Patricia Talbot y otros el 21 de diciembre de 1998, por la suma de US \$ 77’324.726.81. .”; tampoco ha determinado la fecha en la cual dicho Directorio conoció y aprobó el contenido del Contrato de Fideicomiso que debía constituirse por quienes fueron accionistas de FILANBANCO S. A., hasta el 2 de diciembre de 1998, en aplicación a lo dispuesto en la resolución de la Junta Bancaria No. JB-98085 que contiene el Plan de Reestructuración de Filanbanco; el contenido del Fideicomiso que ha otorgado Filanbanco Trust & Banking a favor de la Agencia de Garantía de Depósitos; y, el contenido del Contrato de Fideicomiso denominado A.G.D.

9.5.2. Según el oficio Nro. 2000-174-GG de 27 de julio del 2000, suscrito por el ingeniero Gonzalo Hidalgo Terán, Gerente General de Filanbanco (fs. 4284), éste informa que: revisados los archivos del Banco desde el 23 de Abril de 1999, Filanbanco S.A., no fue la institución financiera que aceptó la dación en pago el día 21 de diciembre de 1998 por US \$ 77.3 millones, siendo Filanbanco Trust & Banking Corp la sociedad aceptante, y que se encuentra constituida con arreglo a las Leyes de la República de Panamá, que estaba representada por su mandatario en el Ecuador, esto es, Filanbanco S.A., concluyendo que de la revisión del estatuto social de Filanbanco Trust & Banking Corp., no aparece que dicha institución requiera autorización alguna para recibir bienes en dación en pago. En ese sentido se han pronunciado los peritos Mario Humberto Torres Jaramillo y Mario Alexander Morales Hidrobo, designados durante el Plenario, quienes sostienen, en su informe que obra a fojas 11382 y s.s.: “Filanbanco Trust & Banking Corp. al ser una subsidiaria off shore de Filanbanco S.A. se debe considerar como una empresa parte del mismo grupo y por lo tanto considerarse

sus balances. Filanbanco Trust & Banking Corp. al considerarse parte del grupo financiero, debe sujetarse a los dispuesto 76-77-78-79-80 y 81, de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, por lo tanto debe elaborar y presentar a la Superintendencia de bancos los balances y estados financieros consolidados y condensados, como exige la entidad controladora.

9.5.3. Los informes periciales según lo establecido en el artículo 64 del Código de Procedimiento Penal de 1983 aplicable al presente caso, tienen que ser valorados por las reglas de la sana crítica. En virtud del indicado informe pericial no existe sobrevaloración de las obras de arte entregadas al fideicomiso A.G.D. y para lo cual, conforme manifiesta el ingeniero Gonzalo Hidalgo, Gerente de Filanbanco S.A., Filanbanco Trust no necesitaba de autorización para aceptar las daciones en pago recibidas al regirse por Leyes Panameñas; así como no se produjo un perjuicio al recibirse la dación en pago de la Cía. Induprin ya que el avalúo efectuado el 25 de noviembre de 1998 por el arquitecto Alfredo Enderica Negrete ex Director Nacional de Avalúos y Catastros del Ecuador (fs. 11587 y siguientes) el valor de la Urbanización Las Orquídeas alcanzaría a 69.9 millones de dólares aproximadamente y el valor de los locales comerciales de Puntilla Mall alcanzaría a 24.2 millones de dólares aproximadamente. Cualquier pérdida o incremento de valor en esos bienes por el paso del tiempo o su custodia no son imputables ni benefician a los procesados, ni pueden ser argumento para mejorar o empeorar su situación legal, pues los hechos deben analizarse al momento de su ejecución, en el año de 1998.

9.6.- OMISIONES DE FIRMA AUDITORA HANSEN HOLM.

9.6.1. El economista Pedro Delgado, Intendente Nacional de Supervisión de Entidades Financieras, en el memorando Nro. INSEF-2000-942 de 22 de junio del 2000 (fs. 3529 a 3535) dirigido al Dr. Juan Falconi Puig, Superintendente de

- 13.938 -
Trece mil novecientos treinta y ocho
- 24 -
Veinticuatro



Bancos, señala las responsabilidades en que habría incurrido la firma auditora externa Hansen Holm en el seguimiento del destino de los créditos de liquidez concedidos a Filanbanco S.A. por el Banco Central del Ecuador.

9.6.2. Por el incumplimiento incurrido por la empresa Hansen Holm al no haber revisado el destino de los recursos obtenidos por Filanbanco del Banco Central, el economista Pedro Delgado sugiere que debe instruirse al departamento correspondiente de la Superintendencia de Bancos la preparación de una Resolución que suspenda su licencia, petición que fue acogida el 16 de junio del 2000 con el Nro. SB-2000-0568, la cual suspende la licencia de funcionamiento de la mencionada firma Hansen Holm. Por otra parte, precisa que hasta el 19 de enero de 1999 el seguimiento a los créditos de liquidez, otorgados por el Banco Central, se limitaban por instrucciones de la Superintendencia únicamente a Filanbanco S.A., por lo que no podía pronunciarse sobre las operaciones realizadas en el Filanbanco Trust., señalando en el último informe que: "Debido a las situaciones descritas en los numerales octavo y noveno no podemos expresar y por consiguiente no expresamos una opinión sobre la información remitida por el Banco, correspondientes a Filanbanco Trust & Banking Corp. por el período comprendido entre el 11 al 28 de diciembre de 1998, situación que se origina porque Filanbanco no entrega la información suficiente para poder opinar".

9.6.3. La firma Hansen-Holm realizó el seguimiento solicitado por la Superintendencia de Bancos, al haber requerido en forma oportuna, información y explicaciones sobre la cuenta por cobrar por US \$107.3 millones y el posterior fideicomiso de dación en pago, al Gerente General de Filanbanco ingeniero Daniel Cañizares, con el afán de prevenir el cometimiento de actos irregulares, teniendo como respuesta del ingeniero Cañizares en la carta de 2 de febrero de 1999, que no existe situación irregular que pueda afectar a la institución o a terceros como podría interpretarse a primera vista, y si algún retardo existió en la entrega de

información, se debió básicamente a cuestiones de interpretación legal, lo cual siempre al perfeccionarse toma tiempo llevarlo a cabo.

9.6.4. El registro contable de la dación en pago debió efectuarse una vez inscrita en los correspondientes registros públicos la documentación legal contentiva de esta negociación, esto es, el 31 de diciembre de 1998, fecha en la que se contabilizó. El propio economista Pedro Delgado, determina posteriormente que la firma de auditores Arthur Andersen, representante de Hansen-Holm en Panamá sí reveló en su informe las operaciones por US \$ 107.3 millones, que realizaran los ex-accionistas de Filanbanco, para concluir que: se debe dejar sin efecto la resolución Nro. SB-2000-0568 de 16 de junio de 2000 por haber sido desvirtuadas las causales que produjeron su emisión, lo que se debe comunicar a la Fiscalía General del Estado. Como prueba de que la firma HANSEN-HOLM actuó de acuerdo al alcance de auditoría que le fue encomendada, el Superintendente de Bancos emitió la Resolución Nro. SB 2000-0580 de 22 de junio del 2000 (fs.3895), que dejó sin efecto a la resolución del 16 de junio de ese año.

9.6.5. En el informe pericial del señor José Narváez D. (fs.11343 a 11372), consta como conclusión que: la firma de auditoría externa, Hansen Holm & Co., cumplió con los términos precisados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, en las labores” de revisión encomendadas presentando los informes que les correspondía. Tales hechos motivaron la revocatoria de la orden de prisión que se había emitido. Los funcionarios de la Superintendencia de Bancos implementaron y desarrollaron todos los controles necesarios para efectuar una supervisión oportuna y adecuada, habiendo delegado una comisión de auditoría con quince días de anticipación a la fecha en que el Directorio del Banco Central autorizó para que Filanbanco acceda al cupo remanente del crédito, al amparo del artículo 24 de la Ley de Régimen Monetario y Bancos del Estado. Los auditores delegados por la Intendencia de Bancos de Guayaquil presentaron sus informes semanales

en forma oportuna, los que sirvieron de base para que las intendencias operativas, tanto la Nacional de Bancos y Grupos Financieros a cargo del señor Patricio Moreno H., como la de Bancos de Guayaquil bajo la responsabilidad del economista Carlos Plaza Hernández efectúen las observaciones respectivas que debía adoptar Filanbanco S.A., para superar su problema de iliquidez.

9.7.- VENTA DE CARTERA DE FILANBANCO S. A., A FILANBANCO TRUST & BANKING CORP.

9.7.1. Consta del proceso a fojas 9959, el oficio Nro. SE-1465-2000 00 01868, del 12 de junio del 2000, suscrito por el Econ. Miguel Dávila Castillo, Gerente General del Banco Central del Ecuador, dirigido a la Fiscalía General en el que consta textualmente que: "La compra de cartera realizada por Filanbanco S.A. a su subsidiaria off-shore Filanbanco Trust, no ha sido considerada por el Banco Central como una operación de crédito nueva que hubiese infringido las normas regulativas del Directorio del Instituto Emisor, puesto que, conforme las disposiciones legales y reglamentarias actualmente vigentes en el país, al grupo financiero se lo ve como una sola unidad, consolidada, de modo que tal transacción se considera que ha sido realizada dentro de la misma organización y no con un tercero. Este criterio legal se ve consagrado desde 1994 en que se expidió la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y desde entonces se lo ha venido aplicando para todos los efectos legales y técnicos, en ámbitos tales como la supervisión y control, el análisis y seguimiento de los principales indicadores del sistema financiero, otorgamiento de créditos de liquidez, etc., y ha sido reconocido también en otros cuerpos legales vigentes en el país". Continúa manifestando el economista Dávila, que: 1) Una institución off shore o subsidiaria está plenamente facultada para llevar a cabo, a través de sus oficinas o sucursales de atención al público, operaciones que le son propias a las instituciones integrantes del grupo; de manera que una institución subsidiaria

puede captar recursos del público en el evento que esta sea una actividad permitida a una institución controlada que integra el grupo financiero a la que se pertenece aquella; así mismo una institución financiera nacional puede realizar con la entidad off-shore integrante de su grupo financiero, aquellas operaciones permitidas por la Ley, entre las que se encuentra la compraventa de cartera; 2) Cuando una institución subsidiaria presenta necesidades de liquidez, dicha Institución puede solventar tales necesidades a través de recursos que son inyectados desde la institución matriz sin que por tal operación quepa sostener que la entidad matriz ha desembolsado recursos en operaciones de crédito nuevas, puesto que, en la práctica, la transferencia de recursos, se la realiza con el afán de atender el derecho de los depositantes de la subsidiaria, derechos que no difieren en nada de aquellos que tienen los depositantes de la entidad matriz. En la especie, si Filanbanco estaba autorizado para captar recursos del público, también podía captar dichos recursos Filanbanco Trust. Consecuentemente, los recursos por créditos que obtuviere Filanbanco Trust del Banco Central podían legalmente ser utilizados para honrar obligaciones de la propia entidad off-shore y, adicionalmente, de la entidad off-shore, tomando en cuenta que dichas obligaciones habían sido adquiridas por ambas instituciones al captar recursos en el Ecuador. En la práctica, la inyección de recursos de la institución nacional a la off-shore tuvo, como contrapartida, la compraventa de cartera; 3) Precisamente, considerando que la entidad nacional y la subsidiaria forman parte integrante de una unidad y al amparo de lo previsto en las disposiciones constantes en la Codificación de Regulaciones del Banco Central, las instituciones financieras podían acceder a los créditos del Banco Central en base al cupo determinado por el monto al que asciende el patrimonio técnico constituido de la institución prestataria o del consolidado o combinado del grupo financiero al que se pertenece.

- 13.940 -
Trece mil novecientos cuarenta
-26-
Veinte y seis



9.7.2. De lo anterior se concluye que la venta de cartera de Filanbanco S.A., a Filanbanco Trust & Banking Corp., por un valor de US \$115.9 millones de dólares, que registró Filanbanco S.A., en contrapartida una cuenta por cobrar “varias”, contra la cual se crea una cuenta de provisión por igual monto, y con lo que se pudo suponer que esos asientos contables conducían a que el valor generado por la venta de la cartera se elimine, es evidente que constituyen una infracción penal, como también lo es, el registro contable de Filanbanco Trust por la compra de cartera por el monto de alrededor de 116 millones de dólares y como contrapartida generó la cuenta pasiva 2990 que se llama otras cuentas del pasivo por igual valor, así como también se registran provisiones de valores que es la cuenta 1399, por el monto de 116 millones de dólares, en contrapartida a la referida cuenta pasiva, eliminándose de este modo la obligación de Filanbanco Trust con Filanbanco S.A., y causando un enorme perjuicio económico al Estado ecuatoriano y por ende a los depositante de dineros en la institución bancaria Filanbanco.

9.7.3. Con relación a la presunta entidad denominada Republic International Corporation (RIC), que fue referida por el economista Pedro Delgado, Intendente Nacional de Supervisión de Entidades Financieras, en su memorando Nro. INSEF-2000-0863 de 15 de junio del 2000, que habría estado anexada a Filanbanco, domiciliada al parecer en Gran Caimán, y que habría estado efectuando captaciones sin autorización legal, no se ha demostrado procesalmente, pese a que el doctor Galo Pico Mantilla, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, requirió al doctor Juan Falconí, ex Superintendente de Bancos, en la providencia de 13 de octubre del 2000, toda vez que del proceso de investigación de las actividades financieras de Filanbanco S.A., no ha concluido, ya que “...en el numeral 6 constan varios análisis de los movimientos financieros, de los cuales no aparecen resultados concretos, sino suposiciones o presunciones como cuando se dice en forma hipotética: “...mencionadas inversiones corresponderían a

activos que probablemente no tendrían valor económico financiero de ejecución”; “...que aparentemente se trata de Republic International Corporation”; que “...estaría localizada en Gran Cayman...”; “...que habría estado efectuando captaciones sin la autorización legal correspondiente, anexa a Filanbanco”.

9.7.4. En la etapa procesal correspondiente se ha dispuesto que en el plazo de veinte días, el señor Superintendente de Bancos informe sobre: “... La existencia de una entidad denominada Republic Intenational Corporation “RIC”, la misma que según dice el informe habría estado efectuando captaciones sin la autorización legal correspondiente. ..”. Esta providencia, no atendió el doctor Juan Falconí, por lo que fue requerido nuevamente en providencias de 8 de noviembre del 2000 y 31 de mayo de 2001, de las cuales únicamente contestó la última mediante oficio No. DNJA 2001-061 de 29 de junio de 2001, en el que se indica que la documentación de que dispone la superintendencia de Bancos en relación con los hechos que se juzgan, ha sido ya remitida en su totalidad, es decir, en memorando No. INSEF-2000-0863 de 14 de junio de 2000.

9.7.5. Sin embargo esos hechos jamás fueron concretados ni demostrados, como lo reconoce el propio economista Pedro Delgado en el oficio No. INSEF-2000-1977 de 19 de junio del 2000, dirigido al doctor Juan Falconi Puig, entonces Superintendente de Bancos, y que obra a fojas 24532, cuando textualmente manifiesta que las conclusiones a que llega el informe No. INSEF-2000-0863 “...constituyen una serie de presunciones desde el punto de vista de la auditoría, las cuales a su juicio deben ser analizadas a nivel de detalle, por lo que cree fundamental que se contrate una firma internacional, que efectúe un análisis de las operaciones descritas en el informe antes mencionado, bajo el estricto control de esa Intendencia.”. No obstante ello, resulta necesario referirse respecto a los hechos que se suscitaron con posterioridad a la última contestación que al respecto proporcionara la Superintendencia de Compañías, relato que se



encuentra analizado y sustentado en el informe de los peritos licenciado Guido Anibal Goyes Olalla y el economista Luis Anibal Ortiz Carlosama, designados durante el Plenario, quienes manifestaron en su informe que obra a fojas 11360 y s.s., que: "Del Informe escrito por Edison Romo Schaffey y María Soledad Montenegro Rivas, Auditores del Sistema Financiero y Martha Zorilla Mendoza, Directora de bancos y grupos financieros de la Superintendencia de bancos, señala que a la cuenta N° 1122900500000" inversiones varias" de Filanbanco Trust & Banking Corp., se carga la suma de 107,324,726.81 dólares, como consecuencia de los pagos efectuados por la entidad off-shore conforme se desprende la muestra de cheques adjunta, por lo tanto Filanbanco Trust & Banking Corp., ha contabilizado indebidamente las transacciones que generaron las salidas de fondos lo que ocasionaría que los Estados Financieros no presenten razonablemente la situación económica y financiera de la entidad. Posteriormente se revisaron tres providencias del Presidente de la Corte Suprema de Justicia solicitando pruebas sobre lo dicho en el informe antes referido, pero la Superintendencia de Bancos y Seguros no proporcionó prueba adicional alguna, por lo que la Ministra Fiscal solicita un exhorto a la justicia americana para probar el desvío de fondos, a lo que el Departamento de Estado de los Estados Unidos respondió que no existió evidencia de dicho desvío." Lo manifestado, significa entonces que se ha justificado conforme a derecho la existencia real de las presunciones señaladas en el punto seis del memorando suscrito por el economista Pedro Delgado.

DECIMO.- EL DELITO DE PECULADO IMPUTADO, SU NATURALEZA Y EL PRINCIPIO DE COMUNIDAD:

10.1.- En respeto del Principio de congruencia y del principio de legalidad el tipo penal atribuible en el presente caso es el previsto en el artículo 257 del Código Penal, que prescribe: " Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a

doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional. Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público. Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa. Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función pública; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Dirección Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario. El Director Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Dirección Nacional de Personal un registro en que consten los nombres de ellos. La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101. Con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas que hubieren intervenido en Actos de Determinación. También están comprendidos en las disposiciones de este artículo

los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos”. Del texto legal citado y con el fin de determinar si la conducta de los sindicatos **ROBERTO ISAIAS DASSUM, WILLIAM ISAIAS DASSUM, JUAN FRANCO PORRAS, GASTÓN GARCÍA GONZÁLEZ, LEONARDO NAVAS BANCHÓN, ANTONIO ARENAS C.**, en calidad de autores y como cómplices del mismo tipo penal los señores **JORGE EGAS PEÑA, LUIS JÁCOME HIDALGO**, se encasillan en las hipótesis previstas en el tipo penal por el cual fueron acusados, pues estos últimos su actuar se subsume a emitir opiniones e informes en unos casos favorables y en otros de carácter negativo y con el único propósito de viabilizar los créditos y salvar la quiebra bancaria, pero que fueron distorsionados por quienes tenían el poder de decisión, es decir, tenían el dominio del hecho como eran los administradores del Filambanco y que fueron quienes crearon empresas fantasmas con el único afán de apropiarse de dineros pertenecientes al Estado ecuatoriano y de muchos depositantes que confiaron en esta institución bancaria. Es necesario señalar que los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, en este caso, es la de precautelar el buen uso de los fondos públicos, así como el de asegurar la fidelidad del servidor público o funcionario bancario (privado). En la imputación de peculado, la acción delictiva consiste en apropiarse o distraer en provecho propio o ajeno el dinero o las cosas muebles poseídas por razón de cargo o servicio, y perteneciente a la administración pública. “Apropiarse” una cosa significa disponer de ella como si fuera el propietario ... Tanto la apropiación como la distracción deben estar acompañadas de la finalidad de provecho. La Ley habla de este elemento solo a propósito de la distracción, porque en la apropiación está implícito; el que hace suya una cosa, ya, por lo

mismo, es un aprovechador. El aprovecharse de los bienes apropiados, entra a formar parte, como elemento esencial, del concepto de acción; y precisamente constituye su dirección objetiva al identificarse con el destino distinto del uso legítimo. “*Provecho*” es cualquier ventaja material o moral, patrimonial o no patrimonial y este provecho debe ser a favor del que comete peculado o de otros. Del análisis sobre la naturaleza del delito, este Tribunal concibe que la conducta imputada en el caso de los sindicatos antes referidos se adecúa al tipo penal descrito en el artículo 257 del Código Penal, pues tanto los elementos del tipo objetivo como los del tipo subjetivo, conllevan a la subsunción del hecho concreto que se investiga en la norma abstracta antes referida. No cabe la alegación de los imputados respecto de la no comisión del delito de peculado, en virtud del principio de comunidad y de la ley antes analizada. La legislación española por la consideración del parecido con que guarda con la apropiación, le denomina “malversación” y su doctrina concibe a este delito como “la apropiación o gasto o uso indebidos de fondos públicos por quien siendo funcionario o autoridad tiene encomendada su custodia y/o su administración” (Derecho Penal, Parte Especial, Enrique Orts Berenguer y otros autores, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 2004, p. 929).

10.2.- Se debe considerar las distintas formas de comisión del delito, pues para la apropiación de los caudales públicos no siempre suelen utilizarse métodos tradicionales, sino que se instrumentan mecanismos operativos que determinan el caudal público entregando a un tercero para que éste los utilice de una manera fraudulenta en su propio beneficio o en beneficio de los miembros de la asociación a título singular o bien sea mediante la falsificación de documentos a través de la utilización de sistemas técnicos o científicos que sirven de vehículos para tal objetivo.

- 13.943 -

Trece mil novecientos cuarenta y tres

-29-
Veinte y nueve



10.3.- El bien jurídico protegido en la figura del peculado, tiene como antecedente el daño, que según el filósofo inglés John Stuart Mill Pereira, sustentaba que “La separación de dichas esferas de libertad por medio del «principio de daño» conlleva que cada ciudadano tiene plena libertad para perseguir sus deseos y fines mientras no dañe a los demás, esto es, mientras que no menoscabe intereses ajenos (...), la libertad de mover mi brazo finaliza cuando comienza su nariz”¹. Esta concepción nos permite comprender que el servidor público o el tercero particular, no puede argumentar su limitación a un simple pedido y endosar la responsabilidad al funcionario autorizante de la transferencia de fondos públicos, porque teniendo aquella condición, el efecto dañoso se produce en la colectividad y no se puede a pretexto de salvar a la patria, distraer dineros que los particulares depositaron en las instituciones bancarias del país y más todavía sin observar todos los presupuestos que determinaba el ordenamiento jurídico y expedir decretos con el único afán de favorecer a grandes grupos financieros del país en desmedro de la economía de grandes sectores de la población. En el Derecho Penal se tiene en cuenta la concepción reflexiva del bien jurídico, partiendo de una realidad y de los sujetos de la acción, que conllevan a una determinación de vínculos reales en el acaecimiento materia de la investigación.

10.4.- En cuanto a la malversación, esto es, al peculado, según nuestra legislación, el profesor Jorge Boumpadre, nos ilustra, que en un sentido estrictamente idiomático quiere decir “mala inversión”, es decir, inversión ilícita en los caudales ajenos que se los confía y citando a Cuello Calón, manifiesta: “*Las figuras delineadas en el capítulo se bifurcan en una doble dimensión: por una parte, constituyen una infracción del deber de probidad de los funcionarios en el manejo de los fondos públicos, que por razón de sus cargos les están confiados, y*

¹ Andrew Von Hirsch, “La Teoría del Bien Jurídico”, varios autores Roland Hefendehl (ED), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2007, p. 40.

*por otra implica una lesión por los intereses patrimoniales del Estado*². El delito de peculado o malversación, según el autor antes citado “*se consuma con el empleo de los trabajos o servicios en beneficio del autor o un tercero.*”, pues se trata de un delito de pura actividad; sin embargo, “la aplicación efectiva de los trabajos o servicios a la esfera particular no modifica el carácter del delito.”, el resultado material no es un presupuesto del delito sino la conducta misma, deviniendo de ello, que la sola “afectación del bien jurídico es suficiente para perfeccionar el tipo, con independencia de que se logre o no el provecho perseguido o que se produzca un perjuicio patrimonial a la administración.”³.

10.5.- Los elementos objetivos del tipo son: **a) Conducta, acto, acontecimiento o hecho prohibido.-** Consiste en abusar de los dineros públicos, efectos, piezas, títulos, documentos o bienes en general o en la aplicación diferente de aquella a que estuvieran destinados los mismos. Ese cambio de destino, puede ser dentro de la órbita de la administración o puede ser mediante la sustracción, la disposición arbitraria, la malversación o el uso indebido de dichos bienes y para la utilización de la malversación, el destino ha de ser específicamente determinado en una norma jurídica, esto es, en una ley, en un estatuto, en un reglamento, etc., siempre que no exista una jerarquía normativa que limite aquel cambio a una ley especial y con los presupuestos que en ella se determinen, de ahí la terminología actual de nuestra legislación de “abusar” y abarca al co-administrador, permitiendo que el tipo penal alcance “a aquellos actos de disposición de bienes que resulten de una decisión integrada por otros funcionarios, por ejemplo directores, comisiones, juntas, etcétera.”⁴. **b) Sujetos (activo y pasivo).-** El sujeto activo en el peculado propio, conocido como peculado clásico, sólo puede ser un funcionario público con facultades para administrar los fondos públicos que son malversados,

² Derecho Penal Parte Especial, Tomo 3, Mario A. Viera, Editor Buenos Aires, 2003, p. 239.

³ Idem., pp. 268 y 269

⁴ Boumpadre, Idem, p. 245

- 13.944 -
Trece mil novecientos cuarenta y cuatro



mal usados, arbitrariamente dispuestos o sustraídos. El profesor Francisco Muñoz Conde nos aclara la dualidad existente para el caso y la naturaleza de caudales públicos, cuando afirma: “Pero el carácter de sujeto de este delito no lo da sólo el hecho de ser autoridad o funcionario público, sino la relación de estas personas con el objeto material del delito: los caudales o efectos públicos (...) Basta tan sólo con la percepción por parte del funcionario de los caudales destinados a la administración para que éstos adquieran ya la calidad de públicos”⁵. En el caso de los particulares, para la aplicación del principio de comunidad del delito, se requiere que uno de ellos sea quien ostente tal calidad, deviniendo de ello que, quien ejerce la función pública pueda disponer, autorizar, permitir, apoyar mediante un informe de carácter jurídico o financiero la separación de los caudales de manera arbitraria, esto es, sin observar los mecanismos o presupuestos que permitan una regular separación o destinación distinta de dichos fondos. El sujeto pasivo como se deja analizado, es la institución pública en cualquiera de las previstas en el artículo 118 de la Constitución Política de 1998, hoy en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador. **c) Elementos descriptivos.**- Son aquellos que la norma penal expresa una realidad naturalística o acaecimiento aprehensible por los sentidos; esta realidad, permite establecer modalidades de comisión para el aprovechamiento de los caudales públicos, bien sea utilizando procedimientos crediticios con personas vinculadas o relacionadas expresamente prohibidos, bien aquellos que han intervenido para la comisión de este ilícito o bien aquellas personas que prestaron su nombre para beneficio propio o de un tercero, y en general, a todos los funcionarios, empleados o servidores.- **d) Elementos normativos.**- Son aquellos que aluden una determinada situación jurídica o social. Estos pueden subdividirse en valorativos y de sentido, los primeros llevan implícito un juicio de valor, mientras los segundos solo son susceptibles de comprensión espiritual. En el peculado en general los elementos

⁵ Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial 17ª Edición revisada y Puesta al Día, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 946 y 947.



normativos – valorativos están descritos en el artículo 257 del Código de Procedimiento Penal.- **El Objeto Material.**- El objeto material en el delito de peculado según la concepción de Carlos Creus, “son los caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le ha sido confiada al funcionario por razón de su cargo”⁶. **El Tipo Subjetivo.**- Este aspecto constitutivo del tipo en la concepción finalista, implica que la conducta se realice en provecho del funcionario autor de la misma o de un tercero, es decir, que tiene que actuar pretendiendo una satisfacción de necesidad o utilidad extraña a la administración, aunque no persiga una ventaja de carácter patrimonial, pero que se concrete a un abuso funcional. En nuestra legislación no existe el peculado imprudente o culposo, pero si el peculado de comisión por omisión, que a diferencia del delito de omisión simple, en éste, se produce una no realización de una acción finalista que el sujeto o funcionario podía realizar en la situación concreta, mientras en aquel, el omitente ocupa una posición de garante del bien jurídico en peligro que le da una equivalencia a los delitos de acción dolosos y su comportamiento pasivo busca la producción de un resultado, el cual en el peculado como se deja analizado, se contrae al quitamiento, al abuso o a la sustracción de los caudales públicos por un tercero ante la pasividad del custodio o funcionario cuya relación con el objeto material del delito mantiene, según el profesor Luis Jiménez de Asúa, “consisten en lograr que se produzca un resultado omitiendo una acción esperada”⁷.-

10.6.- El delito de peculado por su **NATURALEZA**, requiere de dolo directo y según Raúl Plascencia Villanueva, refiriéndose al dolo y la culpa, manifiesta: *“El dolo y la culpa constituyen, en términos del estado actual de la evolución de la dogmática penal, elementos del tipo penal, lugar resultante de su ubicación a nivel de la acción por parte de la teoría final de la acción, la cual hoy se percibe como*

⁶ Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, Tomo II, p. 325.

⁷ Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, cuarta edición actualizada, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1963, tomo III, El delito, p. 389

dominante en la dogmática penal, cuestión por la que debemos desterrar todo planteamiento que pretenda analizarlo como forma especie o elemento de la culpabilidad ... El dolo ha constituido durante el transcurso de la historia uno de los elementos subjetivos de mayor relevancia ... En los inicios de la teoría del dolo se le concibió a partir de la teoría de la voluntariedad, desarrollándolo como una consecuencia directa que el autor ha previsto y deseado; sin embargo, esta idea fue superándose, hasta que se sustituyó por la representación bajo la base de que no permitía definir el dolo eventual. Las ideas expuestas por Mayer permitieron resolver el dilema del dolo eventual mediante la teoría de la representación al señalar que la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa no sólo cuando el autor se representa el resultado que sobrevendrá al emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria. Lo anterior, dio lugar al desarrollo de la teoría de la voluntad y de la representación en torno al dolo ... En la doctrina causalista clásica, el dolo se concebía como *dolus malus*. Contenía como tal, dos aspectos: a) el conocimiento y voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho). Actualmente, en virtud de los aportes derivados de la teoría final de la acción es preferible utilizar un concepto más restringido de dolo, que se entiende como dolo natural, concepción diversa de la propuesta del finalismo ortodoxo, en la que el dolo incluía únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuricidad ... El dolo directo de primer grado o intención. En este primer caso el dolo de primer grado o intención se refiere al autor que persigue la acción típica o, en su caso, el resultado requerido por el tipo, dominando el factor de voluntad. La intención en el sentido anterior se reduce a una cuestión eminentemente subjetiva que alcanza la concreción del tipo penal situándose más allá del tipo objetivo y que acorde con el tipo se debe tener presente pero que no precisa alcanzar. En efecto, la intención es retomada por el



legislador en diversos tipos, los cuales aluden a eventos futuros, refiriéndose a la intención no como dolo, sino a nivel de la certeza, la duda o el desconocimiento ... El dolo directo (dolus directus) constituye una de las manifestaciones del dolo al revestir la producción de un resultado típico con la conciencia de que se quebranta un deber jurídico en pleno conocimiento de dicha circunstancia y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere. Lo cual se traduce en la concurrencia en el autor del conocimiento de lo que va a realizar en relación con el tipo y en especial la previsibilidad de la producción de un resultado típico, siendo el conocimiento el aspecto central. La manera como el legislador acostumbra designar el dolo directo es mediante la idea de "conociendo" o "a sabiendas".

ELEMENTOS DEL DOLO: A. El conocimiento: El conocimiento de lo que se pretende hacer es uno de los elementos exigidos por el dolo, pero cuáles son las características de dicho conocimiento. En principio, debe ser actual, es decir, en el momento mismo en que el autor despliega su comportamiento y debe referirse a los elementos del tipo objetivo que está concretando. Empero, no todos los elementos del tipo objetivo son factibles de conocer de una misma manera, por ejemplo, los normativos exigen de una valoración jurídico-social incluso requieren de un conocimiento técnico: por ejemplo un título de crédito, el servicio público, las armas de uso exclusivo del ejército y fuerzas armadas, ameritan una reflexión jurídica y una respuesta de la ley, siendo distinto el conocimiento que puede tener una persona con instrucción jurídica en comparación con quien adolezca de ésta: sin embargo, la exigencia de la ley es el conocimiento simple que se pueda tener de dichos conceptos ... Por otra parte, los elementos descriptivos requieren la percepción de los sentidos por ejemplo las lesiones que se infieren a una persona durante una riña suponen el conocimiento de la violencia que se está ejerciendo para dañar al oponente. En relación con el conocimiento, éste puede anularse con motivo del error sea sobre los presupuestos o bien sobre los elementos del tipo,

Trece mil novecientos cuarenta

y seis -32-

treinta y dos



con las posibilidades de ser vencible o bien invencible, el primero existe en aquellos casos en que el sujeto activo no tiene la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva no valorativa a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en una falsa apreciación, en tanto el vencible aparece cuando el sujeto por no haber desplegado el cuidado posible y adecuado produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Los efectos del error son diversos, así, tratándose del invencible, no existe el dolo ni la culpa y para el caso del segundo se elimina la posibilidad del dolo pero no de la culpa. **B. Querer.**- En materia de voluntad, vale la pena recordar la idea respecto de la libertad de voluntad que se origina en la libertad individual del ser humano, su aparición en la concreción del tipo, por ejemplo, el que desea dañar el patrimonio de otra persona y lo logra. En el sentido anterior la voluntad es una definición del sujeto activo sobre un objeto conocido y puede presentarse de manera deliberada o indeliberada. Pero en cuáles casos puede afirmarse que el sujeto quiere realizar su comportamiento; podríamos señalar que será cuando acepta el resultado anticipadamente, sea por representación o bien porque aparece como probable sin que tal probabilidad sea suficiente para detenerlo en la realización de su propósito, o bien en la omisión del deber que está obligado a acatar. El querer puede ser anulado en un momento determinado por la presencia de fuerzas externas irresistibles denominadas como *vis absoluta*, *vis mayor* y los actos reflejos. La *vis absoluta* y la *vis mayor* son fuerzas físicas, externas e irresistibles que, por recaer sobre el cuerpo del sujeto impiden en el caso concreto, al querer típico, la primera es atribuible al ser humano y la segunda a las fuerzas de la naturaleza. Los actos reflejos se entienden como reacciones del cuerpo humano involuntarias en respuesta a estímulos externos ...”⁸. El tratamiento de esta figura descansa en una base fundamental: si el dolo supone el conocimiento y el querer realizar un determinado comportamiento, al existir error en el sujeto activo, la parte

⁸ Raúl Plascencia Villanueva, Teoría del Delito, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pág. 113 y ss.

relativa al conocimiento no se concreta por consecuencia el dolo se excluye. Por otra parte, si lo que hace falta es el conocimiento de los elementos del tipo calificado, entonces se integra el tipo básico y para el caso de que el error se deba a una conducta culposa, entonces debe sancionarse por la concreción del tipo de manera culposa, si es que la ley prevé dicha posibilidad, lo que en el caso de la legislación nacional no se encuentra contemplada. En el caso materia de juzgamiento se puede determinar con absoluta objetividad que en la conducta de los sindicado como autores y cómplices hay dolo directo, pues este se hace evidente cuando el Ex – Administradores del Banco Filanbanco crean empresa vinculadas y fantasmas para beneficio propio y de tercero, conforme esta probado de autos, perjudicando y aprovechándose de dineros del Estado, así como la falta de fidelidad y confianza que el Estado ecuatoriano había depositado en ellos al conferirles una serie de prestamos para salvar a la banca, pero que fueron otorgados para otros fines, es decir, que el elemento volitivo y cognitivo estuvieron presentes en el fin de querer causar un daño patrimonial al Estado y con ello faltaron a la fidelidad y confianza depositadas ellos, pues su conducta se ajustó al accionar propio de su función y por lo mismo le es atribuible el juicio de reproche en su contra. Es importante consignar que la forma modal del peculado bancario se encuentra vigente desde el 13 de mayo de 1999 como ya se ha analizado, y como se encuentra reconocido en la sentencia dictada el 22 de enero del 2009 a las 11h00, en el recurso de revisión deducido por Francisco Rosales Ramos y otro, en el caso Banco Popular, cuyo fallo suscriben los doctores Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta y Luis Moyano Alarcón, en base del dictamen formulado por la propia ficalía y suscrito por el delegado del Fiscal General del Estado del peculado Bancario y que consta en el proceso antes mencionado. Tanto el Art. 24 numeral 1 de la Constitución de 1998, como el Art. 76 numeral 3 de la Constitución del 2008 establecen que nadie puede ser juzgado por acto u omisión que no esté previsto como infracción, y consagran el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley existente al tiempo de los hechos que se imputan

Trece mil novecientos cuarenta y siete
-33-
treinta y tres



como infracción. Esta garantía que reconoce el **principio de legalidad o de tipicidad** y de un **derecho penal de acto** se encuentra igualmente reconocida en el Art. 2 del Código Penal y Art. 2 del Código de Procedimiento Penal del 2000 aplicables al caso, es decir que no se les puede juzgar como delito de peculado bancario porque este entro en vigor con posterioridad a la comisión del ilícito penal que se está juzgando. Además, de todo lo dicho, hay constancia procesal que justifica que los sindicatos han abusado de fondos públicos, creando para ello compañías fantasmas para beneficiarse de manera personal y a terceros.-

DECIMO PRIMERO.- ANALISIS DE LA CONDUCTA DE LOS SINDICADOS DANIEL RODRIGUEZ GALARZA, GLORIA MAGDALENA AVILA AGUILAR, MARÍA DEL CARMEN MORLA, BOANERGUES PEREIRA ESPINOZA Y TYRONE CASTRO CASTRO:

11.1. En cuanto a la conducta de los sindicatos BOANERGUES PEREIRA ESPINOZA Y TYRONE CASTRO, cabe hacer el siguiente análisis: El derecho se invoca, no se prueba Que los CDRs eran y son documentos libremente negociables, inclusive por los bancos, de acuerdo con el Decreto Ejecutivo No. 685 del 11 de marzo de 1999, que los creó, y el artículo 8 del Código Civil. En el caso de los bancos, además, por el artículo 51, literal j) de la Ley General de Instituciones Financieras. c) Que Filanbanco nunca estuvo en "saneamiento"..... d) Que hasta que Filanbanco pasó a liquidación, independientemente de que su único accionista haya sido la Agencia de Garantía de Depósitos AGD, era un banco PRIVADO, sujeto al derecho privado, como así lo ratificó reiteradamente el Procurador General del Estado en opiniones vinculantes, de las cuales apenas dos se han agregado a los autos. El mismo criterio referido a Filanbanco mantuvo el Intendente Jurídico de la Superintendencia de Bancos, a Octubre de 1999, época en la que se realizó la negociación de CDRs que distorsionada y



tendenciosamente se refiere en la denuncia, entre miles de operaciones similares que no han sido cuestionadas por nadie, en ningún momento. e) Que el Decreto No. 1492 de Octubre del 2000, no prohíbe la negociación de CDRs, como equivocadamente sostiene el dictamen fiscal, porque era y sigue siendo libre. Por el contrario, el artículo 8 del Decreto No. 685 de Marzo 11 de 1999, ya “obligaba” a los bancos a recibir CDRs por el pago de deudas. **Que se quiera distorsionar y confundir la libre negociación de esos títulos valores con la obligación de recibirlos, o lo que es más grave, con la inexistente prohibición de negociarlos, es audaz y atrevido a este nivel jurisdiccional.** En el caso en cuestión, **los CDRs materia de esta negociación fueron, además, entregados por el banco a su mismo valor nominal, con lo cual no se dio el más mínimo perjuicio económico por ese hecho.** La legislación derivada del congelamiento bancario y que consta del Decreto 685 del 11 de marzo de 1999, en relación con el Decreto 1226, publicado en el Registro Oficial 270 del 6 de septiembre de 1999, en el artículo uno determina que cualquier persona que mantenga créditos con instituciones financieras que se encuentren en reestructuración o saneamiento podrán cancelar la totalidad o parte del capital de tales operaciones con certificados de depósito reprogramados; necesario flexibilizar y modificar las normas del referido decreto 685 del 11 de marzo de 1999. El Decreto de la referencia en el artículo 1 agrega que los certificados deberían ser obligatoriamente recibidos para cancelar la totalidad o parte del capital de las obligaciones por vencer o vencidas. No se establece obligación de ser recibidos sino para cancelar créditos vencidos o por vencer, pero esto no quiere decir que no se los pueda negociar sea por el convenio de las partes, pues no existe ni existió prohibición alguna, entendido que la ley manda, prohíbe o permite. Lo manifestado esta ratificado en el artículo 3° del referido decreto que permitió la libre negociación al valor libremente acordado entre las partes cuando señalaba: “Art. 3.- Cuando los certificados de depósitos no se encuentren cubiertos por la garantía de depósitos, las instituciones financieras .. tendrán la opción de recibir

Trece mil novecientos cuarenta y

ocho

-34-

benf y castro



los certificados de depósito de otra institución, al valor libremente acordado entre las partes, para cancelar la totalidad o parte del capital de las obligaciones por vencer y vencidas...” y en el artículo 5, el mismo decreto agregó que los bancos podrán pagar sus obligaciones con la Corporación Financiera Nacional, así como adquirir activos de bancos que se encuentren bajo el procedimiento de saneamiento a puertas cerradas., mediante la entrega de certificados de depósitos reprogramados. Finalmente, en el artículo 7 se estableció que, el Superintendente de Bancos, previa solicitud de la institución financiera podrá autorizar que la negociación de certificados de depósitos reprogramados sea facultativa y en el artículo 9 expresamente dijo “se faculta al Superintendente de Bancos para que mediante resolución emita las normas complementarias para la aplicación de este decreto”. De lo manifestado deviene de manera irrefragable que se inició un juicio en contra de estos sindicatos que jamás debió existir, con el único propósito de causar daño aún a costa de su propia libertad, de los procesados. Cabe destacar que el peculado es un delito de daño, para su comisión es imprescindible que los bienes y efectos públicos salgan del patrimonio del Estado e ingresen en el del funcionario como lo bien sosteniendo la jurisprudencia nacional y la doctrina mayoritaria, pero en el presente caso como se ha señalado anteriormente con la negociación de los CDRs, no se causo ninguna lesión al patrimonio estatal. Por otra parte, cabe recalcar que el tipo penal del peculado es una figura delictual dolosa, pues nuestra legislación no establece la modalidad de culposo que si existe en otras legislaciones referidas a la malversación, que exige el abuso de los recursos públicos y privados, por ejemplo los captados del público, para disponer arbitrariamente de ellos sea en beneficio propio o de un tercero, esto es, con el correlativo perjuicio a la entidad de derecho público, como lo determina el tipo penal y que constituye el bien jurídico protegido en la figura del peculado, por lo que en el presente enjuiciamiento se han quebrantado normas legales y constitucionales que estuvieron vigentes a la fecha en que ocurrieron los supuestos hechos, como es el Art. 24.14 de la Constitución Política de 1998 y que

se encuentra ratificado en la actual Constitución de la República, de manera concreta la disposición contenida en el 76, numeral 7, literal l), pues tanto la Fiscalía General como el Ex – Presidente de la Corte sin mayores elementos de convicción y en evidente ánimo de persecución penal (político), exhibió una motivación insuficiente, y sobre todo, impertinente al tratamiento jurídico que debía aplicarse a los hechos y conductas en juzgamiento, y no adecuada a la real y auténtica temática ideológica que informa la tesis y presupuestos del tipo penal del peculado. Es pertinente dejar consignado que es obligación de los operadores de justicia en cualquier grado que este sea motivar sus resoluciones, lo que en el caso sub judice no acontece, pues tanto la Fiscalía al formular su acusación y solicitar también la orden de prisión en contra de los imputados, como el Ex – Presidente de la Corte Suprema al acoger las solicitudes violaron el principio de motivación contemplado en la ley y Constitución de la República y que de acuerdo con la doctrina mayoritaria consiste en: “la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de determinada conclusión jurídica”, según lo señala Fernando Díaz Cantón, citado por Julio B. Maier.

11.2. En lo relacionado con el accionar de los sindicados DANIEL RODRIGUEZ GALARZA, GLORIA MAGDALENA AVILA AGUILAR Y MARÍA DEL CARMEN MORLA, su actuar no se subsume en el tipo penal previsto en el Art. 257 del Código Penal, ya que estos no tenían el dominio del hecho y no se les puede atribuir ningún juicio de reproche porque con su actuar no lesionaron ningún bien jurídico tutelado por el derecho penal.-

DECIMO SEGUNDO.- RESOLUCIÓN:

Un requisito para la procedencia y validez de la sentencia de condena, es que en la misma se haga una valoración analítica y crítica de la acusación fiscal pues lo

Trece mil novecientos cuarenta y nueve
-35-
De. Info y unco



contrario sería convertir a la judicatura en dependiente de la fiscalía. La ley exige que la acusación fiscal entregue los resultados de su actividad como titular de la investigación a cuyo cargo recae la carga de la prueba o el *onus probandi*, los mismos que deben estar referidos a las finalidades de dicha etapa que se contraen a determinar la existencia jurídica del delito, así como la intervención de los acusados en el delito que es objeto del proceso. El juez no puede limitarse a hacer una mera descripción de los actos procesales practicados en la etapa del juicio, como ocurre en más de una ocasión, con grave quebranto del derecho a la defensa, pues corresponde al juzgador evaluar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En esta etapa del proceso penal, el juzgador que es además juez de garantías penales de acuerdo con la Constitución de 2008, debe analizar la prueba de manera prolija, es decir, de manera cuidadosa y esmerada, para concluir si la etapa del juicio cumple o no con las finalidades que prevé la ley procesal penal. Solamente la certeza y lejos de cualquier duda razonable, hace viable y legítima una sentencia condenatoria, fuera de esta posibilidad, la única opción coherente con la vigencia plena de un Estado de Derecho, es la absolución. En el presente caso, lo que si se encuentra probado es que los administradores de Filanbanco S.A. tenían la obligación de presentar un balance con sus respectivos anexos que refleje la situación financiera del banco, con corte al 2 de diciembre de 1998, y como se manifiesta en el auto de llamamiento a plenario: “esta disposición no fue cumplida por los administradores de Filanbanco.” Igualmente se encuentra probado en el proceso que la administración de Filanbanco ha llevado una contabilidad irregular, que podría calificarse de ilegal, lo cual se advierte del Informe de Auditoría Externa de Price Waterhouse Coopers, que consta en el oficio remitido al Ec. Miguel Dávila Castillo, de 15 de enero de 1999. Que igualmente se encuentra probado en autos que los procesados ROBERTO ISAIAS DASSUM Y WILIANIS ISAIAS DASSUN, Presidente Y Vicepresidente del Directorio de Filanbanco, JUAN FRANCO PORRAS Gerente General y Representante Legal de Filanbanco S.A., GASTÓN GARCÍA

GONZÁLEZ Auditor Interno de Filanbanco S.A., y LEONARDO NAVAS BANCHÓN Contador General de Filanbanco S.A., tipos penales medios, para sussumir su conducta en el tipo penal fin que es el peculado en general, por lo tanto, adecuaron su conducta como autores a las hipótesis típicas que prevé el artículo 257 del Código Penal, esto es, peculado y en calidad de cómplices los señores JORGE EGAS PEÑA y LUIS JÁCOME HIDALGO. En base de las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelvo, en mérito de la prueba actuada, la misma que ha sido analizada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, declarar la culpabilidad en calidad de **AUTORES** responsables del delito de peculado previsto y sancionado en el Art. 257 del Código Penal a: **ROBERTO ISAIAS DASSUM, WILLIAM ISAÍAS DASSUM, JUAN FRANCO PORRAS, GASTÓN GARCÍA GONZÁLEZ, LEONARDO NAVAS BANCHÓN, ANTONIO ARENAS C.**, cuya edad y generales de ley obran del proceso, a quienes se condena a la pena de **OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA**, sin atenuantes que considerar por la alarma social que ha causado el delito cometido por los encartados. En cuanto a los sindicados **JORGE EGAS PEÑA Y LUIS JÁCOME HIDALGO**, de lo analizado se desprenden que han colaborado en forma indirecta y secundaria en la consumación del delito, por lo que su grado de participación en el delito de peculado, es el de **CÓMPLICES**, en consecuencia se les impone la pena de **TRES AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA**. Con costas, daños y perjuicios. Todos los sentenciados quedan en interdicción, mientras dure la condena; así como, se suspenden sus derechos de ciudadanía, por el mismo tiempo. Por tanto, gírese las correspondientes Boletas Constitucionales de Encarcelamiento y ofíciase al señor Comandante General de la Policía Nacional, así como al señor Jefe Nacional de la Policía Judicial, a fin de que procedan a su localización y captura. En relación a los sindicados: **BOANERGUES PEREIRA ESPINOZA, DANIEL RODRIGUEZ GALARZA,**

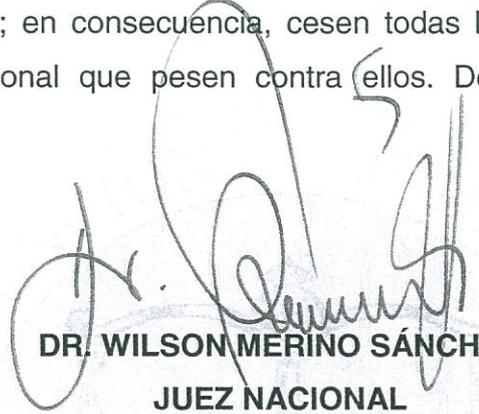
- 13.950 -
Trece mil novecientos cincuenta

-36-

treinta y seis

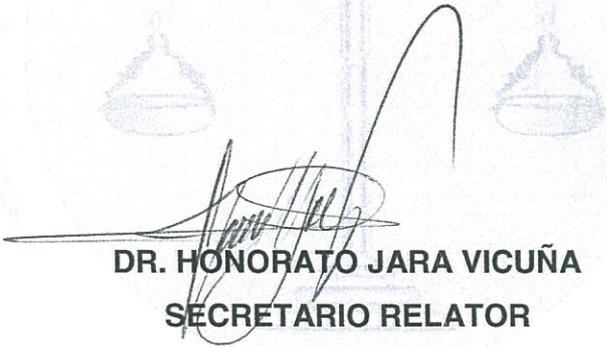


GLORIA MAGDALENA AVILA AGUILAR, MARÍA DEL CARMEN MORLA Y TYRONE CASTRO CASTRO, por no haberse comprobado que los mismos hayan adecuado su conducta al tipo penal por el cual se dicta la presente sentencia, se ratifica su estado de inocencia, **ABSOLVIÉNDOLOS** de los cargos que en su contra se formularon; en consecuencia, cesen todas las medidas cautelares de carácter real y personal que pesen contra ellos. Dese lectura, notifíquese y cúmplase.-



DR. WILSON MERINO SÁNCHEZ
JUEZ NACIONAL

CERTIFICO:



DR. HONORATO JARA VICUÑA
SECRETARIO RELATOR

RECURSO DE NULIDAD**DELITO DE PECULADO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR,
PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-** Quito, 9 de agosto de 2013.- Las 10h00.--37-
treinta y siete

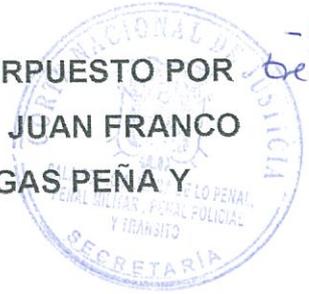
VISTOS: Agréguese al proceso los anexos y escrito presentado por Oscar Fabián Ayala Espinosa, en calidad de mandatario del señor Iván Ernesto Ayala Espinosa. Teniéndose en cuenta la solicitud contenida en el escrito, una vez revisada minuciosamente la documentación adjunta en relación a las piezas procesales pertinentes, ésta será proveída. En lo principal, cumplida la etapa del plenario, con fecha 10 de abril de 2012, a las 11h30, el doctor Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional de la Sala especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, declara la culpabilidad en calidad de autores del delito de peculado tipificado y sancionado por el artículo 257 del Código Penal, de los señores Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum, Juan Franco Porras, Gastón García González, Leonardo Navas Banchón y Antonio Arenas Contreras, condenándolos a cumplir la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria; mientras que a Jorge Egas Peña y Luis Jácome Hidalgo se les impone la pena de tres años de reclusión mayor ordinaria por considerarlos cómplices del delito de peculado. Los sentenciados Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum, Juan Franco Porras, Leonardo Navas Banchón, Antonio Arenas Contreras y Jorge Egas Peña interponen recurso de nulidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 360 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 1983, vigente en el momento de los hechos.

El recurso de nulidad ha sido aceptado y sustanciado conforme a derecho; y siendo el momento para resolver de conformidad con el artículo 369 ibídem, para hacerlo se considera:

JURISDICCión Y COMPETENCIA

La Disposición Transitoria Segunda del Código de Procedimiento Penal publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 360 de 13 de enero del 2000, establece: *Los procesos que actualmente se encuentren en trámite continuarán sustanciándose conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal vigente al tiempo de su inicio, y hasta su conclusión.*” Para el juzgamiento de funcionarios que por mandato de la ley gozan de fuero, se sustanciará la causa de acuerdo a lo establecido en el artículo 404 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 1983 (en adelante simplemente CPP1983). La competencia de la Sala especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República y 186.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, además de especificar los asuntos que le competen a la misma, establece que el conocimiento se extenderá a los demás asuntos que establezca la ley. Los hechos que motivan la presente causa, tuvieron lugar en el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, razón por la que este proceso ha venido sustanciándose en base a las normas adjetivas contenidas en el Código de Procedimiento Penal de 1983, en estricto cumplimiento a la Disposición Transitoria Segunda del Código de Procedimiento Penal del 2000. Habiéndose realizado el sorteo de ley; y, por consiguiente, designado este Tribunal conforme lo estipulado en el artículo 196 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, al juez ponente, de conformidad con los artículos 185 inciso segundo de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, este Tribunal conformado por la doctora Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional; Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Juez Nacional; y, Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Juez Nacional Ponente; es competente para conocer y resolver el recurso de nulidad planteado.

**FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR
ROBERTO ISAÍAS DASSUM, WILLIAM ISAÍAS DASSUM, JUAN FRANCO
PORRAS, LEONARDO NAVAS BANCHÓN, JORGE EGAS PEÑA Y
ANTONIO ARENAS CONTRERAS**



ROBERTO ISAÍAS DASSUM.-

1. SENTENCIA PRONUNCIADA POR UN JUEZ UNIPERSONAL SIN JURISDICCIÓN (numerales 1, 5 y 7 del artículo 360 CPP1983): Manifiesta el recurrente en su fundamentación, que no existen jueces unipersonales en el Código Orgánico de la Función Judicial y Constitución de la República 2008. Que los jueces nacionales fueron posesionados el 27 de enero de 2012. El Juez Nacional no puede ser considerado como un órgano jurisdiccional personal porque dicha figura no existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Carece de jurisdicción y competencia, en virtud de que la Sala especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia actúa en forma colegiada, es decir, mediante la conformación de tribunales en arreglo a lo establecido en el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial. Que se vulnera el principio del juez o tribunal competente, independiente e imparcial y establecido con anterioridad por la ley, transgrediendo de esta forma el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José.
2. NO HUBO AUDIENCIA ANTE TRIBUNAL (artículo 360 numeral 6 CPP1983; "Cuando en la sustanciación de la audiencia del Tribunal Penal se hubiera violado el procedimiento previsto en este Código"): La Superintendencia de Bancos y Seguros actuó en la audiencia pese a no ser parte. Que en la audiencia el procesado es el último en tomar la

palabra, posteriormente a que la Fiscalía realice la acusación, situación que se invirtió en el presente caso. Que no se notificó en ningún momento la cinta magnetofónica de la audiencia, que presuntamente la intención del juzgador fue ocultar la prueba de la nulidad por violación del trámite en la audiencia. Que la gran parte de la prueba presentada por su defensa fue rechazada en la instancia inmediata anterior. Mientras que en la prueba 42 se receptaron dos testimonios de Luis Penna Godino (fs. 14275) y Carlos Sánchez Gaete (fs. 14216) quienes declararon que estuvieron presentes en la audiencia de estrados, que los abogados defensores intervinieron previamente al Fiscal General; y, que intervinieron en la audiencia abogados de la Superintendencia de Bancos.

3. CUANDO LA SENTENCIA NO REUNA LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN LA LEY (artículo 360 numeral 9 CPP1983): El artículo 333 numeral 2 del CPP1983, establece los datos personales de los procesados que deben hacerse constar como parte del fallo. En la sentencia venida en grado, el juzgador hace referencia únicamente a los nombres y apellidos, sin tomar en cuenta los generales que por ley deben ser parte de la sentencia. Que al momento tiene 67 años por ende hay prohibición legal expresa para imponerle pena de reclusión que constan en la prueba 86 cédula de ciudadanía y la tarjeta índice a fs. 16579 de la que se desprende que nació en el año de 1944. La nulidad es automática de conformidad con el artículo 360 numeral 9 del CPP1983. Afirma que siendo adulto mayor no se le puede imponer pena de reclusión de conformidad con el artículo 57 del Código Penal. Las atenuantes contenidas en el artículo 29 numerales 2 y 7 del Código Penal no han sido aplicadas pese a que se justificó con los antecedentes penales y con la cédula y tarjeta índice, respectivamente, que estas dos circunstancias eran perfectamente aplicables.



4. FALTA DE MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA (artículo 76, numeral 7 literal I) de la Constitución de la República): No contienen la especificación de las conductas individuales de los procesados ni la confrontación clara con las pruebas de cargo. Los atenuantes no fueron considerados por la alarma social que causó este juicio, pero no se compensaron con las atenuantes a las que se hace referencia. La alarma social invocada en forma genérica, no especifica una de las causales contenidas en el artículo 30 del Código Penal, por lo que por sí sola no constituye agravante. Que existe una evidente insuficiencia constitucional por falta de aplicación de los artículos 11 numeral 3, 425 y 426 de la Constitución de la República.

5. FALTA DE APLICACIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: Manifiesta el recurrente que en la sentencia venida en grado no hay una determinación específica de la violación y falta de aplicación de los preceptos constitucionales solo se refiere a todo el proceso en general por falta de aplicación del principio dispositivo, organización y funcionamiento de la Función Judicial, seguridad jurídica, deber de acatar y cumplir la Constitución, efecto de irradiación constitucional, debido proceso (juzgamiento ante juez o autoridad competente), prohibición de ser juzgado ante tribunales de excepción, deber más alto del Estado de cumplir y hacer cumplir la Constitución, supremacía normativa constitucional, inaplicación directa e inmediata de las normas constitucionales.

6. EN LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO SE VIOLÓ LA LEY (artículo 360 numeral 10 CPP1983): El proceso es nulo por cuanto no cuenta con el informe vinculante de la Contraloría General del Estado que el legislador desde el año de 1977 con la promulgación de la Ley Orgánica

de Administración Financiera y Control (en adelante simplemente "LOAFYC"), requería como requisito de procedibilidad el informe elaborado por la Contraloría General del Estado que determine graves indicios de responsabilidad penal, como requisito indispensable previo a iniciar cualquier proceso judicial por peculado o enriquecimiento ilícito.

7. INCONGRUENCIA ENTRE LA ACUSACIÓN FISCAL Y LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE LLAMAMIENTO A PLENARIO: Fundamentalmente, manifiesta que se llama a juicio plenario por un delito que al momento de la comisión de la presente infracción no existía en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es decir, el peculado bancario que formo parte de las reformas al Código Penal de mayo de 1999. El llamamiento a juicio se lo hizo por el peculado bancario, mientras que el doctor Wilson Merino Sánchez, en la sentencia ad-quem cambió el delito y juzgó por peculado en general.
8. PRESENCIA DEL INDICIADO EN LA ETAPA DE PLENARIO: Que es indispensable la presencia del indiciado en la etapa del plenario, de conformidad con los artículos 254 y 255 del CPP 1983. Que la Carta Magna de 1998 y la Constitución de la Republica de 2008, contienen en sus artículos 121 y 233, respectivamente, disposiciones que permiten seguir el enjuiciamiento en delitos como el de peculado, con la salvedad de que los mismos se encuentran restringidos exclusivamente para servidoras y servidores públicos.

WILLIAM ISAÍAS DASSUM.-

1. Que el artículo 11 de la resolución sustitutiva sobre la conformación de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre de 2008 y publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009, hace referencia a



-346-
treinta y
cuarenta y

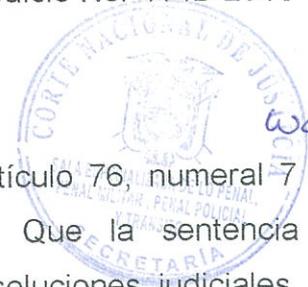
seis
-40-
cuarenta

aquellas Salas cuyos tribunales pueden ser completados en caso de falta definitiva de uno de sus integrantes, la facultad para llenar esa vacante la tiene el Presidente pero no el regente de la Corte Nacional de Justicia, sino el presidente de la Sala de lo Penal. La decisión tomada por este tribunal presuntamente elegidos de forma ilegal, la basaron en la figura de la inexistencia y finalmente resolvieron declarando un auto ejecutoriado por la ley como inexistente. Con estos antecedentes, afirma el recurrente que se evidencia flagrante violación del derecho a no ser juzgado por un tribunal de excepción, contenido en el artículo 76 numeral 7 letra k) de la Constitución de la Republica. Se esta juzgando en base al sistema inquisitivo y no al actual sistema acusatorio.

2. Falta de individualización de la acusación considerando que el acusado debe conocer con exactitud los cargos penales por los que se lo va a procesar, es decir, sin dicho conocimiento se ve impuesto a tomar una decisión entre defenderse de todo o no defenderse de nada. No hay una imputación objetiva de una de las conductas establecidas dentro del tipo penal por el que lo acusa, sin determinación de tiempo y espacio en el que fue cometido el ilícito. Que en todos los actos procesales hay una omisión en cuanto a determinar cuales fueron las acciones dolosas, por lo que considera que se le ha venido aplicando el derecho penal de autor en cuanto ha sido juzgado por lo que representa y no por los actos presuntamente cometidos.
3. FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ O TRIBUNAL PENAL (numerales 1, 5 y 7 del artículo 360 CPP1983): La facultad contenida en los artículos 404 y siguientes del CPP 1983, determina que el juez competente para sustanciar y resolver el proceso plenario era el Presidente de la Corte Nacional de Justicia y que en cuanto entraron en vigencia la Constitución de la Republica y el Código Orgánico de la Función Judicial perdía la

competencia el Presidente para conocer en materia penal, peor aun tenia competencia el doctor Wilson Merino Sánchez, Juez de la Sala especializada de lo penal, para conocer y resolver la etapa plenaria. La designación del Juez Merino no es procedente ya que no se podía tomar en cuenta la resolución a la que hace referencia la misma que correspondía al periodo de transición y menos aun si ya estaba vigente el Código Orgánico de la Función Judicial que no contempla la existencia de jueces unipersonales; y, de conformidad con su disposición transitoria segunda todas las normas de competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia quedaban derogadas por este cuerpo normativo. Manifiesta el recurrente que el doctor Merino reconoce en el considerando primero de la sentencia venida en grado, que las cuestiones de competencia se encuentran supeditadas al Código Orgánico de la Función Judicial.

4. VIOLACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN LA SUSTANCIACIÓN DE LA AUDIENCIA DEL TRIBUNAL (artículo 360 numeral 6 CPP1983; "Cuando en la sustanciación de la audiencia del Tribunal Penal se hubiera violado el procedimiento previsto en este Código"): Manifiesta el recurrente, que no hubo audiencia de juzgamiento en el presente proceso. La audiencia oral, publica y contradictoria debía ser concedida, como bien solicitaron los procesados casi en su mayoría, en aplicación del principio que contempla que las normas de procedimiento penal posteriores y favorables a la situación del reo deben ser aplicadas al caso concreto, situación que no se dió en la presente causa. Que por si fuera poco, en la audiencia en estrados, el juzgador venido en grado permitió intervenir exclusivamente a los procesados que habían solicitado la celebración de la audiencia. Finalmente, fueron los procesados los primeros en intervenir dejando para el final la argumentación de la Fiscalía General del Estado, en flagrante violación a las normas del debido proceso.



5. FALTA DE MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA (artículo 76, numeral 7 literal I) de la Constitución de la República): Que la sentencia compromete el principio de motivación de las resoluciones judiciales, derecho fundamental y garantía básica del debido proceso, en virtud de que en la misma se evidencian incoherencias argumentativas, vacíos de contenido real y jurídico; y, conclusión jurídica que no se ajusta a la realidad procesal, por lo que considera que la misma es inepta e ineficaz. Que incumple con los requisitos contenidos en el artículo 333 numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Código de Procedimiento Penal de 1983. Que en la parte resolutive de la sentencia dictada por el inferior se incumplen los requisitos sobre generales de ley establecidos en el artículo 333 numeral 2 del CPP1983; y, que siendo una persona que está próxima a cumplir 70 años su pena no podría ser de reclusión de acuerdo a lo establecido en el artículo 57 del Código Penal. La materialidad del delito no ha podido ser demostrada en vista de que no existen pruebas que justifiquen la comisión del delito. Que en su calidad de Vicepresidente de la Regional Quito de Filanbanco S.A., nunca fue cuestionada su gestión y operaciones realizadas a cargo de dicha delegación. La imputación del delito de peculado mayor no ha podido ser demostrada ni la existencia de delito ni la participación de los procesados en el mismo. Que durante el proceso han sido juzgados por tres delitos distintos en momentos procesales distintos estos son: falsedad de balances, peculado bancario y peculado mayor. Que es nula la sentencia del juez ad quem, porque al juzgarlos por peculado mayor se viola el derecho a la defensa en vista de que durante el proceso los indiciados nunca tuvieron la oportunidad de defenderse por dicha imputación. No hay referencia de individualización del grado de participación del procesado, que sea subsumible a las conductas tipificadas en el delito de peculado mayor, en flagrante violación al artículo 333 numeral 5 del CPP1983. La motivación ha sido

insuficiente incluso al momento de determinar la corriente en la que va a fundamentar su fallo el juez ad quem, tomando conceptos e incorporaciones tanto de la teoría finalista cuanto de la teoría causalista, por lo que considera que es un análisis jurídico vacío. El dolo no se presume, debe probarse. No hay análisis sobre los fundamentos de derecho presentados por los procesados en la sentencia.

6. VIOLACIÓN DEL TRÁMITE PREVISTO EN LA LEY (artículo 360 numeral 10 CPP1983): El juzgamiento con un sistema inquisitivo inconstitucional, cuando la Constitución de la República reconoce el sistema acusatorio oral. Que han sido juzgados por un juez unipersonal que ignoró la necesidad de audiencia de juicio en el presente proceso. El sistema acusatorio tienen como pilar la acusación del Fiscal para el inicio del juicio, resumido en el principio de si no hay acusación no hay juicio. El juez en el sistema acusatorio es un tercero imparcial sobre la acusación del fiscal y los argumentos empleados por los procesados. No podían ser procesados por el delito de peculado bancario en vista de que este estuvo vigente desde el 13 de mayo de 1999, es decir, posterior a la comisión de la presunta infracción. Que no se podía realizar el juzgamiento en ausencia en desmedro del Pacto de San José de Costa Rica y los artículos 254 y 255 del CPP1983. Que el principio "no reformatio in pejus" no les fue aplicado en vista de que a pesar de que se les juzgó por el delito de peculado bancario, el juez ad quem empeoró la situación acusando y sentenciando por el delito de peculado mayor. Que no se ordenó la elaboración del Informe de Contraloría General del Estado, siendo este un requisito de procedibilidad en el que se señala indicios de responsabilidad penal, nunca se cumplió dentro del presente proceso, de conformidad con lo establecido por el artículo 212 numeral 2 de la Constitución de la República; así como, en el artículo 212 de la Constitución de 1998. Debe ser anulado íntegramente el proceso, en

vista de que al momento de dictarse el auto cabeza de proceso estaba vigente la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, que ya reconocía como atribución exclusiva de la Contraloría y como requisito de procedibilidad para delitos de peculado.

-42-
cuarenta y dos

JUAN FRANCO PORRAS.-

1. Que se han infringido las garantías del debido proceso consagradas en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República. Se ha incurrido en los vicios señalados en las causales 1, 5, 6, 7 y 10 del Código de Procedimiento Penal de 1983.
2. FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ UNIPERSONAL (artículo 360 numeral 1 CPP1983): Que el doctor Wilson Merino Sánchez avoca conocimiento de la causa para sustanciar la etapa del plenario, fundamentando su intervención en el artículo 192 numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial. Que no hay ninguna norma legal que faculte a conocer y resolver en la etapa de plenario al Juez Merino y Conjuez Granda. Manifiesta que el juez que debió conocer el proceso según las reglas del CPP1983 era el Presidente de la Corte Nacional. En el caso de aplicar el Código Orgánico de la Función Judicial un Tribunal de la Sala especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia debía resolver la etapa de plenario.
3. TRIBUNAL INTEGRADO DE FORMA ILEGAL (artículo 360 numeral 5 CPP1983): De conformidad con el artículo 192.3 del Código Orgánico de la Función Judicial para el juzgamiento de procesos con las características de esta causa, se debía conformar un tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Que de acuerdo a lo

establecido en la Disposición transitoria segunda del Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces nacionales posesionados el 26 de enero de 2012, en lo relativo a competencia y funcionamiento debían aplicar las normas del cuerpo normativo en referencia. Que no sólo que no se conforó el tribunal, sino que actuó un juez unipersonal que carecía de competencia.

4. SUSTANCIACIÓN DE AUDIENCIA VIOLATORIA DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY (artículo 360 numeral 6 CPP1983; "Cuando en la sustanciación de la audiencia del Tribunal Penal se hubiera violado el procedimiento previsto en este Código"): Que el artículo 168.6 de la Constitución de la República dispone que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral. La Disposición transitoria primera del Código de Procedimiento Penal vigente, contempla que los juicios que iniciaron con el CPP1983 debían seguir tramitándose bajo ese cuerpo normativo, sin perjuicio de acatar en su tramitación las normas del debido proceso establecidas en la Constitución de la República. Que nunca se realizó la audiencia de juzgamiento, se sustanció mediante procedimiento escrito, gran número de pruebas inadmitidas, el Fiscal en la audiencia en estrados intervino al final con su acusación atentando al derecho de conocer y desvirtuar dichas acusaciones. Que el hecho de no haber celebrado la audiencia de juzgamiento es suficiente para la que sea declarada la nulidad.

5. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO EN VIOLACIÓN AL TRÁMITE ESTABLECIDO EN LA LEY (artículo 360 numeral 10 CPP1983): Que no existe en el proceso el Informe sobre indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado. Que el auto de reforma del auto de llamamiento a plenario dictado por los Conjuces permanentes

de la Sala de lo Penal doctores Mazzini, Rojas y Salazar, se encontraba ejecutoriada el mismo día en que se expidió, es decir, el 15 de enero de 2009, por disposición expresa de los artículos 291, 292 y 293 del Código de Procedimiento Civil, supletorio en materia penal de conformidad con el artículo 453 del CPP1983; y, que se lo expidió en estricto cumplimiento del principio de congruencia, en este caso entre la acusación fiscal y el llamamiento a plenario. Que la Procuraduría y Fiscalía General del Estado solicitaron con fecha 15 de enero de 2009, pedidos de revocatoria que se encontraban en desmedro de las normas procesales civiles referidas. El 6 de mayo fueron posesionados los conjuces ocasionales Gerardo Morales, Jaime Santos y Gustavo Durango Vela, entonces se designó un tribunal de excepción fuera de las atribuciones constitucionales y legales que le corresponden al ex - Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Que este Tribunal con fecha 17 de mayo de 2010 declaró inexistente el auto dictado el 15 de enero de 2010; y, vigente el auto de apertura de la etapa de plenario dictado el 12 de mayo de 2009. Que se les juzgó en ausencia en desmedro del artículo 254 y 255 del CPP1983, argumentando que en vista que nunca ha sido servidor público no le aplican las disposiciones constitucionales del artículo 121 Constitución de 1998 y artículo 233 de la Carta Fundamental vigente. Finalmente, que de conformidad con el artículo 192.3 del Código Orgánico de la Función Judicial se debía constituir un Tribunal para el juzgamiento en la etapa del plenario y no un juez unipersonal.

6. RECURSO DE NULIDAD EN CONTRA DE LA SENTENCIA: no reúne los requisitos señalados en el artículo 333 numerales 3, 4 y 5 del CPP1983, es decir, no se ha comprobado la existencia del delito, las pruebas que demuestran la responsabilidad de los procesados, no se individualizó la responsabilidad de cada uno de los sentenciados, no se aplicaron las atenuantes respectivas y específicas de cada uno, por lo

que incurre en la causal de nulidad 9 del artículo 360 íbidem. No se demostró que el procesado haya abusado en provecho propio o de terceros, de fondos públicos o privados, es decir, ha distraído tales fondos. Al no existir este elemento la sentencia es nula por falta de debida motivación. Que los fondos entregados por el Banco Central del Ecuador fueron destinados a cubrir las necesidades de liquidez de Filanbanco. Que las necesidades del Banco eran mayores a los valores entregados por el Banco Central del Ecuador y que el Banco pagó altas sumas de dinero por concepto de intereses y que no se incumplieron las regulaciones 001 y 008 emitidas por el Banco Central del Ecuador. Que con estos antecedentes, la resolución es absurda por contradictoria, ya que se baso en pruebas de descargo de los procesados, que según su criterio sugerían otras conclusiones. Finalmente, la sentencia carece de la motivación debida consagrada en el artículo 76. 7 literal 1) de la Constitución de la República. Que en el proceso no se analizó abundante prueba que demuestra la inocencia de los procesados. Que de las pruebas se desprende que los accionistas del banco entregaron bienes adicionales para cubrir las posibles pérdidas. Que no se calificó la peligrosidad de los condenados, ni circunstancias eximentes de responsabilidad, así como agravantes o atenuantes de la pena.

LEONARDO NAVAS BANCHÓN.-

1. (Artículo 360 numeral 10 CPP1983): El principio de legalidad es el muro de contención contra el abuso y arbitrariedad del poder punitivo del Estado. El delito de peculado bancario no figuraba en el catálogo penal ecuatoriano al momento de la infracción. Las pruebas aportadas al proceso durante la etapa de instrucción por parte del Juez, solamente amplían el ámbito de la investigación sin eficacia procesal de especie ninguna. Que se vulneró su derecho a la defensa, en vista de que nunca

pudo preparar su estrategia ya que el delito por el que lo llamaron a juicio ni siquiera existía en ese momento. Que de ninguna manera se individualizó el grado o calidad en la participación delictual para cumplir con el principio constitucional de proporcionalidad, como lo dijo el mismo juzgador ad-quem en el considerando séptimo de la sentencia recurrida. Que se incorporaron pruebas en el proceso luego de cerrado el sumario y que no formaron parte del auto cabeza de proceso, específicamente (No. 50 y 51) los informes de auditoría externa realizados por DELOITTE & TOUCHE y HOLLAND & KNIGHT LLP; y, los informes de auditoría interna. Que se concluyó del informe de la firma PRICE WATERHOUSE & COOPERS, que la administración de la filial de FILANBANCO S.A., ha llevado una contabilidad irregular y que puede calificarse de ilegal; y, que más bien esa firma manifiesta que no han sido contratados para realizar y no han efectuado una auditoría a los estados financieros ni del banco ni de sus subsidiarias, por lo que no están en condiciones de emitir conclusiones sobre dicho asunto. El juez de instrucción entonces utilizando estos informes dictó el auto de llamamiento a plenario. Que probó los asertos en referencia, mediante la experticia práctica por medio del pedido contenido en los numerales 1 y 2 del escrito de prueba, se revisó que durante el sumario no se incorporó al proceso ningún peritaje a cargo de las firmas auditoras internacionales previamente mencionadas, es decir, no consta en el proceso providencia alguna que mande a agregar al proceso las mentadas pericias.

2. (Artículo 360 numeral 9 CPP1983): Que no se ha determinado cuál fue la conducta delictiva, ámbito de participación en el caso concreto, forma de perpetración del delito; y, en qué momento tuvo el dominio del hecho para que se lo haya sentenciado como autor, no se especifica la cantidad de dinero que se le entregó para administrar o hacer uso específico ya que los contadores no son administradores ni cumplen actividades de

administradores. Que en su cargo de Contador no pudo ser responsable por la actividad propia del giro del negocio del banco y de constituir empresas, por lo que considera que jamás se pudo probar los caudales públicos o privados que le fueron confiados en custodia o administración en virtud de su cargo, como para que haya podido causar daño patrimonial al banco, es decir, subsumir su conducta en el delito de peculado en el grado de autor. Por estas consideraciones, afirma el recurrente que la sentencia no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 333 numerales 3, 4 y 5 del CPP1983. Que los estados financieros reflejaban la real situación económica, financiera y patrimonial del banco, los mismos que fueron presentados ante los entes de control correspondientes; y, que en el caso de que exista autorización o certificación algún balance falso o incompleto debía ser juzgado por el delito comprendido en el artículo 363.3 del Código Penal, como manda el artículo 12 de la Ley de Contadores en concordancia con el artículo 128 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Que en consecuencia queda demostrado que en su caso particular se está violando la garantía constitucional consagrada en el artículo 76.5 de la Constitución de la República, en virtud de que en conflicto de dos leyes que contengan sanciones se aplicará la menos rigurosa.

JORGE EGAS PEÑA.-

1. Que en el auto de llamamiento a plenario, los jueces no determinaron el grado de participación en que se los llamaba a juicio, de forma que vulneran el derecho a la defensa y a la seguridad jurídica contemplado en los artículos 76.7 y 82 de la Constitución de la República. Que esta acción resulta regresiva a su derecho a la defensa, tal y como lo contempla el artículo 11.8 inciso segundo de la Carta Magna.

2. Que para enjuiciar al Superintendente de Bancos era requisito pre procesal el informe pericial determinando la existencia material de la infracción, de conformidad con el artículo 174 de la Ley General de Instituciones Financieras, vigente en el momento de los hechos.

ANTONIO ARENAS CONTRERAS.-

1. Que la aplicación del Código de Procedimiento Penal de 1983 es inconstitucional, ya que la Carta Fundamental de 1998 puso en vigencia el sistema oral acusatorio, superando el anacrónico y atentatorio sistema inquisitivo que afectaba y afecta al debido proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 194 ibídem. Que está previsto en la Constitución que las disposiciones contrarias a sus normas, serán inconstitucionales, es decir, la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Función Judicial y la Disposición Transitoria Primera del Código de Procedimiento Penal contrarían el sistema oral acusatorio, el garantismo penal, la protección de derechos humanos y principios jurídicos que no ampara el caduco sistema inquisitivo de 1983. Que a sus iguales se los juzga bajo el sistema acusatorio que respeta los derechos humanos de las personas como más alto deber del Estado; y, a otros se les aplica el sistema inquisitivo, caduco e inconstitucional contenido en el CPP1983. Esta aplicación del sistema inquisitivo resulta regresiva en desmedro de lo consagrado tanto en el artículo 18 de la Constitución de 1998, así como en el artículo 11 numeral 3 de la Carta Magna actual. Que si bien se aplica el CPP1983, esa aplicación no puede desconocer o inaplicar los principios y derechos fundamentales previstos en la Norma Suprema del Estado ni los Tratados e Instrumentos Internacionales reconocidos y suscritos por el Ecuador en la materia.

2. Que no se cumplió con el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 212 de la Constitución de 1998, que consiste en el informe emitido por la Contraloría General del Estado en el que señalen indicios de responsabilidad penal. Que el pleno de la Corte Nacional de Justicia expidió la resolución de 12 de marzo de 2010 publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010, que en su primer artículo dispone que para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 y los innumerados agregados a continuación, del Código Penal, se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determinarán indicios de responsabilidad penal. Que debía aplicarse retroactivamente esta resolución, por ser más favorable a los procesados, es decir, se debe declarar la nulidad de todo lo actuado inclusive el auto cabeza de proceso. Que el ex - Presidente de la Corte Suprema de Justicia no podía conocer como juez de primera instancia de acuerdo a lo prescrito por el CPP 1983, sino que debía proceder conforme las reglas para jurisdicción y competencia contenidas en la Código Orgánico de la Función Judicial. Que se inaplicó la norma contenida en el artículo 254 del CPP 1983 que en ausencia de los sindicados una vez dictado el auto de llamamiento a plenario debía suspenderse la etapa de juicio. Que la oralidad no fue aplicada conforme lo dispone el artículo 168 de la Constitución de la República. Que la prueba debió actuarse en forma oral aplicando el sistema de audiencia oral, pública y contradictoria ante un Tribunal imparcial y no ante juez unipersonal.
3. Que el juez debe enmarcarse en la acusación fiscal, es decir, no puede cambiar el delito por el cual el Fiscal acusó en el dictamen en vista de que debe ser un tercero imparcial. Que la excitativa fiscal fue elaborada en base al artículo 128 de la Ley General de Instituciones del Sistema

Financiero, entonces el juez debía limitarse a juzgar en base a la acusación fiscal, violándose el artículo 194 de la Constitución de 1998.

4. TRIBUNAL ILEGALMENTE CONFORMADO (artículo 360 numeral 5 CPP1983): Que no especifica el grado de participación de los sindicatos de acuerdo a lo establecido en el artículo 253 inciso último del Código de Procedimiento Penal de 1983, por lo que el auto resulta nulo. Que los conjuces Mazzini, Rojas y Salazar reformaron el auto de llamamiento a plenario sujetándose a la acusación fiscal. Que el doctor José Vicente Troya, Presidente de la Corte Nacional de Justicia se arrojó funciones que no le correspondían a pretexto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la función judicial vigente a ese momento, actuando como juez de primera instancia en un caso de fuero avoco conocimiento y nombro a un tribunal de excepción que dejó sin efecto el auto de apertura del plenario dictado por los conjuces permanentes que se encontraba ejecutoriado ipso iure en vista de que sobre este no cabe ningún recurso. Se declaró el auto inexistente situación que no es posible en vista de que no existe en nuestra legislación dicha figura.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

PRIMERO: De la sentencia dictada por un juez unipersonal, presuntamente sin jurisdicción, establece el *artículo 360 numerales: "1.- Cuando el Juez o Tribunal Penal hubiese actuado sin competencia; 5.- Cuando el Tribunal Penal no se hubiera integrado en la forma legal"; y, "7.- Cuando no se ha notificado la reunión del Tribunal Penal en el plazo a que se refiere el Art. 271;"*. El artículo 5 del Código de Procedimiento Penal de 1983 (en adelante simplemente "CPP1983"), en su numeral 5 establece lo siguiente: *"5.- Cuando entre varios sindicatos de una infracción hubiera alguno que goce de fuero especial, el juez especial lo será de todos los sindicatos. Si entre varios*

sindicados de una misma infracción hubiera algunos que gocen de fueros especiales diversos, será competente el Juez especial de mayor jerarquía, con exclusión de cualquier otro Juez especial.”; en concordancia con la referida norma, el artículo 11 ibídem dispone: “El Presidente de la Corte Suprema y los presidentes de las cortes superiores serán jueces de instrucción en los casos de fuero que, de acuerdo con la Ley, les corresponda conocer.” Se desprende de la simple lectura de los artículos en referencia, en primer término, que si dentro de los sindicados en una infracción uno de estos goza de fuero especial será competente el juez de mayor jerarquía; y, que el Presidente de la Corte Nacional de Justicia será el facultado para sustanciar la instrucción. El artículo 13 numeral 2 de la derogada Ley Orgánica de la Función Judicial, vigente en el momento de los hechos, dentro de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, establece la facultad de conocer toda causa penal que se promueva contra autoridades taxativamente determinadas, entre ellas los superintendentes.

En cuanto la sustanciación propiamente dicha de la instrucción, dentro del título VI del CPP1983 dedicado a los procedimientos especiales, el artículo 404 establece lo siguiente: *“Cuando el Presidente de la Corte Suprema o el de una Corte Superior deba juzgar penalmente, en primera instancia, a funcionarios que por mandato de la Ley gozan de fuero, sustanciará la causa de acuerdo a lo establecido en este Código. El Presidente, una vez iniciado el proceso, podrá comisionar a cualquier Juez Penal o a cualquier Juez de Instrucción la organización del sumario.” (lo subrayado nos corresponde).* En el presente caso, las facultades jurisdiccionales del Presidente de la Corte Nacional de Justicia fueron suspendidas, consiguientemente, el doctor Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional de la Sala especializada de lo Penal, siendo competente en razón de materia y fuero asumió la competencia como juez

unipersonal previo al sorteo de ley.¹ Por su parte, el artículo 406 del mismo cuerpo normativo determina que si el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, ha llegado a comprobar conforme a derecho la existencia del delito y las presunciones graves de que el encausado es autor, cómplice o encubridor del mismo, debe expedir el auto de apertura del plenario correspondiente. Finalmente, el artículo 410 del CPP1983, prescribe: *“Con los alegatos o en rebeldía el Presidente dictará sentencia dentro del plazo de diez días.”* La disposición transitoria décima del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante simplemente “COFJ”) instituye: *“Todos los procesos que se hayan iniciado con anterioridad a la vigencia de este Código y que se hallaban en curso ante la Corte Suprema, cortes superiores, tribunales distritales de lo contencioso administrativo y fiscal, tribunales penales y demás juzgados de la Función Judicial, así como ante los tribunales penales y juzgados militares y policiales, pasarán, según corresponda, a conocimiento de la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales penales y juzgados competentes en razón de la materia. De haber varios tribunales o juzgados, la competencia se radicará por sorteo. Las causas continuarán sustanciándose en el punto en el que hubieran quedado, sin que en ningún caso este cambio sea motivo para declarar nulidad procesal alguna.”* (lo subrayado nos corresponde). Por su parte, la disposición transitoria décima tercera del COFJ establece: *“Que los procesos penales y colusorios que se encontraban en conocimiento del presidente de la Corte Suprema de Justicia o su subrogante, pasarán al juez o jueces correspondientes, luego del sorteo respectivo.”* Posteriormente, en lo referente a la ley aplicable al caso, el tercer inciso del mismo artículo decreta: *“Para conocimiento y resolución de los casos penales, se aplicará el Código de Procedimiento Penal que estuvo vigente a la época de inicio de la causa.”* (lo subrayado nos corresponde). De la misma manera, la disposición transitoria primera del Código de Procedimiento Penal vigente, contempla lo siguiente:

¹ Sentencia dictada por el Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional, 10 de abril de 2012, foja 13915.

“Los procesos, actuaciones y procedimientos de investigación que actualmente se encuentren en trámite, continuarán sustanciándose conforme a las reglas de procedimiento vigentes al tiempo de inicio y hasta su conclusión.” Se colige claramente de las citas que anteceden, que las causas iniciadas con anterioridad a la promulgación del COFJ continuarán sustanciándose en la judicatura que les corresponda en razón de la materia. Que los procesos penales en conocimiento del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, pasarán posterior al sorteo de ley, a conocimiento del juez o jueces correspondientes. Finalmente, que para el conocimiento y resolución de las causas penales, se aplicará la ley adjetiva penal vigente al momento de los hechos materia de las mismas.

Con estos antecedentes, la actuación del Dr. Wilson Merino, Juez Nacional de la Sala especializada de lo Penal, en el conocimiento y resolución de la etapa de plenario en el presente caso, ha sido apegada a derecho, en estricto cumplimiento de las disposiciones legales citadas.

SEGUNDO: *La alegación de que no hubo audiencia ante Tribunal, dispone el Art. 360 numeral “6.- Cuando en la sustanciación de la audiencia del Tribunal Penal se hubiera violado el procedimiento previsto en este Código”.* EL JUICIO SE APARTÓ DEL DICTÁMEN FISCAL: En cuanto a la excitativa fiscal presentada el 20 de noviembre de 2002, por la doctora Mariana Yépez, Ministra Fiscal General de la época; es criterio de los recurrentes y pretenden que dicho dictamen sea adoptado y asimilado de acuerdo a las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal vigente, el mismo que en su artículo 251 contempla uno de los principios fundamentales del sistema acusatorio que proclama que: *“Si no hay acusación Fiscal, no hay juicio.”* Adicionalmente, el artículo 25 contempla dentro de las atribuciones del Fiscal, contempla la facultad de dirigir la investigación pre procesal y procesal penal. Mientras que el CPP1983 aplicable al presente caso, en su artículo 21

prescribe: "El Ministerio Público, excitará a los respectivos jueces para que inicien los procesos penales por la comisión de delitos, fundamentando la excitación en la noticia que hubiesen recibido." No existe, por la naturaleza misma del sistema inquisitivo, la obligatoriedad de adoptar dicha decisión en la apertura del plenario. Es decir, el eje conductor en el sistema inquisitivo es el Juez. El artículo 272 del mismo cuerpo normativo textualmente prescribe: "Si el Fiscal que intervino en el sumario se hubiera abstenido de acusar, el Presidente nombrará otro para la sustanciación de la etapa de plenario." Se refiere al Presidente del Tribunal Penal en la etapa del plenario, es decir, en caso de que el Fiscal que intervino en el sumario se hubiese abstenido de acusar, dicha omisión será subsanada con el nombramiento de otro agente fiscal para sustanciar la etapa en referencia. Por lo tanto, el principio "sin acusación fiscal, no hay juicio", nace a partir del surgimiento del sistema acusatorio en el Ecuador, contenido en las normas adjetivas del Código de Procedimiento Penal publicado el 13 de enero del 2000, en el Suplemento del Registro Oficial No. 360.

En cuanto al desenvolvimiento y práctica de la audiencia en la etapa de plenario a cargo del doctor Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional; no se encuentran establecidas en las causales de nulidad del artículo 360 del CPP1983 y tampoco en el artículo 333 del mismo cuerpo de normas, que establece los requisitos a los que se ve supeditada la sentencia. El numeral 6 del artículo 360 establece que habrá lugar al recurso de nulidad: "Cuando en la sustanciación de la audiencia del Tribunal Penal se ha violado el procedimiento establecido en este Código;". Este tribunal ha constatado que en el cuadernillo correspondiente a la etapa de plenario, no se ha incorporado acta ni grabación magnetofónica de la audiencia en estrados que tuvo lugar el 10 de marzo de 2012 ante el doctor Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional; en cumplimiento a la disposición contenida en el artículo 1016 del Código de Procedimiento Civil.

Las excepciones planteadas por los procesados, relativas a la intervención de sujetos procesales presuntamente extraños al proceso, falta de notificación de la cinta magnetofónica, orden de intervención en la audiencia de juicio, rechazo de pruebas por parte del juzgador ad quem, intervención exclusiva de los procesados que solicitaron la práctica de la audiencia, que no se realizó conforme el principio de oralidad dispuesto en el artículo 168.6 de la Constitución de la República, que la prueba debió actuarse en forma oral; no son verificables en vista que de autos no se evidencia documento alguno que permita certificar las omisiones en la audiencia de estrados a la que los procesados hacen referencia. La audiencia oral, pública y contradictoria de juzgamiento a la que se refieren los recurrentes, no forma parte del procedimiento penal contemplado en el CPP1983.

El artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República, establece: “2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.” El auto de apertura del plenario contemplado en el artículo 253 del CPP1983, tiene la finalidad de comprobar la existencia del delito y las presunciones graves y fundadas en cuanto al grado de participación del sindicado, esto no implica el encuadramiento de la conducta del sindicado dentro de las formas de responsabilidad contenidas en el artículo 41 del Código Penal; lo contrario estaría adelantando un criterio que debe resolverse durante la etapa del plenario. El grado de participación de los procesados, que no es lo mismo que la responsabilidad en el cometimiento de la infracción, se encuentra bien establecido en el auto de llamamiento a juicio plenario, dictado el 19 de marzo de 2003, por el doctor Armando Bermeo Castillo, ex – Presidente de la Corte Suprema de Justicia. En dicha providencia después de referirse a los autos y en base a los considerandos que forman parte del mismo, se concluye que la conducta de los sindicatos taxativamente identificados en el auto considerando vigésimo auto de llamamiento a plenario.

-355-
+trecientos
cincuenta y
cinco

El juzgamiento en ausencia se lo realiza plenamente amparado en la disposición constitucional contenida en el artículo 121 de la Carta Política de 1998, así como en el artículo 233 de la Constitución de la República vigente, aplicando la supremacía de la ley fundamental dentro de la jerarquía establecida por el ordenamiento jurídico ecuatoriano.



-49-
cuarenta
y nueve

Los hechos investigados en el presente juicio tuvieron lugar en el período comprendido entre el 14 de septiembre al 2 de diciembre de 1998. El artículo 257 del Código Penal, en el texto introducido en el Registro Oficial No. 337 de mayo 16 de 1977 por el artículo 396 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (en adelante simplemente "LOAFYC"), ya consideraba el peculado en contra de cualquier tipo de servidores que manejen fondos de los bancos estatales o privados. Al referirse la ley exclusivamente a "servidores" con la calidad que les otorga posteriormente, parece claro que puede referirse a cualquier persona que tenga en su manejo recursos públicos o privados.

Adicionalmente, en la fecha de los hechos se encontraba en vigencia la Constitución de 1998, publicada el 11 de agosto de ese año, en el Registro Oficial No. 1, que en su artículo 121 establece lo siguiente: "*Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes de los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aún en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.*"

TERCERO: Informe obligatorio de la Contraloría General del Estado con indicios de responsabilidad penal del delito de peculado, requisito de procedibilidad que debía ser dispuesto durante la sustanciación del sumario: nulidad propuesta por Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum, Juan Franco Porras y Antonio Arenas Contreras. Con respecto a las facultades de la Contraloría General del Estado, el artículo 212 de la Constitución Política de 1998, establece lo siguiente: “La Contraloría General del Estado tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, y hará el seguimiento permanente y oportuno para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles.” Esta disposición también se encuentra consagrada en el artículo 212 numeral 2 de la Constitución de la República vigente, dentro de los aspectos y gestiones sujetos a examen por parte del ente de control, sin perjuicio de las funciones que en la materia le corresponden a la Fiscalía General del Estado.

Posteriormente, en base a la consulta formulada por el doctor Carlos Pólit Faggioni, Contralor General del Estado, en el sentido de que sea la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, el ente que determine si el informe de declaratoria de indicios de responsabilidad penal por abuso de fondos públicos en contra del funcionario a cargo de los mismos, constituye un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por los hechos contenidos en el artículo 257 del Código Penal. El pleno de la Corte Nacional de Justicia, atento a la solicitud planteada por el titular de la Contraloría General del Estado y en uso de la atribución contenida en el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, con fecha 12 de marzo de 2010, resuelve que para el inicio de la instrucción fiscal, por el delito de peculado contenido en el artículo 257 del Código Penal, se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de

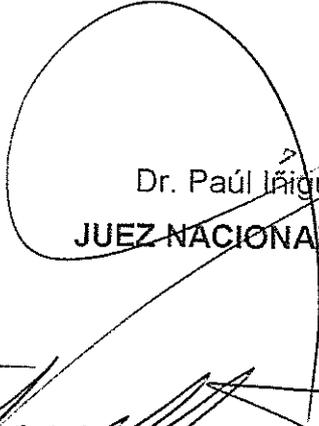
responsabilidad penal.² A continuación, el artículo 3 ibídem prescribe lo siguiente: *"Las normas previstas en esta resolución, regirán para lo futuro y por tanto se aplicarán únicamente para las causas que se iniciaren a partir de su publicación."* En la parte considerativa de la resolución, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia razona sobre la sustanciación de los procesos de peculado, concluyendo que los procesos que no han contado con el informe al que hacemos referencia, han contribuido tanto a la impunidad de los procesados como a la inseguridad jurídica en el juzgamiento de estos delitos. Con estos antecedentes, queda en evidencia la duda que se planteaba sobre la aplicación de la norma constitucional invocada por los procesados, la misma que fue resuelta por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia expresamente y con carácter irretroactivo. Finalmente es de señalar, que no hay nulidad sin texto (pas de nul l ite sans texte.), es decir que no hay declaración de nulidad, si la ley no prevé tal sanción para el efecto, que conforme a lo expuesto, en el presente caso no existe motivo para la declaratoria de nulidad; institución procesal que en atención al principio de progresividad del proceso no puede servir para una irracional alargamiento del proceso penal.

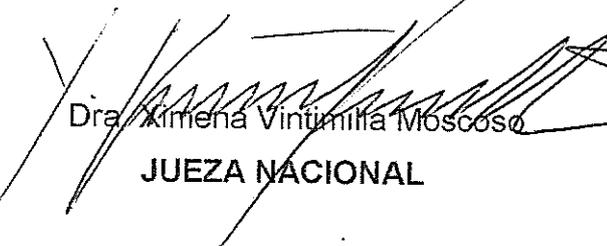
RESOLUCIÓN

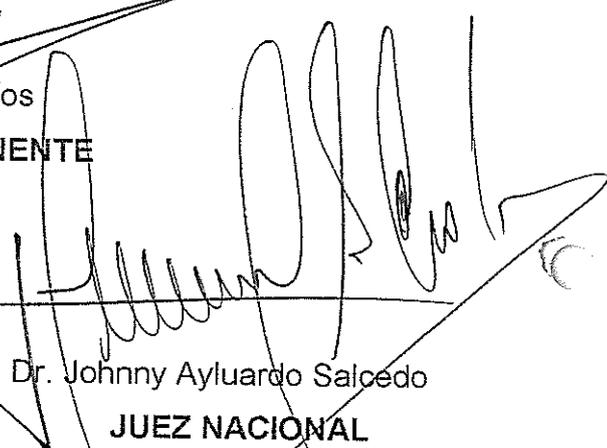
En virtud de lo expuesto, conforme a lo establecido en el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal de 1983, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **DECLARA** que en el presente juicio se han observado el trámite señalado en la ley, es decir, se ha cumplido con las reglas del debido proceso. En tal virtud, no hay nulidad procesal que declarar, por lo tanto se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por los ciudadanos Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum, Juan Franco Porras, Leonardo Navas Banchón, Antonio

² Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010, que contiene la Resolución de la Corte Nacional de Justicia de 12 de marzo de 2010, artículo 1.

Arenas Contreras y Jorge Egas Peña. Actúe la doctora Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora encargada. **Notifíquese y cúmplase.**


Dr. Paúl Iñiguez Ríos
JUEZ NACIONAL PONENTE


Dra. Ximena Vintimilla Moscoso
JUEZA NACIONAL


Dr. Johnny Ayluardo Salcedo
JUEZ NACIONAL

Certifico:


Dra. Martha Villarroel Villegas
SECRETARIA RELATORA (E)

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-



Quito, 12 de marzo de 2014; las 15H00.-

VISTOS: Encontrándose legalmente integrado este Tribunal de Alzada, dentro del plazo legal establecido en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal de 1983, en vigencia a la fecha del cometimiento de los hechos, materia de este enjuiciamiento, procede a emitir su pronunciamiento por escrito sobre los recursos de apelación deducidos por los sindicados Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum, Juan Franco Porras, Leonardo Navas Banchón, Antonio Arenas Contreras, Jorge Egas Peña y Luis Jácome Hidalgo, de la sentencia dictada el 10 de abril de 2012, a las 11h30, por el Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.- Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera lo siguiente:

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Este Tribunal de Alzada tiene competencia para conocer y resolver los recursos de apelación, en casos de fuero, de conformidad con los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 9, numeral 3 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituye al artículo 186 del citado cuerpo de leyes; así como por la Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia Nos. 03-2013 y 04-2013, de 22 de julio de 2013; y, está conformado por el doctor Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional Ponente,

doctora Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional; y, doctor Johnny Ayluardo Salcedo, Juez Nacional.-

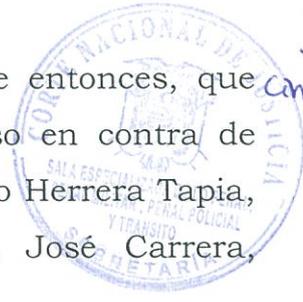
ANTECEDENTES

El 16 de junio de 2000, la doctora Mariana Yépez Velasco, Ministra Fiscal General de ese entonces, ha presentado excitación fiscal, por el delito de peculado tipificado en el artículo 257 del Código Penal, responsabilizó a los “administradores de Filanbanco S.A.”: Juan Franco Porras, Gerente General; Roberto Isaías Dassum, Presidente Ejecutivo; William Isaías Dassum, Vicepresidente Ejecutivo; Gastón García González, Auditor General; y, Leonardo Navas Banchón, Contador General; Daniel Rodríguez Galaza, Vicepresidente, Apoderado General de Filanbanco Trust & Banking Corp.; y, Antonio Arenas C., Contador General de esta última institución; José Morillo Battle y Jorge Egas Peña, ex – Superintendentes de Bancos; y, Luis Jácome Hidalgo e Iván Ayala, ex – Gerentes del Banco Central; mientras que, por el ilícito tipificado en el artículo 131 literales a) y b) de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, responsabilizó a Roberto Isaías Dassum, María del Carmen Morla, Daniel Rodríguez Galarza; e, Iván Osorio Naranjo; y, por “las daciones en pago que han sido observadas por la Superintendencia de Bancos”, responsabilizó a Daniel Rodríguez Galarza, Daniel Cañizares, Gloria Magdalena Ávila Aguilar, James Mc. Pherson, Jorge Egas Peña, Luis Ignacio Jácome Hidalgo, Mauricio de Wind Córdova, Fidel Jaramillo Buendía y Patrick Barrera Sweenye, por lo que, solicitó al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, que instruya el sumario y disponga “la iniciación del juicio penal mediante el correspondiente auto cabeza de proceso” en contra de las mencionadas personas.-

El 21 de junio de 2000, el Ministerio Público de ese entonces, ha presentado un “alcance” a la excitación fiscal, solicitando al

1655
al final
Cmnd y lina
- 52 -
Cmnd y lina

Presidente de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, que instruya el sumario y dicte auto cabeza de proceso en contra de Jaime Freire Hidalgo, Patricio Moreno Huras, Marcelo Herrera Tapia, "Plaza Hernández" (sic), Alejandro Romo Leroux, José Carrera, Andrés Baquerizo y Daniel Cañizares.-



El 22 de junio de 2000, el Dr. Galo Pico Mantilla, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, ha dictado auto cabeza de proceso en contra de Roberto Isaías Dassun, Presidente Ejecutivo de Filanbanco S.A.; William Isaías Dassun, Vicepresidente Ejecutivo; Juan Franco Porras, Gerente General; Gastón García González, Auditor General; y, Leonardo Navas Banchón, Contador General del mismo Banco; Daniel Rodríguez Galarza, Vicepresidente Apoderado General de Filanbanco Trust & Banking Corp.; Antonio Arenas C.; Contador General del mismo Banco; economista José Morillo Battle y doctor Jorge Egas Peña, ex Superintendentes de Bancos; doctores Luis Jácome Hidalgo e Iván Ayala, ex Gerentes del Banco Central del Ecuador; señora María del Carmen de Morla, Vicepresidenta y Subsecretaria del Filanbanco Trust; Iván Osorio Naranjo de la firma auditora Hansen Holm; ingeniero Daniel Cañizares, Presidente Ejecutivo de Filanbanco S.A.; señora Gloria Magdalena Avila Aguilar, representante de la Compañía Otavalo S.A.; ingeniero James Mc. Pherson, ex Gerente General de la AGD; economista Mauricio de Wind Córdova, doctor Fidel Jaramillo Buendía y doctor Patrick Barrera Sweenye, ex miembros del Directorio de la AGD; doctor Jaime Freire Hidalgo, Patricio Moreno Huras y Marcelo Herrera Tapia, ex Intendentes Nacionales de Bancos y Director de Bancos; economista Carlos Plaza Hernández, Intendente de Bancos de Guayaquil; Alejandro Romo Leorux, de la Comisión de Auditoría de la Superintendencia de Bancos; economista José Carrera, ex Ministro de Finanzas y Crédito Público encargado y economista Andrés Baquerizo, ex Subsecretario de Crédito Público.-

El 19 de marzo de 2003, las 16h30, el doctor Armando Bermeo Castillo, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, ha dictado auto de llamamiento a juicio plenario, por el delito de peculado bancario tipificado y sancionado en el artículo 257, inciso primeros y tercero del Código Penal, en contra de Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum, Juan Franco Porras, Gastón García González, Leonardo Navas Banchón, Daniel Rodríguez Galarza, Antonio Arenas C., María del Carmen Morla, Gloria Magdalena Ávila Aguilar, Boanerges Pereira Espinoza, Tyrone Castro, Jorge Egas Peña y Luis Jácome Hidalgo; mientras tanto, ha dictado auto de sobreseimiento definitivo a favor de José Morillo Battle, Iván Ayala Reyes, James Mc Pherson, Mauricio de Wind Córdova, Fidel Jaramillo Buendía, Patrik Barrera Sweenye, José Carrera y Andrés Baquerizo; y ha dictado auto de sobreseimiento provisional del proceso y de los sindicatos a favor de Iván Osorio Naranjo, Daniel Cañizares Aguilar, Jaime Freire Hidalgo, Patricio Moreno Huras, Marcelo Herrera Tapia, Carlos Plaza Hernández y Alejandro Romo Leroux; auto que fue confirmado por la Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia de ese entonces, mediante auto expedido el 12 de mayo de 2009, a las 10h00.- Inconformes con tal resolución, varios de los sindicatos han presentado petitorios de ampliación, aclaración y revocatoria, solicitudes que fueron resueltas el 15 de enero de 2010, a las 16h05, por la Primera Sala de Conjuces de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia de ese entonces, mediante auto en el que se “confirma la apertura de la etapa del plenario” en contra de los sindicatos Roberto Isaías, William Isaías, Juan Franco Porras, Gastón García, Leonardo Navas, Daniel Rodríguez, Antonio Arenas, María Morla, Gloria Ávila, Jorge Egas Peña y Luis Jácome Hidalgo, por los delitos tipificados y sancionados por los artículos 128, literal a) y 131 literales a), b) y d) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en concordancia con los artículos 363, numeral 3 y 364 del Código

de 56
al susten
del susten
-53-
Chuentoy
tas

Penal.- El 17 de mayo de 2010, las 11h40, la Primera Sala de lo Penal de Conjueces Ocasionales de ese entonces, ha declarado "inexistente" el auto dictado por la Sala de Conjueces, estableciendo que "el auto de apertura a la etapa plenario dictado por la Sala Principal" el 12 de mayo de 2009, las 10h00, "se encuentra en plena vigencia".-

El 10 de abril de 2012, a las 11H30, el doctor Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, ha expedido sentencia condenatoria en contra de Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum, Juan Franco Porras, Gastón García González, Leonardo Navas Banchón y Antonio Arenas C., por considerarles autores responsables del delito de peculado tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código Penal y les impuso la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, sin atenuantes, por la alarma social que causó el delito; asimismo, a los sindicatos Jorge Egas Peña y Luis Jácome Hidalgo, les declaró cómplices del delito de peculado y les impuso la pena de tres años de reclusión mayor ordinaria; mientras tanto, a los sindicatos Boanergues Pereira Espinoza, Daniel Rodríguez Galarza, Gloria Magdalena Ávila Aguilar, María del Carmen Morla y Tyrone Castro Castro, determinando que no se ha comprobado que éstos hayan adecuado su conducta al tipo penal, ratificó su estado de inocencia, absolviéndoles de los cargos que en su contra se formularon.- Inconformes con tal fallo, los sindicatos Roberto Isaías Dassum, Jorge Egas Peña, Leonardo Navas Banchón, Juan Franco Porras, William Isaías Dassum y Antonio Arenas Contreras, interpusieron recursos de nulidad y apelación; y, Luis Jácome Hidalgo, recurso de apelación.-

El 2 de enero de 2013, a las 08h15, el Juzgador de instancia, ha declarado extinguida la acción penal incoada en contra del sindicato Gastón García González, pues obra de autos su partida de defunción,

acaecida el 25 de junio de 2012, de conformidad con lo establecido en los artículos 96 y 97 del Código Penal.-

Mediante auto de 9 de agosto de 2013, las 10H00, este Tribunal de Alzada, rechazó los recursos de nulidad interpuestos, argumentando que en el presente juicio se observó el trámite previsto en la ley, es decir, que se cumplió con las reglas del debido proceso; por lo que, luego del trámite legal pertinente, se resuelven los recursos de apelación interpuestos.-

FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

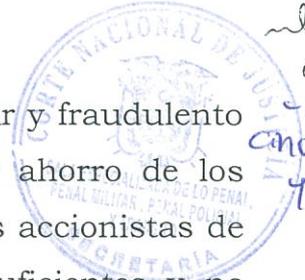
El recurrente Roberto Isaías Dassum, a través de su procurador judicial, abogado Xavier Castro Muñoz, en resumen, manifiesta que el denominado peculado, es un delito grave tipificado en el artículo 257 del Código Penal, que nació como un delito de funcionarios públicos, para después extenderse en 1999, también a los administradores de bancos privados, el peculado bancario; que el artículo 257 ibídem sanciona el abuso de dineros públicos, que no son otros que el desfaldo (sustracción de dineros); malversación (aplicación diferente o indebida); distracción (sustracción temporal de dineros pero con intención de reembolsarlos); y, retención o no pago de fondos; que la malversación se despenalizó en Ecuador por Decreto Supremo 1429 promulgado en el Registro Oficial No. 337 de 16 de mayo de 1977, en 1978 se derogó la norma que despenalizó la malversación; y, en 2001, mediante Ley No. 47-2001, publicada en el Registro Oficial No. 422, de 28 de septiembre de 2001, se “re despenalizó definitivamente la malversación” (sic); que una vez despenalizada la malversación, también llamada inversión pública diferente o indebida, dicha figura no puede considerarse incluida dentro de la expresión genérica “abuso de dineros públicos”, del tipo penal de peculado; que está prohibido dotar de “ultra actividad” a

1657
al Señor
Cruz,
Fut.
-54-
conwanta
y watro

una ley penal derogada, en perjuicio del reo, que es lo que ha hecho el Juzgador; que el 20 de noviembre de 2002, el Ministerio Público, a través de la doctora Mariana Yépez, acusó a Roberto y William Isaías Dassum y otros, por el delito menor de falsificación o alteración de balances, debido a “ciertas inexactitudes que supuestamente reflejaban los mismos”; que en el 2003, el doctor Armando Bermeo, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, dictó auto de apertura a plenario contra los hermanos Isaías y otros, por los hechos de la crisis bancaria de 1998, por el delito de peculado bancario, tipificado en forma posterior a los hechos materia del juicio, mediante Ley No. 99-26, Registro Oficial No. 190 de 13 de mayo de 1999, violando el principio de congruencia, que debe existir entre la acusación y la sentencia, lo que provocó indefensión, pues contestó la acusación fiscal, en base a la acusación de falsificación de balances y no se defendió por delito de peculado, en la medida en que no se les acusó de aquello; que el derecho de conocer con certeza las acusaciones formuladas, implica que esas acusaciones no sean modificadas durante el proceso, derecho consagrado en los artículos 14.3 del PIDCP y 8.2.B) de la Convención Americana; que el auto de apertura a plenario, violó los derechos de los sindicatos, al hacer imputaciones globales a todos los sindicatos, sin especificar las conductas personales de cada uno que determinan su responsabilidad penal, así como tampoco contiene un análisis de las pruebas de cargo que justifiquen la destrucción de la presunción de inocencia, lo que tiene relación con la pertinencia de la prueba y el objeto del proceso; que en el fallo dictado por el Juzgador de Mérito, el delito imputado es el peculado general o mayor, tipificado en el artículo 257 del Código Penal, no el denominado peculado bancario, pero por conductas constitutivas de la denominada malversación, por lo que se debió absolver a los sindicatos, pues dicha conducta esta despenalizada en Ecuador, pero al no hacerlo se violó el artículo 2 del Código Penal, 9 de la Convención Americana y 15 del PIDCP, por

tanto, en la hipótesis planteada, de conductas constitutivas de malversación, la Sala de Alzada debe absolver al recurrente; que el Juzgador de instancia, al condenarle por otro delito, recurre a la “expresamente prohibida” analogía penal, pues existe una “enorme” contradicción al aplicar por “descarte” un tipo penal (peculado mayor) a los ex administradores y accionistas de una institución financiera privada, una infracción cuyos sujetos activos solo pueden ser los empleados y servidores públicos; que la sentencia omite referirse a las conductas específicas e individuales de cada procesado, que considera punibles, lo que constituye una falta de motivación que afecta su validez, por tanto, no se logra destruir la presunción de inocencia; que en el fallo se analizan las pruebas actuadas en el proceso, pero al establecer conclusiones incurre en falta de adecuación lógica a los hechos descritos, con las conclusiones arribadas, vulnerándose las reglas de la sana crítica, basadas en la sana lógica y la experiencia del Juzgador, lo que determina la ineficacia de la sentencia y la nulidad del proceso penal, al no existir pruebas “reales” que fundamenten la responsabilidad de los procesados y tampoco los fundamentos para calificar la mayor o menor peligrosidad; que la sentencia cita algunas pruebas que sirvieron para dictar auto de apertura al plenario, como el informe de la firma Price Waterhouse Coopers, que señalaría pérdidas por USD \$ 654 millones, pero no entiende la relación entre el informe de la firma auditora y la declaración sobre responsabilidad penal, pues dicho informe no establece pérdidas, sino que fue un informe de seguimiento de los préstamos de liquidez del Banco Central; además, el fallo cita las auditorías externas de Deloitte & Touche e informe internos, pero no señala las fojas de dichos informes, tampoco cuáles son los hechos, datos y cifras del informe que no fue una auditoría, sino un informe de procedimientos convenidos sobre “riesgo crediticio”; también, la sentencia señala el informe de auditoría interna del Ing. Víctor Argudo Puga, Auditor General de Filanbanco,

del que se desprendería que hubo un manejo irregular y fraudulento durante 1998, pues el dinero de las captaciones y ahorro de los depositantes se invirtió en créditos a empresas de los accionistas de Filanbanco, a las que no se les exigió garantías suficientes y no pagaron sus créditos, sin embargo, no determina el monto del dinero comprometido, ni indica qué empresas son a las que se refiere, ni las fechas de las conductas; que la sentencia dice en resumen que hubo disposición arbitraria de fondos del banco en beneficio de los accionistas principales, que eran los administradores del banco, pero no señala el monto comprometido, quiénes lo cometieron, no advierte que los accionistas principales eran las compañías Intral Panamá S.A. y Seguros Rocafuerte S.A., no las personas naturales que administraban; que la sentencia cita “unos informes de auditoría y que existen renovaciones de créditos vinculados, pero éstos eran permitidos hasta el “límite legal”, tampoco se especifica si eran excesivos o no; que el fallo dice que la obligación de los administradores de Filanbanco de presentar un balance con su anexos, que refleje la situación financiera del banco, no fue cumplida, conforme consta de las copias certificadas de los balances de Filanbanco y Filanbanco Trust, desde el 14 de septiembre al 2 de diciembre de 1998, pero no señala de qué manera se incumplió por parte de los administradores, cuál es la omisión o la conducta indebida, quiénes son los administradores responsables de dichas supuestas conductas; que la sentencia dice que luego de advertirse incumplimientos de Filanbanco al Plan de Estabilización del Banco Central, se autorizó el refinanciamiento de créditos vinculados, incumpliendo el plan que prohíbe la concesión de nuevos créditos y contingentes vinculados, pero no señala cuáles son esos incumplimientos que se advirtieron por parte de Filanbanco, tampoco distingue que el refinanciamiento no es concesión de nuevos créditos, no hay incumplimiento del plan por eso hecho; además, la prohibición del concesión de nuevos créditos establecida en la



el fide
comit., de
55-
cinquenta
y cinco

Regulación No. 001 del Directorio del Banco Central fue dejada sin efecto por la Regulación No. 008, para que el banco pudiera continuar con su giro y no se paralizara; que el fallo dice que el Gerente General de Filanbanco, mediante oficio de 5 de diciembre de 2000, informa que en el período entre el 14 de septiembre y 2 de diciembre de 1998, “la cartera de crédito de esa entidad decreció”, que los créditos nuevos durante la vigencia de la Regulación No. 001 del Directorio del Banco Central a esa fecha ya habían sido cancelados por los deudores y que “no existen operaciones de crédito nuevas para con empresas vinculadas”, lo que está corroborado en el informe de los peritos Fernando Castillo y Elvira Pinto, por lo que no puede considerarse como prueba de cargo; que la sentencia dice que Filanbanco ha llevado una contabilidad irregular calificada de ilegal, lo cual se observa en el informe de auditoría externa de Price Waterhouse Coopers, que consta remitido al economista Miguel Dávila Castillo, de 15 de enero de 1999, pero luego, cita a la auditora que advierte que no fue contratada para realizar una auditoría de los estados financieros de Filanbanco, por lo que no se entiende cómo hay una afirmación de esa “gravedad”, si ello no tiene relación con la parte que la justifica; que la sentencia dice que los directivos de Filanbanco incumplieron las condiciones de los créditos de iliquidez otorgados por el Banco Central para fines específicos y que los emplearon en beneficio propio, según consta del informe de los peritos Fernando Castillo y Elvira Pino y corroborado por el oficio de 5 de diciembre de 2000, pero tales pruebas son de descargo, además, tampoco la sentencia especifica cómo es que se produjo el supuesto beneficio propio, cuándo y qué personas específicas; que el fallo dice que a partir del 8 de mayo al 2 de diciembre de 1998, se registran inversiones varias en Filanbanco Trust & Banking Corp., por valores que ascienden a USD \$ 107.324.726,81 y agrega que al 1 de diciembre de 1998, hubo un decrecimiento de las inversiones en la entidad off shore y por ello no se cumplió con los convenios con el

al Sube
 del Sube
 -56-
 canwanto y
 seis

Banco Central, concluyendo que sin justificación no se tomaron en cuenta los balances de Filanbanco Trust & Banking Corp., inferencia que va en contra de la "sana lógica", cuando se admite que hubo decrecimiento y no incremento; que la sentencia expresa que sobre el incremento de cartera, luego de la recepción de los préstamos de liquidez, se genera porque se incluyen los créditos en moneda extranjera y el incremento se debe al efecto del diferencial cambiario, lo que constituye una prueba de descargo; que la sentencia dice que el 26 de noviembre de 1998, en cumplimiento del oficio de 23 de noviembre de 1998, se informó al abogado Juan Franco, el incumplimiento del Programa de Estabilización en lo que respecta a la constitución del fideicomiso de acciones, pero en realidad, el 2 de diciembre de 1998, Filanbanco es entregado por sus accionistas a la AGD; que el fallo dice que el 12 de junio del 2000, el economista Miguel Dávila Castillo, Gerente General del Banco Central, en el oficio No. SE-1462-2000-00-01867, dirigido a Fiscalía, expresa que de la explicación sobre los resultados del monitoreo realizado por el Banco Central a Filanbanco, durante el período que accedió a las líneas de iliquidez del Banco Central, se infiere que las necesidades de liquidez fueron superiores al monto que le concede el Banco Central, por lo que tuvo que utilizar otras fuentes de recursos y agrega que todo llevó al Banco Central a actuar con la seguridad que los recursos que otorgó fueron debidamente utilizados por la institución, lo que constituye una prueba de descargo; que la sentencia cita el testimonio del ex funcionario Nelson Ayala Reyes, sobre el hecho de que el Banco Central en todos los casos en que concedió créditos, estos estuvieron cubiertos con garantías, lo que también es una prueba de descargo; que el fallo dice que el economista Miguel Dávila Castillo, Gerente General del Banco Central, en el oficio de 5 de agosto de 1999, declaró que Filanbanco canceló el saldo pendiente del préstamo concedido el 26 de julio de 1999, lo cual constituye una prueba de descargo; que la sentencia cita al economista Leopoldo

Báez, Gerente General del Banco Central y su oficio del 26 de octubre del 2000, en el que señala que el Banco Central autorizó la concesión a Filanbanco de operaciones de crédito y que este último pagó todas las operaciones de crédito, lo que es otra prueba de descargo; que el fallo dice que el ingeniero Antonio Bejarano, Gerente General de Filanbanco, en oficio No. 2000-443-GG señala que del 22 de septiembre al 4 de noviembre de 1998, ingresaron a Filanbanco fondos provenientes de préstamos de liquidez concedidos por el Banco Central por USD \$ 151,59 millones, lapso en el cual los recursos líquidos que salieron de Filanbanco o requerimientos de liquidez, fueron USD \$ 193,47 millones, por lo que ingresaron recursos de otras fuentes por USD \$ 41,88 millones y que en el mismo período Filanbanco concedió operaciones nuevas de crédito con desembolso de efectivo de 19.195 millones de sucres, lo que refleja una correcta inversión de los recursos provenientes del Banco Central; que la sentencia dice que el indebido registro de cuentas originó una inadecuada presentación en el balance general de los saldos que conforman el grupo 27, sin especificar la conducta que considera indebida; que el fallo dice que el ingeniero Antonio Bejarano, Gerente General de Filanbanco y el peritaje de los auditores Fernando Castillo y Elvia Pino, señalan que en los requerimientos de liquidez de Filanbanco de 3 billones de sucres, no se consideran los 500.000 millones de sucres de intereses pagados por Filanbanco al Banco Central, pero tal peritaje es parcial, pues los préstamos de liquidez otorgados a Filanbanco fueron 1,7 billones de sucres por el artículo 24 y 972.000 millones de sucres por el artículo 26, en total 3 billones de sucres; que la sentencia expresa que de todo lo anterior se concluye que hubo abuso de fondos públicos pertenecientes al Banco Central y por ello peculado, conclusión “extravagante” por lo analizado anteriormente; que la sentencia dice que entre el 8 de mayo y 2 de diciembre de 1998, el saldo de la cuenta inversiones varias de Filanbanco Trust & Banking Corp., pasó

1660
el Sunday
Sent.
57-
cincoenta y
siete

de USD \$ 8,1 millones a USD \$. 107,3 millones y por ello se incumplió la Regulación No. 001-98 del Banco Central y que el economista Pedro Delgado en memorando de 14 de junio de 2000, expresa que se observan cargos a la cuenta inversiones varias, notas de débito emitidas contra las cuentas corrientes de Filanbanco Trust & Banking Corp. en los bancos Filanbanco S.A, de Ecuador y en Miami EEUU, los bancos Republic National Bank, Barclays Bank y Nation Bank y agrega que se trata de inversiones sin respaldo, aseveración sin sustento técnico; que la sentencia dice que la cuenta inversiones varias por USD \$ 107 millones, luego se extinguió cuando Filanbanco Trust & Banking Corp., aportó al fideicomiso AGD bienes adjudicados en dación en pago por USD \$ 107.324.726,8 que le fueron entregados por los anteriores accionistas, pero en realidad, durante la administración estatal, el 18 de diciembre de 1998, se dispuso la reversión del castigo patrimonial de Filanbanco S.A. y como consecuencia contable se crea la cuenta de USD \$ 107 millones en Filanbango Trust & Banking Corp. que la vende mediante la dación en pago al fideicomiso Multi Inversiones y éste lo cancela con el nuevo nombre de fideicomiso Otavalo, mediante USD \$ 30 millones en obras de arte y USD \$ 77 millones en acciones de compañías inmobiliarias, es decir, los señores Isaías dejaron el Filanbanco saneado el 2 de diciembre de 1998; que el fallo dice que se incumplió la Regulación No. 001-98 del Banco Central que prohibía la concesión y reembolso de nuevas operaciones de crédito lo que conocía el directorio de Filanbanco, lo que es corroborado por el informe de los abogados Eduardo Jiménez y Luis Ortiz, en la inspección judicial y reconocimiento de las actas del directorio por el período entre el 14 de septiembre y 2 de diciembre de 1998, lo que constituye una afirmación infundada; que el fallo dice que por haber intervenido Juan Franco como Gerente General de Filanbanco en las sesiones de directorio antes mencionadas, su conducta se adecua al delito de peculado, pues prestó su concurso para realizar actos

contrarios a la ley, pero en realidad no hay relación entre la premisa y la conclusión, no especifica la conducta ilícita, así como tampoco cómo es que se cometió el peculado; que la sentencia cita los avalúos a las obras de arte de los profesores Hernán Zúñiga y Luis Martínez, por USD \$ 32.407.958 y del arquitecto Alfredo Enderica que avalúa los inmuebles en USD \$ 94 millones, por lo que el Juzgador no da credibilidad a ese informe, por la diferencia económica “diametralmente opuesta”, sin embargo, no señala el fundamento para restarle credibilidad al informe, que revela que las daciones en pago fueron más que suficientes a los valores comprometidos y tampoco advierte el Juzgador que en la sentencia absuelve a los otros participantes de esta dación en pago; que en la sentencia, el Juzgador sin fundamento resta credibilidad al informe de 15 de mayo del 2000 del ingeniero Alejandro Romo-Leroux, del que se desprende que los avalúos de los inmuebles de propiedad de las compañías cuyas acciones se entregaron en pago a Filanbanco Trust & Banking Corp. y posteriormente al fideicomiso AGD, tienen un valor superior a los USD \$ 77 millones; que el fallo dice que las pruebas aportadas establecen perjuicio económico contra Filanbanco S.A. y Filanbanco Trust & Banking Corp. y que sus funcionarios han cometido peculado por haber aceptado daciones en pago, sin la autorización de la AGD, que aprobó la de USD \$ 30 millones de Otavalo y la de USD \$. 77.324.661,81 de INDUPRIN, el 2 de diciembre de 1998, pero no puede darse la hipótesis de perjuicio a Filanbanco S.A. por estos hechos, porque el que recibió los bienes en dación en pago fue Filanbanco Trust & Banking Corp.; además, el 2 de diciembre de 1998 fue el último día de la administración privada de Filanbanco S.A. y no se requería autorización de la AGD que asumió el control a partir del 3 de diciembre de 1998; asimismo, el 2 de diciembre de 1998, es la fecha de contabilización del valor, porque la fecha de otorgamiento fue el 21 de diciembre de 1998; que la sentencia concluye que la venta de cartera de Filanbanco S.A. a

al feto
sent. Ur
-58-
Chavez y
Ochoa

Filanbanco Trust & Banking Corp., por USD \$ 105.9 constituye una infracción penal lo que ha causado un perjuicio al Estado ecuatoriano y a los depositantes de dinero en Filanbanco, afirmación infundada pues el Juzgador yerra al imputar una infracción penal a los manejos contables y omite especificar qué perjuicios son los que se produjeron; que el Juzgador de Mérito describe presunciones sobre la supuesta entidad Republic International Corporation (RIC) que habría efectuado captaciones ilegales y supuestas salidas de fondos, luego aclara que estos hechos nunca fueron probados, sin embargo, concluye que se ha justificado la existencia real de las presunciones señaladas por el economista Pedro Delgado, lo que por sí solo resta todo valor jurídico a la sentencia, por menoscabar el sistema legal de valoración de la prueba, esto es el denominado sistema de la sana crítica, lo que deberá ser corregido por este Tribunal; que la sentencia condenó al recurrente sin las bases materiales ni formales que el debido proceso exige, atentando con la presunción de inocencia y el principio del indubio pro reo; que vistos los hechos y consideraciones de la sentencia, no se podía absolver a unos copartícipes y condenar a los otros copartícipes en los mismos hechos, sin atender al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, pues condena a Roberto y William Isaías y Juan Franco Porras, pero absuelve a todos los otros implicados en los mismos hechos, "salvo un simple contador, seguramente, por olvido del juzgador" (sic), por lo que la Sala que conozca el recurso de apelación concluirá que Roberto Isaías es inocente de los cargos que son materia de la sentencia condenatoria, pues no hubo malversación, desfalco, distracción, ni abusos de dineros públicos, así como tampoco falsificación de balances, en la medida en que los administradores de Filanbanco no utilizaron en forma inapropiada los ingresos por préstamos de liquidez y estabilización otorgados por el Banco Central que ascendían a USD \$ 432,2 millones según oficio de 12 de junio de 2000 de Miguel Dávila, Gerente del Banco Central, dirigido a Mariana Yépez, Ministra Fiscal

General del Estado y estaba debidamente garantizados por Filanbanco con documentación de cartera por USD \$ 541,5 millones y con inmuebles por USD \$ 34,3 millones, según oficio de 5 de agosto de 1999 enviado por el Gerente del Banco Central a la Fiscal General; además, la administración y disposición de esos créditos estaban bajo el control del Banco Central, los créditos para cumplir necesidades de encaje no eran recursos de libre disposición de Filanbanco sino que se mantenían en una cuenta inmovilizada del Banco Central, con una orden de débito automático para su pago al vencimiento de la operación; los créditos de liquidez fueron destinados para atender el retiro de los depósitos de los clientes, el pago de operaciones contingentes, los gastos de personal y el servicio de la deuda, sumando pagos efectuados por USD \$ 497,3 millones por lo que Filanbanco requirió más fondos de los recibidos en préstamos, lo que consta en el informe de los peritos Fernando Castillo y Elvira Pino; que Filanbanco pagó al Banco Central 500.000 millones de sucres en el período que recibió 3 billones de sucres como préstamos de liquidez lo que generó un interés del 1.1 % de la tasa referencial del Banco Central, que llegó aproximadamente al 70% anual y generaron más de USD \$ 92 millones para el Banco Central; además, durante el tiempo que Filanbanco recibió préstamos de liquidez, estuvo bajo un estricto control de las autoridades de la Superintendencia de Bancos, del Banco Central y de firmas auditoras, como se observa del oficio de 29 de septiembre de 1998 y su informe adjunto DGBQ-729-98; que al 2 de diciembre de 1998, cuando los accionistas privados entregan Filanbanco a la AGD, el remanente de las cuentas patrimoniales de los ex accionistas eran de USD \$ 158 millones, que fueron amortizadas contra la cartera de difícil recuperación, sin contar las garantías adicionales voluntarias por USD \$ 65 millones; además, Filanbanco en marzo de 1999, durante la administración estatal arrojó utilidades por USD \$. 105 millones, demostrando que el banco era solvente y solo tuvo

1662
nel sent.,
sent. 1/20
-59-
circunstan-
cias

problemas de liquidez durante la administración privada; que Filanbanco sea sometido a un proceso de reestructuración contemplado en el artículo 23 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario - Financiero, para su fortalecimiento, es una prueba que el banco era solvente, sino habría sido sometido a un proceso de saneamiento contemplado en el artículo 24 de la citada Ley, aplicable para los casos de bancos en vía de liquidación; que en la sentencia existe una confusión conceptual y error en el cómputo de las atenuantes y agravantes, pues la simple alarma social invocada en forma genérica por el Juzgador, no es una agravante contemplada en la Ley, puesto que la Ley considera tales a las circunstancias que aumentan la alarma social, como son las especificadas en el artículo 30 del Código Penal; que el Juzgador de instancia omitió considerar la más importante de las atenuantes, esto es, la conducta anterior del procesado que revela que no se trata de un individuo peligroso, por lo que en la hipótesis que no haya absolucón del apelante, se debe contemplar la atenuante calificada omitida y rebajarse la pena; que el Tribunal Superior, no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, ni puede empeorar la situación del recurrente, de conformidad con el principio de la reformatio in peius, por tanto, las únicas hipótesis de trabajo para el Tribunal Superior, son las siguientes: revocar la sentencia venida en grado y disponer la nulidad del proceso penal; confirmar la sentencia venida en grado en todas sus partes; confirmar la sentencia venida en grado pero rebajar la pena impuesta; confirmar la calificación jurídica de los hechos como malversación, pero revocar la sentencia venida en grado para absolver al recurrente porque no es un hecho punible; revocar la sentencia venida en grado y disponer la total absolucón de Roberto Isaías de todos los cargos; por tanto, el recurrente solicita que se proceda con pleno respeto al debido proceso, derecho a la defensa, principio de la congruencia penal, principio de la legalidad o reserva de ley, irretroactividad penal en

perjuicio del reo, principio in dubio pro reo, prohibición de la ultra actividad penal en perjuicio del reo, retroactividad penal a favor del reo, plena vigencia de la presunción de inocencia, mientras no sea destruida jurídicamente por las pruebas de cargo confrontadas con las conductas individuales del recurrente; y, respeto absoluto de la prohibición de la reformatio in peius; además, que se apliquen los derechos y garantías constitucionales, puesto que gozan de la supremacía normativa y son de inmediata y directa aplicación, según los artículos 11, numeral 3, 424 y 425 de la Constitución de 2008; que se apliquen los DDHH del recurrente reconocidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Declaración Universal de los Derechos del Hombre y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que son de directa e inmediata aplicación, están en la cúspide la jerarquía normativa y prevalecen sobre toda otra norma jurídica o acto del Derecho Interno, conforme disponen los citados artículos de la Constitución de 2008.-

El apelante Jorge Egas Peña, a través de su abogado patrocinador doctor Enrique Echeverría G., manifiesta que en su caso concreto, no existió acusación alguna por parte de Fiscalía, por cuanto, al emitir su dictamen, se abstuvo de acusarle, por estar de acuerdo con la resolución del Presidente de la Corte Suprema de Justicia del 29-12-2000 que revocó el auto de prisión preventiva que había dictado en su contra porque no existían indicios de responsabilidad; que en el alegato presentado por el actual Fiscal General se contienen afirmaciones tomadas textualmente del auto de llamamiento a plenario que nada aportan como resultado de su actividad como titular de la investigación; que la parte resolutive de la sentencia, concluye que Jorge Egas Peña y Luis Jácome Hidalgo “han colaborado en forma indirecta y secundaria en la consumación del delito, por lo que su grado de participación en el delito de peculado es el de cómplices”, pero en ninguna parte del fallo aparece un análisis

de la prueba que permita concluir la acción de colaboración de dichos procesados en la comisión del delito que se persigue, a no ser que se refiera a los dicho en la página 55 que sostiene que ambos procesados “se encasillan en las hipótesis previstas en el tipo penal por el cual fueron acusados, pues en estos últimos su actuar se subsume en emitir opiniones e informes en unos casos favorables y en otros de carácter negativo y con el único propósito de viabilizar los créditos y salvar la quiebra bancaria, pero que fueron distorsionados por quienes tenían el poder de decisión; es decir, los que tenían el dominio del hecho como eran los administradores del Filanbanco y que fueron quienes crearon empresas fantasmas con el único afán de apropiarse de dineros pertenecientes al Estado”, pero sí existió distorsión por parte de los administradores de Filanbanco, si ellos han sido los que crearon empresas fantasmas con el afán de apropiarse de dineros del Estado, ¿por qué incluir al Superintendente de Bancos, quien no fue administrador de Filanbanco?; que la actuación del recurrente como Superintendente de Bancos estuvo encuadrada en la ley, nunca concedió ni opinó sobre el otorgamiento de un préstamo de liquidez a favor del Filanbanco, cuya competencia ni era de la Superintendencia de Bancos; mas bien, ejerció una estricta vigilancia sobre la utilización de dichos préstamos reportó al Banco Central, todo lo cual, aparece justificado de autos; que cuando se detectó el posible desvío de su destino, posteriormente desvirtuado por el propio Gerente General del Banco Central y por la justicia al transcribir el informe pericial presentado por Fernando Castillo y Elvira Pino que versó sobre la utilización de los préstamos de liquidez otorgados por el Banco Central al Filanbanco, se reconoce que las necesidades de liquidez de Filanbanco fueron superiores al monto de los préstamos concedidos, y no obstante lo cual, el Juzgador de Mérito sostiene “incumplimiento de las condiciones de los créditos de liquidez otorgados por el Banco Central”; y, concluye que hubo abuso de fondos públicos y por ello peculado; que no hay peculado por

omisión en la legislación ecuatoriana, pues dicho tipo delictual se comete esencialmente por comisión, esto es, con la ejecución maliciosa o dolosa de ciertos actos conducentes a la obtención de un resultado dañoso en los bienes del sector público que se encuentren en poder o a disposición de un funcionario o servidor público quien abusa de los mismos; que el apelante no tuvo en su poder o a su disposición dinero alguno de los que se entregaron en préstamo de liquidez a Filanbanco, tampoco realizó acto alguno para que se concedieran los mismos y cuyo destino controló adecuada y oportunamente, por lo que no abuso de ellos, sin embargo, se le ha acusado de diferentes conductas delictuales, la última de peculado bancario por omisión, figura que el Juzgador de instancia rechaza “con toda razón”, de la que se ha defendido “inútilmente”, pues ahora se le acusa de peculado mayor, bajo el supuesto no comprobado de que ha colaborado de forma indirecta y secundaria en la consumación del delito de peculado, sin especificar cuáles son sus supuestos actos de colaboración con los autores del delito de peculado, por lo que resulta difícil defenderse de tal acusación, pues lo sostenido por el Juzgador, no es prueba para configurar el tipo penal del que se le acusa y más bien evidencia su “ninguna intencionalidad en abusar de los dineros del Estado, ni favorecer a quienes supuestamente se beneficiaron de él”; por tanto, solicita que se acepten los elementos legales y procesales y se libere de la acusación, declarándose su inocencia.-

El recurrente Luis Jácome Hidalgo, a través de su abogado defensor doctor Alberto Wray, manifiesta que la sola lectura de la sentencia advierte que en ninguna de sus partes explica cuál podría haber sido la conducta que ha motivado la condena al apelante, ni mucho menos, de qué manera habría quedado probada la supuesta complicidad; que en los considerandos de la sentencia, antes de que en la página 55 se le atribuya la condición de cómplice de peculado, solamente se menciona al recurrente en la página 34 en donde se da

al Sr. J. J. J.

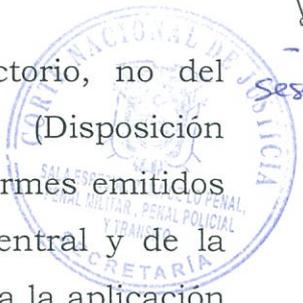
Sr. J. J. J.

- 61 -
Sesenta y
uno

cuenta del oficio SB-INBGF-98-0650 mediante el cual el Superintendente de Bancos comunica a Filanbanco que el Dr. Luis Jácome, como Presidente del Directorio del Banco Central, le notificó el “incumplimiento del Programa de Estabilización por parte de Filanbanco S.A. (...)”, por lo que esa única referencia explícita, da cuenta de una actuación mediante la cual como Presidente del Directorio del Banco Central notificó al Superintendente de Bancos que Filanbanco había incumplido las condiciones establecidas al otorgársele el crédito de estabilización, notificación que llevó a la postre a que Filanbanco pasara a la AGD; que en la página 55 se atribuye al recurrente la condición de cómplice del delito de peculado, al igual que al doctor Jorge Egas Peña, ex Superintendente de Bancos, pero “tan insólita” como la imputación en sí, es la “ambigua y contradictoria” motivación con la que se quiere sustentarla, por emitir opiniones e informes favorables o no, “con el propósito de viabilizar créditos y salvar la quiebra bancaria, pero que fueron distorsionados” por los administradores de Filanbanco, sin especificar cuáles informes, de qué manera esos informes contribuyeron a la perpetración del delito, cómo puede haber complicidad si la intención del recurrente, fue la de “salvar la quiebra” del banco y esa intención fue tergiversada por quienes tenían el dominio del hecho; que esta ausencia de motivos no es una simple omisión del Juzgador de Mérito, sino que es una realidad procesal, pues ni en la sentencia, ni en el proceso puede encontrarse un solo indicio, ni prueba en contra del apelante, por lo que la condena que pretende imponérsele no guarda correspondencia con esa realidad procesal; que la sentencia es contradictoria, pues si se aplicaran las consideraciones acerca del Estado constitucional de derechos y justicia que se hacen en el considerando Cuarto y el análisis de la participación delictual que se realiza en el considerando Séptimo, debió habersele absuelto; que la situación procesal del recurrente no puede agravarse por disposición constitucional, mas

aun como en este caso, que Fiscalía no ha recurrido; que la complicidad es por definición una colaboración con los autores del hecho punible; que si no hay intencionalidad, si no hay conciencia que va a cometerse el delito y voluntad de contribuir a su ejecución, no hay complicidad, lo que la Corte Suprema lo ha recogido de manera uniforme en su jurisprudencia; que si la conducta del cómplice no coincide con la acción típica, no es aplicable a la complicidad la presunción del artículo 33 del Código Penal; que para aplicar una sanción, es necesario motivarla, por lo que para atribuirle la participación delictiva en grado de complicidad al recurrente, debía la sentencia especificar cuáles fueron las acciones u omisiones del apelante que se consideran enlazadas con la conducta típica de los autores, de qué manera esas acciones u omisiones coadyuvaron de modo secundario a la comisión del delito; y, cuáles son las pruebas o al menos indicios que determinen que el apelante actuó con conocimiento de que iba a cometerse el delito que la sentencia dice castigar y con voluntad de contribuir a que la infracción se consuma; que la sentencia, “que nada dice al respecto” no ha cumplido con esa exigencia constitucional; que el recurrente fue Presidente del Directorio del Banco Central entre septiembre de 1998 y abril de 1999, fecha en la que renunció por no estar de acuerdo con el feriado bancario; que durante ese período, el Directorio del Banco Central autorizó dos créditos a Filanbanco: el primero el 29 de septiembre de 1998, en aplicación del artículo 24 de la ley de Régimen Monetario, hasta la totalidad del patrimonio técnico; y, el segundo el 28 de octubre de 1998, en aplicación del artículo 26 ibídem, hasta por el monto del patrimonio técnico, dentro de un programa de estabilización; que la única vinculación del apelante con los hechos es haber presidido dos sesiones del Directorio del Banco Central en las cuales dicho organismo autorizó los créditos; que según consta del proceso durante esas sesiones el recurrente “veló” por los intereses del Banco Central y actuó apegado a la ley; que el

1663
al haber
sent, line
-62-
Sesenta y de



otorgamiento de los créditos fue decisión del Directorio, no del apelante, estuvo autorizado por la Constitución (Disposición Transitoria Segunda), se hizo previo el estudio de informes emitidos no por el recurrente, sino por técnicos del Banco Central y de la Superintendencia de Bancos y el crédito se condicionó a la aplicación de mecanismos y la adopción de medidas destinadas a salvaguardar los intereses del Banco Central, como se “reconoce en la propia sentencia”; que el motivo para el otorgamiento de los créditos está explícito en el texto de las Resoluciones aprobadas por el Directorio, así como las exigencias y condiciones a las que debía someterse Filanbanco; que del contenido de esas Resoluciones se desprende que le Directorio trataba de proteger la estabilidad del sistema financiero, evitando la quiebra de Filanbanco que tenía el mayor número de depositantes y por medio de la cual se canalizaba el 25% del comercio exterior del país; que para poder concluir que hubo complicidad tendría que haberse establecido que tras ese motivo, todas las actuaciones del Directorio estuvieron “impulsadas”, al menos en lo concerniente al apelante, por el propósito de coadyuvar a que los administradores de Filanbanco, incumpliendo las condiciones impuestas, iban a beneficiarse indebidamente en el futuro de los recursos que recibirían del Banco Central, lo que no es posible, porque las pruebas demuestran lo contrario, así lo demuestra el Acta de la sesión del Directorio de 29 de septiembre de 1998, en la que consta que el Presidente del Directorio, “(...) instó en implementar algún tipo de control sobre el destino del dinero”, precauciones que se tomaron, como lo reconoce la sentencia; que en el caso del segundo crédito, “se extremaron las exigencias”, de ahí que uno de los funcionarios presentes en la sesión le pidió reflexionar al Directorio acerca de si tal vez se le estaba imponiendo a Filanbanco condiciones “excesivamente duras”, según consta en el Acta de 27 de octubre de 1998 (fojas 4948); que al autorizar los créditos, a pedido del recurrente, el Directorio se aseguró mediante garantías y otras

medidas, tanto el pago del crédito, como el adecuado empleo de los recursos, por lo que resulta imposible que quien impuso las condiciones para el uso de los créditos, pueda ser considerado partícipe de un delito consistente en haber incumplido tales condiciones; que cuando se constató que los accionistas y ejecutivos de Filanbanco habían incumplido las condiciones establecidas por el Directorio dentro del programa de estabilización, el recurrente, como dice la sentencia, puso el hecho en conocimiento del Superintendente de Bancos para que adopte las medidas previstas en la Ley; que este recuento de las constancias procesales, excluye cualquier posibilidad de actuación deliberada para facilitar la posterior comisión de un delito y también cualquier calificación de la conducta como negligente o capaz de incrementar el riesgo que permitiría que el delito se perpetrara, por eso, la sentencia debe revocarse en lo que al recurrente se refiere y reconocer su inocencia; que en cuanto a los informes emitidos por el apelante, que señala la sentencia, no hay informe alguno relacionado con los créditos otorgados por el Directorio del Banco Central a Filanbanco, pues el recurrente “jamás emitió uno”; que el único informe mencionado en el auto de apertura a plenario no se refiere a los créditos, sino a las reformas a la Ley de Instituciones Financieras y se trata de una carta remitida por el apelante en respuesta a una petición del Congreso para que emita su criterio respecto del proyecto de reformas a la aludida Ley, por lo que “fundar” el cargo de complicidad en esa circunstancia es “absurdo”, pues no se ve manera de establecer algún nexo causal entre la opinión emitida y el futuro comportamiento de los administradores y ejecutivos de Filanbanco; que la sentencia no ha considerado que el Presidente del Directorio del Banco Central no tiene otras funciones que las de presidir dicho organismo pluripersonal, es decir, que individualmente, no tiene poder, ni facultad alguna, entonces, si es cómplice de peculado, por qué no los otros integrantes del Directorio, lo único que podría responder sería alguna conducta específica del

recurrente, la que no existe; que el Directorio del Banco Central no es autoridad de control sobre los bancos; que la sentencia no ha considerado el contenido de las Resoluciones del Directorio del Banco Central en las que se otorgan los créditos, en ellas constan los fundamentos jurídicos de respaldo, así como tampoco, las actas de la sesiones en las que el Directorio acordó los créditos, en donde constan la preocupación del apelante por asegurar los intereses del Banco Central y evitar cualquier posible desvío de recursos; que la sentencia no sopesó el hecho de que fue el recurrente, como Presidente del Directorio, dio cuenta al Superintendente de Bancos del incumplimiento de Filanbanco de las obligaciones impuestas dentro del programa de estabilización; que el fallo no evalúa los informes y oficios de los entonces gerentes del Banco Central, Iván Ayala y Miguel Dávila, en lo que dan cuenta de las precauciones y sistemas de vigilancia instituidos por el Banco Central por disposición del Directorio y a iniciativa del recurrente, por lo que se le ha condenado sin motivo y sin pruebas, además, la sentencia no considera objetivamente la prueba que exculpa al recurrente e ignora sus propias consideraciones respecto de la naturaleza de la complicidad. Por los razonamientos expuestos, solicita que la Sala revoque la condena y le absuelva.-

El apelante Leonardo Navas Banchón, a través de su abogado patrocinador Carlos Luis Sánchez Gaete, manifiesta que el cargo que desempeñó fue en Filanbanco S.A., no en Filanbanco Trust & Banking Corp. En la época del cometimiento de la "imaginaria" infracción era el de Contador, es decir, el encargado de elaborar y llevar la contabilidad del banco y de los estados financieros en base a las transacciones financieras que mediante un sistema "computarizado, automático y directo" lo realizaban los administradores de la entidad en función del giro del negocio propio del banco, por lo que si se le atribuye alguna responsabilidad en los

hechos, motivo del proceso, debería ser únicamente por hechos cometidos personalmente en el ejercicio de sus funciones; que debido a ellas, nunca pudo tener el dominio del hecho, para que se diga que en su caso se encuentra probado la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo objetivo del peculado mayor y que se le haya sentenciado como autor del mismo, más aún si los estados financieros que presentó reflejaban la “real situación económica, financiera y patrimonial” del banco; los mismos que los presentó dentro de los períodos que establece la ley y cuando las autoridades de control lo requerían, conforme lo probó en las instancias respectivas; que si el Juez tuvo el convencimiento de que en su calidad de Contador autorizó o certificó con su firma un balance o un informe falso o incompleto, debía sancionarle por el tipo penal del artículo 363.3 del Código Penal, como manda el artículo 12 de la Ley de Contadores, en concordancia con el artículo 128 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; que la prueba que justifica sus afirmaciones es la siguiente: oficio de 2 de marzo de 1999, suscrito por el doctor Luis Jácome, Presidente del Directorio del Banco Central, el informe de 12 de junio de 2000, del economista Miguel Dávila Castillo, Gerente General del Banco Central del Ecuador; y, oficio de 25 de marzo de 1999, del señor Patricio Moreno, Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros de la Superintendencia de Bancos, documentación con la que se probó que no hubo ocultamiento de información o presentación de balances mutilados o falsos; que esa documentación también probó que en ningún momento estuvieron bajo el poder y administración de los personeros de Filanbanco dineros provenientes de los créditos de liquidez, pues no fueron recursos de libre disposición del Grupo Financiero Filanbanco y administrados por sus personeros, sino que se mantenían en una cuenta inmovilizada en el Banco Central con una orden de débito automático para su pago al vencimiento de la operación; que se demostró también que las necesidades de liquidez

el Poder
Judicial,
-64-
Secretaría
Académica

para honrar y pagar operaciones permitidas fueron superiores al monto que efectivamente le concedió el Banco Central, por lo que Filanbanco tuvo que necesariamente utilizar otras fuentes de recursos para cubrir esa diferencia en operaciones permitidas; que esa prueba también demostró que el Directorio del Banco Central dispuso se realicen controles extra situ, es decir, que sí hubo seguimiento y control con la debida utilización de esos créditos; y, que en los casos de Filanbanco S.A. y Filanbanco Trust, del análisis de flujo de caja consolidado de la entidad, sin incorporar el ingreso del flujo de créditos de liquidez otorgados por el Banco Central entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, se desprende que los principales ingresos de recursos correspondieron a recuperaciones de inversiones por 362 mil millones de sucres y recuperaciones de cartera por 214 mil millones de sucres; y que por el lado de los egresos de recursos, los principales desembolsos fueron solventar retiros de depósitos, pagos por operaciones contingentes, intereses en operaciones de mesa de dinero del Banco Central y diferencial cambiario, pagos por créditos de otras instituciones financieras y pago de cheques en cámara de compensación; que con el Informe Semanal de 7 de octubre de 1998, suscrito por los ingenieros Pablo Ulloa y Milton Alcívar, auditores de la Superintendencia de Bancos; con el oficio de 18 de noviembre de 1998, suscrito por el Gerente General de Filanbanco; con el oficio de 12 de mayo de 2000, suscrito por el ingeniero Gonzalo Hidalgo, Gerente General de Filanbanco nombrado por el Estado; con la certificación conferida por el ingeniero Antonio Bejarano, Gerente General de Filanbanco, nombrado por el Estado, mediante oficio de 5 de diciembre de 2000; y, con el oficio de 30 de abril de 2001, del ingeniero Miguel Crespo, Gerente General de Filanbanco, designado por el estado, así como los Registros de Aprobación de Créditos (RADES), se demostró que los balances del Grupo Financiero Filanbanco (Filanbanco S.A. y sus subsidiarias), sí fueron entregados a las autoridades de control

cuando fueron requeridos y que contenían información veraz; que ese Grupo Financiero sí reportó a las autoridades sobre la concesión de operaciones de crédito nuevas con recursos propios y que tanto la Superintendencia de Bancos y Seguros y el Banco Central sí conocían y avalaron esas operaciones de crédito, operaciones que en principio estuvieron prohibidas con la regulación 001-08 expedida por el Directorio del Banco Central, posteriormente fue derogada por la regulación No. 008-08 emitida por la misma entidad, por lo que no se puede sostener que dichas operaciones de crédito constituyen abuso arbitrario de fondos privados peor de fondos públicos, pues el acto punible se “descriminalizó” con la emisión de la regulación No. 008-08, operando el principio de “retroactividad” en materia penal; con los oficios de 26 de abril de 1999 y de 28 de junio de 1999, suscritos por el Gerente General de Filanbanco; con el oficio de 5 de agosto de 1999, del Gerente General del Banco Central; con el oficio de 18 de agosto de 2000, firmado por el economista Marco Rueda, Director General encargado del Banco Central; y, con el oficio del 26 de octubre de 2000, suscrito por el Eco. Leopoldo Báez, Gerente General del Banco Central, se evidenció que todos los créditos concedidos por el Banco Central al Grupo Financiero Filanbanco (Filanbanco S.A. y Subsidiarias), al amparo de los artículos 24 y 26 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado fueron “totalmente cancelados” y que Filanbanco no mantiene obligaciones de crédito “insolutas”, de ahí que ese Grupo Financiero “honró” toda la deuda asumida con el Instituto emisor, por lo que la “campaña implantada” para hacer creer que el citado Grupo Financiero tiene “desfase patrimonial por una suma importante de dinero, es una farsa”; que con las Actas de sesiones del Directorio de la AGD, de 2, 8, 16 y 30 de diciembre de 1998; de 27 y 28 de enero de 1999; y, de 1, 10 y 25 de febrero de 1999; y, con los Balances de Filanbanco S.A. y Filanbanco Trust & Banking Corp. del 14 de septiembre al 2 de diciembre de 1998, se probó que la administración de Filanbanco sí

1002
el día,
del día
-65-
sesenta y
cinco

cumplió con su obligación de presentar los estados financieros “incólumes” a las entidades de control cuando fue requerida, que no se ha mutilado, eliminado o escondido información alguna y por ello, reflejan la “real situación financiera, económica y patrimonial del Grupo Financiero Filanbanco, al 2 de diciembre de 1998; además, se probó que todas las operaciones financieras realizadas por ese Grupo Financiero, mientras estuvieron vigentes los créditos, se encuentran debidamente registradas y que no se incumplió con las condiciones de esos créditos, pues fueron empleados para los fines específicos; con el Acta del Directorio de Filanbanco estatal de la sesión realizada el 21 de enero de 1999; con el Acta de la Junta Bancaria, en la que se aprueba el informe de labores del Gerente de Filanbanco, ingeniero Daniel Cañizares; y, con el Monitoreo de Cuentas del Banco Central en Filanbanco a octubre de 1998 y al 2 de diciembre de 1998, se verificó que fue en la administración estatal del Grupo Financiero Filanbanco que se aprobó la reestructuración de créditos vinculados por considerar que no constituyen nuevos créditos, que sí hubo monitoreo de la buena utilización de los créditos de liquidez y que la administración de ese grupo fue la debida; por tanto, cualquier irregularidad no es de su responsabilidad; que con el informe de la firma Price Waterhouse & Coopers, seleccionada por el Banco Central cuando sometió a Filanbanco a un Programa de Estabilización y se le encargó que monitoree el uso de los fondos recibidos por los créditos de liquidez de Filanbanco, se comprobó que en ninguna parte de su contenido se refieren a una supuesta pérdida de Filanbanco por la suma de USD \$ 654 millones, sobre desembolsos a créditos vinculados, como tampoco “versa” sobre una posible mala utilización de los dineros captados del público en créditos vinculados o sobre una posible contabilidad irregular o falsedad de los estados financieros del Grupo Filanbanco; con el informe pericial de 28 de febrero de 2001, presentado por Fernando Castillo y Elvira Pino, que tuvo por objeto analizar la utilización de los préstamos de liquidez

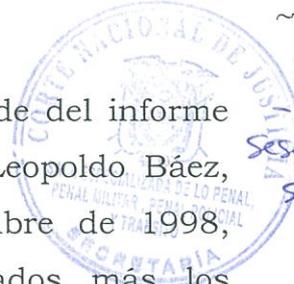
otorgados al amparo de los artículos 24 y 26 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, por el Banco Central al Grupo Financiero Filnanbanco, entre el 14 de septiembre al 2 de diciembre de 1998, se comprobó que la Superintendencia de Bancos a través de la Intendencia de Bancos a cargo del señor Patricio Moreno, desarrolló una supervisión adecuada de acuerdo a las disposiciones requeridas por el Banco Central, para otorgar créditos a Filnanbanco S.A., al amparo de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado; que el Banco Central sí aplicó los mecanismos de monitoreo tanto a los desembolsos de tesorería, cuanto del seguimiento de liquidez a nivel de cuentas del balance; y, que Filnanbanco sí reportó oportunamente la información requerida para realizar el seguimiento y monitoreo necesarios para el otorgamiento de los créditos de liquidez al Banco Central y a la Superintendencia de Bancos, información que está archivada en medios magnéticos en el Banco Central, por lo que no existe ocultamiento de información por parte de los administradores del Grupo Financiero Filnanbanco; con dicho informe también se demostró que en el período 21 de septiembre al 2 de diciembre de 1998, ese Grupo Financiero pagó al Banco Central intereses por operaciones por 465.563 millones de sucres, a un tipo de cambio promedio de 6.440.26 sucres por dólar; dando un total de aproximadamente USD \$ 72,3 millones; que las tasas cobradas por el Banco Central por el uso de los créditos de liquidez fueron desde el 52% a un máximo del 89,08 anual; que la tasa efectiva anual promedio en el período fue de 121%, lo cual significó un egreso por aproximadamente 134.596 millones de sucres, que dolarizados son USD \$ 20,6 millones; que los intereses que el Grupo Financiero Filnanbanco pagó hasta el 2 de diciembre de 1998, ascendieron a la suma de alrededor de USD 92,9 millones, lo que significa que por el uso de los USD \$ 423,2 millones que el Banco Central otorgó en préstamos de liquidez, dicho organismo cobró intereses por alrededor de USD \$ 92,9 millones, quedando del préstamo un valor neto de

1669
ml lute
sent, lute
-66-
sesenta
seis

USD \$ 330,3 millones, cantidad que fue cancelada y que resultó insuficiente para atender las necesidades de liquidez requeridas; con la experticia practicada al pedido realizado en el acápite V, numeral 4, del escrito de prueba, se comprobó que el Grupo Financiero Filanbanco estaba conformado por Filanbanco S.A., Filanbanco Trust & Banking Corp. (Panamá), Filancard S.A., Filancasa de Valores S.A., y Almaquil, Almacenera Guayaquil, que formaban una sola persona jurídica, por tanto, las actividades financieras de cada una de ellas, se las realizaba en razón de dicho Grupo Financiero Filanbanco, que conforma una sola unidad consolidada dentro de una misma organización y por ello las operaciones entre las filiales integrantes del Grupo Financiero, legalmente se consideran como operaciones internas y no con un tercero; que el informe demostró que cada una de las sucursales nacionales o extranjeras y las demás entidades que conformaron el Grupo Financiero Filanbanco, estaban facultadas legalmente para desarrollar por separado, sus actividades conforme al objeto social del contrato de aprobación de la entidad financiera y cada una era responsable en forma autónoma de su actividad permitida; que las sucursales y más entidades de ese Grupo Financiero estaban facultadas para efectuar entre sí, las operaciones establecidas en los artículos 51 y 61 de la Ley General de Instituciones Financieras, en concordancia con los artículos 2 y 53, de acuerdo con la naturaleza de casa institución y su objeto social, por lo que cualquier actividad y operación bancaria entre las sucursales y las otras entidades del Grupo Financiero, son conformes a derecho; que el informe demostró que la filial en el exterior del Grupo Financiero, el Filanbanco Trust & Banking Corp., con asiento en Panamá, se constituyó el 15 de noviembre de 1993, sujeto a la legislación panameña; que su actividad financiera y su contabilidad la realiza por separado; que en el Ecuador como entidad off-shore, la Superintendencia de Bancos solo le otorgó autorización para su constitución y operación en Ecuador; que si alguna filial nacional o

extranjera, del Grupo Financiero presenta necesidades de liquidez, dicha institución estaba facultada legalmente para solventar tales necesidades a través de recursos que son inyectados desde la casa matriz, pues para ello por disposición legal se manejaba una sola tesorería, que servía para cubrir los requerimientos de liquidez del Grupo; que los balances del Grupo Financiero, se elaboran mensual, trimestral y anualmente por separado; que los saldos de cada balance luego eran consolidados y condensados por la Matriz, para ser enviados a la Superintendencia de Bancos; y que los estados financieros del referido Grupo Financiero correspondientes a todos los ejercicios económicos fueron presentados a la Superintendencia de Bancos, dando cumplimiento a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; que con esa prueba quedó probado que en su calidad de Contador de la entidad financiera matriz del Grupo Financiero Filanbanco, con asiento en Guayaquil y los otros contadores de las filiales, cumplieron con la ley y la Constitución; que con la experticia practicada al pedido realizado en el Acápite V, numeral 5, del escrito de prueba, se probó que el “simple” registro por error de los créditos de liquidez otorgados por el Banco Central en la cuenta 2704 (Créditos a favor de bancos y otras instituciones financieras del país), en lugar de hacerlo en la cuenta (Créditos a favor de Bancos, Banco Central del Ecuador), no originó ningún perjuicio económico al Grupo Financiero Filanbanco ni al Estado, puesto que al contabilizarse en diferente cuenta no significa dar mal uso a esos recursos, más aún si luego, se corrigió ese error de aplicación de cuenta; y, que se entregó garantías al Banco Central por la suma de 3.726.763.050.087 sucres, que representan una cobertura del 207%, como así lo expresa el Gerente General del Banco Central, Iván Ayala, en el oficio del 23 de julio de 1999 que dirigió a la Dra. Mariana Yépez, Ministra Fiscal, por lo que las garantías entregadas por Filanbanco al Banco Central, fueron suficientes para cubrir los créditos de liquidez que le fueron

otorgados y que fueron cancelados, como se desprende del informe emitido por el Gerente General del Banco Central, Leopoldo Báez, mediante el cual se informa que el 28 de diciembre de 1998, Filanbanco S.A. canceló todos los créditos otorgados más los intereses, mediante dación en pago de un Bono del Estado que era de su propiedad, emitido por el Ministerio de Finanzas por pedido de la AGD por la cantidad de USD \$ 155.000.00 que corresponde al crédito según el artículo 24 de la Ley de Régimen Monetario que fue por 972.000.00 millones de sucres, referentes a las operaciones de tesorería; con la experticia practicada al pedido realizado en el acápite V, numerales 6, 8 y 10 del escrito de prueba se demostró que la AGD a partir del 2 de diciembre de 1998, pasó a ser la única accionista del Grupo Financiero Filanbanco, pues desde esa fecha todos los activos y pasivos de esa entidad bancaria, por disposición legal, pasaron a ser administrados por esa entidad estatal y bajo el control de la Superintendencia de Bancos; que del análisis efectuado a los resultados ejercicio económico del año 1999, tanto las cuentas de ingresos como de gastos mantienen un comportamiento "atípicos", con relación a las demás cuentas, los rubros por concepto de ingresos fueron negativos, esto es, debe al proceso de restructuración del banco en la administración estatal a la poca afluencia de clientes y a la "mala" administración financiera, pero a pesar de todo, el banco en este ejercicio obtuvo una utilidad que alcanzó al monto de USD \$ 6.7 millones, los porcentajes de todas las cuentas de ingresos por concepto de intereses, comisiones, ingresos por servicios, reajustes ganados y devengados disminuyeron, los egresos financieros se incrementaron por intereses y reajustes pagados a terceros; esto permitió que en la primera administración por parte del Estado, con el asesoramiento de la ING BARINGS, Filanbanco S.A. en el ejercicio 1999, se haya podido pagar altos intereses que el Banco Central le cobró por los créditos otorgados; que hasta el 31 de diciembre de 1999, Filanbanco muestra una evolución positiva en su



el Sr. t.
del Sr. t.
-67-
Sesenta y
siete

patrimonio, pero al abandonarse el objetivo de la venta de la institución financiera, por cuanto no se renovó el contrato con el asesor internacional ING BARINGS, encargada de la reestructuración en la búsqueda de un comprador, con la finalidad de que el Estado pueda recuperar la cantidad de USD \$ 140 millones que invirtió en esa institución financiera el 2 de diciembre de 1998, su patrimonio fue disminuyendo hasta entrar en una grave crisis económica; que durante el ejercicio económico del año 2000 del Grupo Financiero Filanbanco, se nota que la situación financiera es negativa, esto se debe, entre otras circunstancias, a varios factores: la administración financiera de la institución bancaria no era norma por el continuo nombramiento de gerentes estatales y administradores; la supresión de un gran porcentaje del personal en todas sus ramas; la continua intervención de las entidades estatales a cargo de la reestructuración del banco; la compra obligada de certificados de depósitos CDRs sin ningún descuento; la obligación de efectuar préstamos subordinados a entidades bancarias en proceso de reestructuración; la fusión con el Banco La Previsora, todo esto llevó a que el Grupo Financiero Filanbanco S.A. en el año 2000 arroje pérdidas financieras por el valor de USD \$ 176.5 millones; de la información obtenida en la Superintendencia de Bancos se establece que en el año 1999 los resultados del Grupo Financiero eran positivos y se proyectaban al alza, mientras que a partir del año 2000 esos resultados se tornan "adversos"; además, en ese año 2000, de acuerdo a las reformas legales ya no era permitido al Banco Central realizar préstamos a los bancos con problemas de liquidez o solvencia, por lo que la AGD, en su calidad de accionista del Grupo Financiero resolvió utilizar a Filanbanco como medio para lograr sus "objetivos", abandonando el programa de "reprivatización" de Filanbanco; que en la administración estatal del Grupo Financiero, el 4 de agosto de 1999 Filanbanco concedió al Banco del Pacífico un préstamo subordinado por la suma de USD \$ 58.923.768.00, en bonos negociables; que la

1671
el sub. sub.
-68-
Sesenta y ocho

Intendenta Nacional de Bancos, economista Rosa Herrera, dispuso que se castiguen acciones de los accionistas privados del Banco La Previsora, con lo que se quedó sin capital y su patrimonio era el crédito que recibió de Filanbanco; la Superintendencia de Bancos autorizó que se capitalice el crédito de USD \$ 37.132.000 con lo que Filanbanco pasó a ser el único accionista de La Previsora; que al Banco Popular, para su capitalización, Filanbanco le otorgó un préstamo subordinado de USD \$ 49.641.000.00; que el Banco COFIEC, recibió de Filanbanco la suma de USD. 2.544.408.00 de crédito subordinado para reforzar su patrimonio, dando un monto total de USD \$ 148.241.176.000; que tales valores por concepto de préstamos subordinados entregados por Filanbanco, no fueron recuperados en su totalidad por el banco prestamista, pues las acciones entregadas en garantía, fueron transferidas el 30 de diciembre de 1998 a la AGD, dueña del Grupo Financiero, dejando constancia que la AGD registró en el traspaso un valor de USD \$ 104.669.510; que con la experticia practicada al pedido realizado en el Acápite V, numeral 12, del escrito de prueba, se demostró que las funciones que cumplió en Filanbanco, no en Filanbanco Trust & Banking Corp. fue la de contador, no funciones ejecutivas ni de decisión en el manejo de los dineros del Grupo Financiero Filanbanco; que no existe prueba que demuestre que estuvo en su poder en razón de su cargo, dineros públicos o privados o afines, para que se configure el delito de peculado, pues resulta imposible que esa facultad sea parte de sus funciones; que no fue directivo, administrador o miembro del directorio del Grupo Financiero, por tanto, no tuvo la atribución de aprobar y otorgar créditos, calificar riesgos y valorar garantías o ejecutar cualquier otra operación propia del giro de negocio de dicho Grupo; sin embargo a pesar de toda la prueba que demuestra que en calidad de Contador cumplió a cabalidad sus funciones, el Juez A-quo al momento de emitir sentencia reconoce esa verdad procesal y después “de pronto se

contradice” y luego cita otra supuesta prueba actuada durante el sumario y al final en forma “generalizada” como si con la función de Contador de Filanbanco hubiera tenido actividades propias de la administración bancaria, afirma que para los ex administradores de Filanbanco “... su conducta se ajustó al accionar propio de su función y por lo mismo es atribuible el juicio de reproche en su contra.”

El recurrente Juan Franco Porras, por medio de sus abogados defensores Santiago Andrade Ubidia y Juan Carlos Andrade Dávila, manifiesta que no se ha demostrado conforme a derecho la comisión del delito por el cual es imputado; que en el proceso existe prueba practicada en forma legítima que demuestra la inocencia de todos los condenados y que no ha sido considerada a la hora de dictar sentencia; que la Fiscalía no ha podido bajo argumento alguno, demostrar la culpabilidad de los encausados, sino que se ha limitado a reproducir documentos que ya constaban en el proceso y de cuyo análisis no se puede concluir que los procesados hayan cometido el delito de peculado; que el Juzgador, se refirió a algunas piezas procesales que fueron mencionadas en el auto de llamamiento a juicio, sin que dichas piezas hayan sido revisadas o analizadas de manera lógica y con sano criterio, sino que de forma contraria dieron lugar a conclusiones arbitrarias, a saber: informe de la firma Price Waterhouse Coopers, del cual aparece que se realizaron renovaciones de créditos con empresas vinculadas, más no se otorgaron nuevos créditos a estas compañías y que además no trata sobre la situación financiera de Filanbanco, por lo cual no puede ser la base para determinar ninguna conclusión; auditorías realizadas por Deloitte & Touche y por Holland and Knight LLP, han sido tergiversadas; que a la época en la que se investigan los ilícitos producto del presente proceso, los créditos a empresas vinculadas eran lícitos y que además las empresas del Grupo Isaías, pagaron todos sus créditos; que

al Sube

Sube, Don

-69-

Sesenta

y once

nunca se dio disposición arbitraria de fondos del Banco en beneficio de los accionistas principales, que eran los administradores del Banco, sobre esa base el Juzgador de Mérito ni siquiera señala el monto del dinero supuestamente comprometido, ni las personas que supuestamente se beneficiaron con estas operaciones de renovación, más aun tomando en cuenta que los accionistas principales de Filanbanco eran las compañías Intral Panamá S.A. y Seguros Rocafuerte S.A., no las personas naturales que le administraban; que la obligación por parte de los administradores de presentar un balance con sus respectivos anexos, que refleje la situación financiera del banco fue incumplida, o al menos el Juzgador de instancia, no especifica de qué manera fue incumplida esta obligación, cuál es la omisión o la conducta indebida y quiénes son los administradores o profesionales responsables de dicho incumplimiento, reduciéndose todo, a consideración del accionante, a realizar generalizaciones, sin precisar las conductas supuestamente delictivas y las personas que las cometieron; que hubo incumplimientos de Filanbanco al Plan de Estabilización del Banco Central, por ejemplo, se autorizó el refinanciamiento de créditos vinculados, siendo en definitiva una confusión entre una refinanciación de créditos con la concesión de nuevos créditos; que el informe de los peritos Fernando Castillo y Elvira Pino constituye prueba de descargo, sin embargo no se tomaron en cuenta a la hora de resolver; que las pruebas de descargo no se valoran y que en esa misma medida no se especifica cómo se produjo el supuesto beneficio a favor de los antiguos administradores de Filanbanco, en qué circunstancias se dio éste, quiénes participaron y en qué momento se realizó el supuesto desvío de fondos; que se hace referencia que existió abuso de los fondos de propiedad del Banco Central, a pesar de que la prueba actuada demuestra que los créditos de liquidez fueron debidamente utilizados; que se hace referencia a que las transacciones de nuevos créditos, no se otorgaron en razón de compromisos preexistentes con los clientes,

sino que se aprecia que la utilización de los recursos del Banco Central fue correcta y se cumplieron las regulaciones existentes a la época para el manejo de los recursos; que se dice que existió un perjuicio en contra del antiguo instituto emisor cuando es un hecho que el Banco Central, actuó diligentemente y que las garantías rendidas por Filanbanco fueron adecuadas y correctamente valoradas; que se dice que hubo desvío en provecho propio de los créditos de liquidez, cuando se puede apreciar que se realizó una correcta inversión de los recursos provenientes del Banco Central; que se dice que hubo el indebido registro de los créditos que afectó al resultado final del balance, cuando las dos cuentas hacen referencia a créditos a favor de instituciones bancarias, la 2701 contabilizaba créditos a favor del Banco Central, en tanto que la 2704 contabilizaba créditos a favor de otras entidades bancarias y que el Juzgador omitió indicar que se trató de un simple error que ocurrió durante un solo día, que fue inmediatamente corregido e informado a la autoridad, consistente en no registrar los fondos en la sub cuenta del pasivo correcta; que se afirma que existió peculado, sobre la base de la concesión de créditos vinculados, relacionados o inter compañías, siendo un “absurdo” por cuanto todas las pruebas a las que hace referencia el Juzgador de Mérito llevan a la conclusión lógica de que los fondos que el Banco Central entregó a Filanbanco en calidad de préstamos de liquidez fueron debidamente utilizados; que se afirma que las intervenciones de Juan Franco, como Gerente General de Filanbanco, en las sesiones de Directorio del mismo, se adecuan como conducta al ilícito que configura el artículo 257 del Código Penal, sin embargo, no se particulariza qué conductas ilícitas son éstas, además, no existe ningún elemento probatorio que permita llegar a las conclusiones a las que llega el Juzgador, de quien afirma “ha preferido vender su conciencia para agradar al poder político, en lugar de administrar justicia apegado a derecho”; que para el Juzgador de instancia, la misma prueba que sirve para condenar a

1673
el Libro
Léves, T.
-70-
Setenta

unos acusados, es utilizada para absolver a otros; que la inyección de fondos por parte de la entidad matriz a su subsidiaria no es una operación de crédito nueva, sin embargo, el Juzgador, deja de reconocer que no hubo ninguna ilicitud en la compra de cartera realizada por Filanbanco S.A. a su subsidiaria off shore Filanbanco Trust & Banking Corp.; que la sentencia se contradice, materializando una vez su condición de contraria y absurda; que se afirma que es igual una compañía filial y una empresa vinculada, cuando nada puede estar más alejado de la realidad, por cuanto las empresas filiales son parte del mismo Grupo Financiero; que en el auto de apertura de plenario los acusados fueron llamados a juicio por la comisión del llamado peculado bancario, delito que fue tipificado recién a partir de la reforma realizada en el año 1999; que el Juzgador de Mérito optó por usar la figura del peculado por malversación de fondos públicos, pese a que éste no se encontraba vigente al tiempo en que supuestamente se había cometido el supuesto delito, pues fue despenalizada en los años 1977 y 1978 y solo se volvió a penalizar en el año 2001 y sin tomar en cuenta además que el peculado es un delito que sólo puede ser cometido por los funcionarios públicos, es decir, es un delito especial en razón de que se requiere tener la calidad de funcionario público para su comisión; que se afirma que bajo la figura de los créditos vinculados, se dio un uso indebido de los créditos de liquidez otorgados por el Banco Central, en beneficio de empresas fantasma, cuando en la realidad, se ha probado que todas las empresas vinculadas con la familia Isaías eran reales y pagaron a Filanbanco sus créditos, los cuales fueron renegociados en dólares en el año 1998, lo cual también benefició al Banco, ya que no se vio afectado por la devaluación del sucre frente al dólar; que al momento en que los préstamos de liquidez fueron entregados a Filanbanco, en calidad de mutuo, Filanbanco pasó a ser propietario de los mismos, por lo que dichos fondos dejaron de ser fondos públicos y en esa tónica,

Filanbanco, se obligó para con el Banco Central, a restituir los fondos prestados, además de que debía pagar altas tasas de interés y rendir garantías suficientes para asegurar su restitución, por tanto, tampoco se puede hablar de la comisión de un delito de peculado general en este caso, ya que los fondos que supuestamente se habrían apropiado los imputados, entre ellos Juan Franco Porras, no eran públicos, por lo que no se puede subsumir la supuesta conducta en el tipo penal del peculado; que el Juzgador hizo una interpretación sui géneris de la teoría finalista, interpretación que no tiene ningún asidero en nuestro ordenamiento jurídico, para concluir sin ningún sustento en los hechos, que el tipo penal del peculado les era aplicable a los ex - administradores del Filanbanco; que el Juzgador no ha podido describir como se habría arribado al concierto para delinquir, ni las circunstancias en que éste se dio, ni las ventajas que los distintos participantes habrían obtenido por la comisión del delito; que en el presente proceso, se encuentra en completo estado de indefensión, por cuanto, la acusación fiscal se dio sobre el supuesto delito de falsificación de balances y no pudo defenderse del delito de peculado, ya que no fue acusado por dicho delito; que la sentencia recurrida carece de debida motivación, siendo éste un requisito esencial de validez, ámbito que se materializaría en la medida en la cual la sentencia no explica debidamente la pertinencia de la aplicación del tipo penal del peculado mayor o general en que se funda la resolución referida; dejándose además en la referida sentencia, de particularizarse la responsabilidad personal del accionante, es decir que no se gradúa la pena en honor al grado de participación del recurrente; por tanto, solicita que se declare a Juan Franco Porras inocente de los cargos iniciales del proceso, los cargos posteriores y cualesquiera otros que son materia de la sentencia condenatoria por cuanto no hubo malversación, desfalco, distracción ni abusos de dineros públicos, así como tampoco falsificación de balances y se revoque la sentencia dictada el 10 de abril de 2012, a

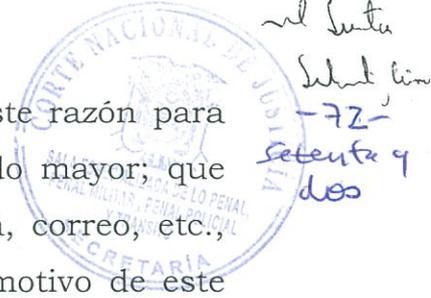
1674
al haber
Sala Juntas
-71-
Setenta y
uno

las 11h30, por el Juzgador de instancia, “quien se arrogó la calidad de Juez Unipersonal”.-

El apelante William Isaías Dassum, por medio de su abogado patrocinador Emiliano Donoso Vinueza, luego de elaborar un breve recuento de las principales piezas procesales, manifiesta que la Dra. Mariana Yépez, Ministra Fiscal, al emitir su dictamen fiscal, acusó a William Isaías, de ser autor del delito tipificado en el numeral tercero del artículo 363 y 364 del Código Penal, sin que supuestamente se justifique su participación en el supuesto ilícito, sin que se diga cómo, dónde o cuando había cometido algún tipo de infracción; que el hecho de haber ostentado un cargo sin ningún grado de decisión en las operaciones cuestionadas, no era suficientes como para acusarle de un delito; que no tuvo nada que ver con los supuestos créditos vinculados, deudas con el Banco Central u operaciones con Filanbanco Trust porque no correspondían a su cargo o función; que la historia se repitió en el auto de apertura a plenario; en la apelación y reforma de ese auto; en el pronunciamiento del “Tribunal de Excepción”; y, en la sentencia dictada por el Juzgador de Mérito; que en el auto de apertura a plenario, se lo acusó por el delito de peculado bancario, pero tampoco se dijo nada acerca de cómo William Isaías ocultó documentos, provocó falsedades, cometió el delito de peculado; que lo único que se dijo en su contra es que fue ex - Vicepresidente Ejecutivo de Filanbanco, aseveración falsa pues el cargo que ostentó fue el de Vicepresidente de la Regional Quito de Filanbanco; que nunca se preocuparon de enterarse cuáles eran sus funciones dentro del banco; que en el auto de apertura a plenario, se ignoró lo vertido en el dictamen fiscal, concerniente a que “con posterioridad a los actos que motivan este proceso, recién se tipifica como peculado la concesión de créditos vinculados...”; que nunca se le ha dicho de manera clara cuál es la acción u omisión dolosa que se le atribuye, por lo que asume que se encuentra sindicado por su

“apellido”; que no se probó la existencia material del delito del cual se le acusa, mucho menos el de peculado mayor, así como tampoco su participación en el mismo; que en el informe presentado por Guido Goyes Olalla y Mario Torres Jaramillo se evidenció que nunca ostentó en Filanbanco S.A. otro cargo que el de Vicepresidente Ejecutivo de la Regional Quito, cargo que en virtud de la ley y la práctica bancaria, jamás puede ser considerado como “supremo” o responsable de las decisiones políticas que toma el Banco, pues no tenía esas atribuciones; que en tal calidad, no se actúa en ninguna institución del sistema financiero de manera independiente, pues existen organismos jerárquicamente superiores; que impartía las directrices a la Regional Quito, como en toda institución del sistema financiero, era la casa matriz ubicada en Guayaquil, las mismas que a su vez provenían de las políticas dadas por el Directorio y la Junta General de Accionistas, domiciliados en Guayaquil, mientras él, residía en Quito, que además, estaban sujetas a las disposiciones contempladas en la Ley General de Instituciones Financieras; que no podía haber cometido delito alguno, cuando sus gestiones siempre se adecuaron a la ley y no fue observado por la Superintendencia de Bancos; que su cargo era administrativo, más de administración, dedicándose a velar por el funcionamiento de la Regional Norte, operaciones que no han sido cuestionadas en este proceso; que de ninguna manera el hecho de haber ostentado dicho cargo, le relacionaba con las decisiones tomadas por los administradores de Filanbanco Trust & Banking Corp., institución que a pesar de ser parte del mismo grupo financiero, tenía su administración propia, estaba domiciliada en Panamá y era vigilada por los órganos de control panameños; que los peritos determinaron que William Isaías, nunca ocupó cargo alguno de administración o de dirección en Filanbanco Trust; que se probó que jamás elaboró, dirigió, suscribió o aprobó los balances o estados financieros de Filanbanco S.A.; que nunca tuvo autorización ni poder de decisión en las operaciones financieras de la matriz, ni de la

Regional Quito de Filanbanco S.A., por lo que no existe razón para haberle sentenciado como autor del delito de peculado mayor; que jamás se logró tener un solo documento, oficio, carta, correo, etc., que le vincule con los actos supuestamente ilegales motivo de este juicio, por tanto, no existe una sola prueba en su contra; que la sentencia impugnada no determinó a qué fojas y con qué documentos, testimonios o exámenes periciales, se llegó a la certeza de que adecuó su conducta al delito de peculado mayor, pues olvidó explicar de qué manera pudo haber abusado, malversado o dispuesto de fondos públicos o derivados y que hayan estado en su poder en razón de su cargo, cuando precisamente por su función de ninguna manera podía realizar aquello, pues tales fondos jamás estuvieron en su poder, ni bajo su control o dominio; que lo más “sorprendente de todo” es que en la página 70 del fallo, se dice que William Isaías, ostentó el cargo de Vicepresidente del Directorio de Filanbanco, sin mencionar documento alguno que sustente esa afirmación, cuando jamás ostentó dicho cargo, sino el de Vicepresidente Ejecutivo de la Regional Quito; que la sentencia recurrida se habló en varias partes de finalismo, al reconocer el tipo subjetivo, funcionalismo, citando a Jakobs y hasta causalismo, cuando se refirió a la conducta y al dolo, pero no se indicó cómo se realizó el análisis de las categorías dogmáticas del delito, pues el resultado del análisis cambia según las escuelas mencionadas de manera “ininteligible”, pues el Juzgador de instancia tenía un “profundo desconocimiento” sobre las escuelas; que aun hablando de tipo subjetivo, elemento del tipo introducido por la escuela finalista, se concluyó que el dolo es parte de la culpabilidad, como cuando se refiere al dolo según nuestra legislación, la misma que está inspirada en el sistema causalista; que la diferencia entre causalismo y finalismo, es que el conocimiento de la antijuridicidad, que en la sentencia se confunde con el dolo, es que para la escuela causalista el conocimiento de lo antijurídico deber ser actual, mientras para el finalismo es potencial, por tanto, la



sentencia está inmotivada y es nula; que las “incorrecciones” sobre la autoría y las formas de participación, son también “inintendibles”, pues nunca pudo ser considerado como autor, en la medida en que en el recurrente, se presentan las cualificaciones de autor, que en este caso son: tener la calidad de servidor público, ya que nunca lo fue; estar encargado de un servicio público, nunca recibió ese encargo; y, abusar de dineros públicos o privados, cosa que no lo hizo.-

El recurrente Antonio Arenas Contreras, por medio de su abogado defensor Kléber Guerra Proaño, manifiesta que ni el auto cabeza de proceso, ni en el dictamen, ni en el auto de llamamiento a juicio plenario, ni en la sentencia, se establece con claridad y precisión la supuesta participación ilegal que habría tenido en el delito que se persigue, esto es, en ninguna parte del extenso expediente, se indica un solo acto típico, antijurídico y culpable cometido por él; que lo único que se dice para acusarle y sentenciarle es que en su calidad de contador de Filanbanco Trust & Banking Corp, con sede en Panamá, fue parte de la administración del mismo, como si tal calidad fuese suficiente para atribuirle la comisión de un delito; que no tuvo atribuciones administrativas, pues solo era un empleado más que no formaba parte de dicha administración; que la Superintendencia de Bancos nunca presentó registro contable alguno correspondientes al período comprendido entre el 14 de septiembre al 2 de diciembre de 1998, en donde se evidencie un solo acto cometido por él; que sus actuaciones en el cargo que desempeñó siempre estuvieron apegadas a la ley, lo que se corrobora con las respuestas al exhorto que se realizó a la Superintendencia de Bancos de Panamá, a través de la señora Clara Díaz y con la certificación de dicha Superintendencia, en la que se indica que Filanbanco Trust cumplió con todos los requisitos necesarios en la legislación panameña, para su liquidación dejando incluso un valor de

917.023,95 balboas "por si hubiera alguna obligación pendiente de cubrir", lo que no fue tomado en cuenta en la sentencia recurrida; que jamás fue empleado de Filanbanco S.A. en Ecuador, sino de Filanbanco Trust Panamá, institución que nunca tuvo un cuestionamiento sobre el manejo de sus balances contables y la veracidad de éstos, labor que la cumplía en su calidad de contador; por lo que se ha cometido una injusticia en su contra, al condenarlo sin tener ningún indicio incriminatorio en su contra.-

CONTESTACIÓN A LOS RECURSOS DE APELACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El doctor Galo Chiriboga Zambrano, Fiscal General del Estado, contesta los escritos de fundamentación de los recursos de apelación, en los siguientes términos: "*PRIMERO.- FUNDAMENTACION DE LOS RECURRENTES.- 1. En la sentencia impugnada, el Juez de la causa, declaró la culpabilidad en calidad de autores responsables del delito de peculado previsto y reprimido en el Art. 257 del Código Penal a: ROBERTO ISAÍAS DASSUM, WILLIAM ISAÍAS DASSUM, JUAN FRANCO PORRAS, GASTÓN GARCÍA GONZÁLEZ, LEONARDO NAVAS BANCHÓN Y ANTONIO ARENAS C., imponiéndoles la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, JORGE EGAS PEÑA y LUIS JÁCOME HIDALGO, a la pena de tres años de reclusión mayor ordinaria en calidad de cómplices de ese delito. 2. Roberto Isaías Dassum, representado por su Procurador Judicial, Ab. Xavier Castro Muñoz, luego de hacer una reseña sobre la familia Isaías, la crisis financiera de 1998, el caso Filanbanco S.A. y el proceso de restructuración para su fortalecimiento, etc. en lo principal manifiesta: a) Que se proceda con pleno respeto al debido proceso, al derecho a la defensa, al principio de congruencia penal, principio de legalidad o reserva de ley, a la irretroactividad penal, en perjuicio del reo, al principio in dubio pro reo, la prohibición de la ultra actividad penal en perjuicio del reo, a la*

retroactividad penal en favor del reo, a la plena vigencia de la presunción de inocencia mientras no sea destruida jurídicamente por las pruebas de cargo confrontadas con las conductas individuales del recurrente y el respeto absoluto de la *reformatio un peius*; b) Que se aplique los derechos y garantías constitucionales, puesto que gozan de la supremacía normativa y son de inmediata y directa aplicación, Art. 11.3, 424 y 425 de la Constitución del 2008, vigente; y, c) Que se aplique los derechos humanos del recurrente reconocidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, que son de directa e inmediata aplicación y que prevalecen sobre otra norma jurídicas y actos del derecho interno como lo disponen los Art. 11.3, 424 y 426 *ibidem*, resolviendo el recurso de apelación de la sentencia. 3. El doctor Jorge Egas Peña alega: a) Que en su caso concreto no existió acusación alguna por parte de la fiscalía, pues la titular de tal órgano, al emitir su dictamen dentro de este proceso se abstiene de acusar al recurrente, por estar de acuerdo con la resolución del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, que el 29 de diciembre de 2000, revocó el auto de prisión preventiva que había dictado en su contra por no existir indicios de responsabilidad que tampoco encontró la fiscalía y cuya situación no varió a lo largo de este dilatado proceso; b) Sostiene que en la etapa de la prueba, el juzgador que es además Juez de Garantías Penales de acuerdo a la Constitución vigente, debe analizar la prueba de manera prolija, es decir, de manera cuidadosa y esmerada, que le permita concluir si la etapa del juicio cumple o no con las finalidades que prevé la ley procesal penal. Que solamente la certeza y lejos de cualquier duda razonable hace viable y legítima una sentencia condenatoria; fuera de esta posibilidad la única opción coherente con la vigencia plena de un estado de derecho es la absolución; sin embargo de aquello, fue acusado por el delito de

peculado en calidad de cómplice, sin que en ninguna parte de la sentencia aparezca un análisis de la prueba que permita concluir la acción de colaboración de dicho procesado en la comisión del delito que se persigue, aclarando que él fue Superintendente de Bancos y no Administrador de Filanbanco; c) Que en su actuación en la Superintendencia de Bancos estuvo encuadrada en la ley; que nunca concedió ni opinó sobre el otorgamiento de un préstamo de liquidez a favor de Filanbanco, que no era de su competencia, al contrario, realizó una estricta vigilancia sobre la utilización de dichos préstamos que fueron reportados al Banco Central, lo que fuera desvirtuado posteriormente por el Gerente General del Banco Central; d) Que el peculado por omisión no existe en la legislación penal ecuatoriana, pues dicho tipo delictual se comete esencialmente por comisión; esto es, con la ejecución maliciosa o dolosa de ciertos actos conducentes a la obtención de un resultado dañoso en los bienes del sector público que se encuentren en poder o a disposición de un funcionario o servidor público quien abusa de los mismos, resaltando que jamás tuvo en su poder o a su disposición dinero alguno de los que se entregaron en préstamo de liquidez a Filanbanco; y, e) De lo que se evidencia su ninguna intencionalidad de abusar de los dineros del Estado ni favorecer a quienes supuestamente se beneficiaron de él, concluyendo que fueron distorsionados por quienes tenían el poder de decisión. 4. Luis Jácome Hidalgo por intermedio de su abogado Alberto Wray dice: a) Que la lectura de la sentencia permite advertir que ni en los considerandos ni en el análisis de la prueba, ni en la parte resolutive se dice cuál podría haber sido la conducta que motivó la condena del doctor Luis Jácome Hidalgo, ni menos aún que ha quedado probada la supuesta complicidad; que la sentencia es contradictoria porque a su criterio hay otras consideraciones en el fallo que excluyen y anulan toda posibilidad de que pueda atribuírsele a su defendido alguna forma de participación en el delito, por lo que debía haber sido absuelto; b) Analiza los elementos necesarios para que exista

complicidad y para ello se sustenta en tratadistas como Pérez Borja y jurisprudencias; c) Alega que en la sentencia no se ha tomado los elementos de prueba que exculpan al doctor Jácome, citando las principales.- La sentencia no ha tomado en consideración que el presidente del Directorio del Banco Central, no tiene otras funciones que las de presidir dicho organismo pluripersonal, es decir individualmente no tienen poder ni facultad alguna por lo que se pregunta, si el Directorio es cómplice de peculado ¿por qué no están los integrantes del Directorio?.- Que el Directorio del Banco Central no es autoridad de control sobre los Bancos ni tiene esas facultades el Presidente del Directorio.- Que la sentencia no ha considerado el contenido de las resoluciones del Directorio del Banco Central en las que se otorgan los créditos ya que en ellas constan las razones y fundamentos jurídicos en las que tales resoluciones se respaldaron; así como tampoco las actas de las sesiones en las cuales el Directorio aprobó los créditos y además la actuación del Dr. Luis Jácome por asegurar los intereses del Banco Central; d) Tampoco se ha tomado en cuenta que el doctor Jácome como Presidente del Directorio, hizo conocer al Superintendente de Bancos del incumplimiento por Filanbanco de las obligaciones impuestas dentro del programa de estabilización; y, e) Tampoco se ha evaluado los informes y oficios de los Gerentes del Banco Central de esa época Iván Ayala y Miguel Dávila, informe que son mencionados pero no evaluados; razón por la que, estima que el Dr. Luis Jácome ha sido condenado sin motivo sin pruebas, sin tomar en cuenta la prueba que lo exculpa y excluye toda posibilidad de participación delictiva. Por las razones anotadas pide se revoque la sentencia y se absuelva al tantas veces nombrado doctor Luis Jácome. 5. Leonardo Navas Banchón, en el escrito por el cual fundamenta su recurso de apelación expresa: a) Que el cargo que desempeñaba en Filanbanco S.A., era el de contador, es decir el encargado de elaborar y llevar la contabilidad del Banco y de los estados financieros en base a las transacciones financieras, que,

mediante un sistema contable computarizado automático y directo lo realizaban los administradores de la entidad en función del giro del negocio propio del banco, por lo que no se encuentra probado la existencia de los elementos constitutivos del tipo objetivo del peculado bancario por el cual fue sentenciado como autor del mismo; b) Que los estados financieros de Filanbanco, reflejaban su real situación económica, financiera y patrimonial, y por ende no fueron mutilados, habiendo sido presentados en forma oportuna dentro del tiempo que establece la ley general del sistema financiero conforme lo demostró con el oficio suscrito por el doctor Luis Jácome Hidalgo, en ese entonces Presidente del Banco Central, el informe de 12 de junio del 2000, del Eco. Miguel Dávila Castillo, Gerente del Banco Central del Ecuador en esa época, así como también, el oficio de 25 de marzo de 1999, suscrito por el doctor Patricio Moreno, Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros de la Superintendencia de Bancos, documentos que fueron agregados al juicio como prueba a su favor; c) Que con los documentos mencionados en el numeral 2 de su fundamentación, demostró que los balances del grupo financiero Filanbanco y sus subsidiarias sí entregó a las autoridades de control cuando fueron requeridos, reportando además a las autoridades sobre la concesión de operaciones de crédito nuevas con recursos propios, y que tanto la Superintendencia de Bancos y Seguros como el Banco Central del Ecuador sí conocían y avalaron esas operaciones de crédito; y, d) En los numerales 3, 4, 5, 6, 7 y 8, se refiere a toda la prueba documental que ha incorporado dentro de la causa penal, signada con el No. 414-2010, con las cuales demuestra que la sentencia apelada no refleja la verdad procesal que surge de la verdadera valoración de la prueba actuada tanto en el sumario como en el plenario que indudablemente influyó en el fallo para perjudicarlo. 6. Juan Franco Porras, sustenta su fundamentación en lo siguiente: a) En su extenso escrito analiza todo el contenido de la sentencia, las pruebas por la cuales mereció un fallo condenatorio en su calidad de autor del delito de peculado, sin

que se haya demostrado conforme a derecho la comisión de dicho delito por parte de ninguno de los encausados, más bien al contrario sostiene que existe prueba irrefutable que demuestra la inocencia de todos los injustamente condenados, por lo que la sentencia debe ser revocada en su totalidad; toda vez que, no existió malversación desfalco, distracción ni abusos de dineros públicos ni tampoco falsificación de balances. 7. William Isaías Dassum, argumenta el recurso de la siguiente manera: a) Primeramente realiza un análisis del proceso desde que se inició sobre la base de la excitativa fiscal presentada por la doctora Mariana Yépez Andrade, en esa época Fiscal General del Estado; el auto de llamamiento a juicio plenario, dictado por el ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Armando Bermeo; la apelación resulta por los jueces doctores Ulloa, Moyano, Peñarreta; la reforma del auto de llamamiento a juicio expedido por los ex Conjueces doctores Salazar, Mazzini y Rojas; el pronunciamiento del Tribunal de excepción designado y posteriormente la sentencia expedida por el doctor Wilson Merino; b) Que desde el primer momento de este proceso hasta la presente fecha se ha coartado ilegal e ilegítimamente su derecho a la defensa y en la etapa de prueba se permitió la intervención de agentes y sujetos externos a este proceso, sin que de manera alguna se haya probado ni la existencia material del delito del cual se le acusa, ni de ningún otro, peor aún el de peculado mayor; c) Que fue Vicepresidente Ejecutivo de la Regional Quito Filanbanco, cargo administrativo, mas no de administración, sus funciones eran las de velar por el funcionamiento de la Regional Norte, cuyas funciones y operaciones bancarias jamás fueron motivo de queja de ningún tipo y no forman parte de este proceso; d) Que la Superintendencia de Bancos, jamás le increpó el haber incumplido o haberse extralimitado en sus funciones por lo cual nunca fue sancionado o llamado la atención por parte del organismo de control por un mal desempeño de su cargo, razón por la que, en ninguna de sus gestiones que realizó en la calidad antes mencionada,

al Sks
Sks, ju
-76-
Setenta y
Seis

están siendo cuestionadas en este proceso penal, la razón de estar sindicado en este proceso es por su apellido Isaías; e) Que nunca tuvo autorización ni poder de decisión en las operaciones financieras de la matriz ni de la Regional Quito de Filanbanco, por lo que es imposible que se le impute la participación en el delito de peculado, por lo que considera que ha sido víctima de persecución e injusticia, lo que ha demostrado durante más de 10 años; porque jamás lograron tener un solo documento, oficio, carta, correo, etc. etc. que lo vincule con los actos supuestamente ilegales motivo de este juicio; f) Resalta que el 12 de enero del 2011, dentro del término de prueba solicitó que señale día y hora para que el señor Superintendente de Bancos exhiba en el despacho del Juez, el oficio, la carta el memorando o cualquier documento similar en el que aparezca una orden, sumilla o una disposición del señor William Isaías Dassun, relacionados a los supuestos desembolsos y operaciones de crédito nuevos, al supuesto incremento de cartera en sucres y dólares, así como en la cuenta de activos fijos y a las supuestas inversiones en Filanbanco Trust & Banking Corp. Prueba a la que se opusieron la Fiscalía General, Superintendencia de Bancos y el resto de organismos de control, argumentando que era improcedente e incorrectamente planteada, existiendo en el proceso una razón que determina en el día y hora señalados, no se exhibió un solo documento de los solicitados; y, g) Finalmente afirma que jamás manejó, administró, o tuvo en su poder dineros públicos ni privados, no solo porque no existe prueba de aquello y aquella que existe demuestra lo contrario, sino porque además en virtud de su cargo, conocimiento y experiencia, no intervino ni podía intervenir en una sola de las operaciones bancarias y financieras que se reclaman critican o cuestionan, porque jamás fue Vicepresidente del Directorio de Filanbanco, ni tuvo participación alguna en las decisiones finales que en esta Institución se tomaron. 8. Antonio Arenas Contreras, expone: a) Que en la sentencia no se consideran las pruebas cuya reproducción práctica, exhibición por

simple consideración requería y con las cuales demostraba su absoluta inocencia en la causa, porque sus actuaciones fueron apegadas a derecho, y a su proceder característico en todas sus actividades tanto personales como profesionales; b) Que la sentencia dictada el 10 de abril del 2012 no establece con claridad y precisión la supuesta participación ilegal que habría tenido en el delito que se persigue, porque no existe en ninguna parte un acto típico antijurídico y culpable cometido por él; ya que, para procesarlo y sentenciarlo el único argumento existente es su calidad de contador de Filanbanco Trust & Banking Corp, con sede en Panamá, sin que haya tenido atribuciones administrativas, era simplemente un empleado más que no formaba parte de dicha administración; y, c) Por lo que considera que se ha cometido una injusticia contra él, se lo ha condenado sin tener ningún indicio incriminatorio, esto es, ningún hecho cierto y probado en su contra ya que no se ha actuado ninguna prueba que desvirtúe el antes mencionado principio de inocencia que demuestre que a través de sus actuaciones haya cometido el delito por el que se le condena o el supuesto delito financiero por el que se emitió el dictamen fiscal que descartó el delito de peculado. SEGUNDO.- LA SENTENCIA IMPUGNADA: 1) El Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, el 10 de abril del 2012, en el juicio No. 414-B-2010, en la parte expositiva de la sentencia analiza la jurisdicción y competencia, validez procesal, el estado constitucional de derechos y justicias, características del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el plazo razonable de duración del proceso penal, el análisis del principio de legalidad penal, participación y gradación delictual, esto para individualizar el grado o calidad en la participación delictual, sustentándose tanto en la Constitución de 1998, vigente a la época en que se cometió el delito, como en la del 2008, actual; para ello recurre a reconocidos penalistas que definen lo que es la autoría, complicidad y encubrimiento. 2) En el considerando OCTAVO del fallo se refiere a las pruebas documentales

que sirvieron al Juez a quo, para dictar el auto de llamamiento a juicio, las mismas que se encuentran consignadas desde los numerales 8.1 a 8.9, practicadas en la etapa del sumario, lo que le permitió al Juez dictar el auto de llamamiento a juicio. 3) En el considerando NOVENO, puntualiza la prueba practicada de acuerdo a las normas previstas en el Código de Procedimiento Penal de 1983, vigente a la época en que se dio inicio a este juicio penal, en el mismo que analiza en los diferentes numerales la prueba actuada de este proceso como es el uso de los préstamos de liquidez, los actos realizados dentro de estos préstamos; el indebido registro de cuentas que originó una inadecuada presentación en el balance general de los saldos de las cuentas que conforman el grupo 27 "Créditos a favor de bancos y otras instituciones financieras"; las inversiones en Filanbanco Trust & Banking Corp; el programa de restructuración al que fue sometido Filanbanco; sobre el perjuicio económico contra de Filanbanco y Filanbanco Trust & Banking Corp; las omisiones de la firma auditora Hansen Holm; y, la venta de cartera de Filanbanco S.A. a Filanbanco Trust & Banking Corp. TERCERO.- CRITERIO DE LA FISCALIA RELACIONADO CON LA FUNDAMENTACION DE LOS ESCRITOS DE APELACION: 1.- Las pruebas referidas en el considerando anterior, fueron analizadas cuidadosamente por el juzgador, las mismas que le permitieron llegar a la convicción en la parte resolutive de la sentencia, sin lugar a duda, que los recurrentes ROBERTO ISAÍAS DASSUM, WILLIAM ISAÍAS DASSUM, JUAN FRANCO PORRAS, GASTÓN GARCÍA GONZÁLEZ, LEONARDO NAVAS BANCHÓN Y ANTONIO ARENAS C., son autores del delito previsto y reprimido en el Art. 257 del Código Penal; y, JORGE EGAS PEÑA y LUIS JÁCOME HIDALGO, cómplices de ese delito; sin que en la fundamentación de los recursos de apelación, se demuestre fehacientemente que el Juez inferior, para condenarles haya incurrido en una falta de análisis de las pruebas que obran de autos, o haya aplicado sin sustento jurídico un delito y una pena que no correspondan a la realidad jurídica; tanto más cuanto que, del texto

de la pieza procesal antes citada, se advierte que se encuentra consignada la convicción necesaria para condenar y que es consecuencia de las pruebas positivas que demuestran la vulneración a ese acto antijurídico. 2.- Por otra parte, es menester recordar que el presente caso se tramitó con el Código de Procedimiento Penal de 1983, en cumplimiento a la primera Disposición Transitoria del Código de Procedimiento Penal del 2000, que dice: "Los procesos penales que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código de Procedimiento Penal, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República.". 3.- Por último, por cuanto la sentencia apelada se encuentra apegada estrictamente a derecho, solicito que se rechace los recursos de apelación interpuestos por las personas inicialmente puntualizadas y se confíne la sentencia del inferior.".-

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS EN TORNO AL RECURSO DE APELACIÓN

El jurista Juan Carlos Muñoz Torres, en su obra *Tratados de los Recursos Jurisdiccionales*, Editorial, Parlamento Ltda., año 2009, Págs. 97 a 100, explica: "La apelación tiene su origen etimológico en el latín "apellare", que significa llamar. En su aceptación genérica, apelar consiste en recurrir a alguien o algo en cuya autoridad, criterio o predisposición se confía para dirimir, resolver o favorecer una cuestión. Por lo que hace al tema que nos ocupa, la conceptualización jurídica del Diccionario de la Real Academia previene que apelar significa recurrir al juez o tribunal superior para que revoque, enmiende o anule la sentencia que se supone injustamente dada por el inferior. Esta significación original, ha sido precisamente la base de esta institución procesal, ya que por la apelación se acude a un tribunal superior para que corrija, repare o enmiende lo resuelto por otro inferior. El sustento

al Inter
vált, lue
- 78 -
Setenta y
Ocho

del recurso se encuentra en dos órdenes de materias. Primero, en la propia naturaleza humana, de falibilidad o error a que estamos permanentemente expuestos como personas, y por cierto también los mismos jueces. Segundo, en la necesidad de tener una certeza jurídica mayor que la que puede proporcionar un tribunal unipersonal, ya que por lo general los tribunales de apelación son órganos colegiados. En el fondo, la apelación no es más que la materialización del sistema procesal conocido como de revisión o de doble instancia. Se trata de un recurso material que persigue el correcto establecimiento de los hechos del proceso y su ajustada interpretación legal, de manera que con esta doble instancia se procura si no evitar, a lo menos minimizar las deficiencias o defectos del tribunal inferior. Al estar prevista, desde luego y con anticipación al momento de trabarse la Litis, la posibilidad de que los hechos sean revisados por un superior jerárquico, la doble instancia otorga a las partes suficiente tranquilidad y certeza de corrección en la manera de actuar del tribunal y de los propios contendientes, reduciendo drásticamente la displicencia, la ligereza y la falta de cuidado y atención, especialmente respecto del órgano jurisdiccional. Las partes pueden ser negligentes en el ejercicio y práctica de sus derechos, pero ello no faculta al órgano del Estado llamado a administrar justicia para actuar del mismo modo. El tribunal es el árbitro de la contienda entre las partes y, por lo tanto, debe estar al margen de sus errores o defectos, debiendo procurar superar, incluso, sus propias fallas humanas. La doble instancia deviene, pues, como la mejor respuesta para que quienes acuden a un tribunal por justicias obtengan lo que se acerque más a ella, y procura, como su nombre lo indica, que el juicio se ventile en dos etapas o sedes, independientes una de la otra, y sin que la primera sea obligatoria para el tribunal superior. En el fondo, se trata de dos verdaderos juicios separados, donde todas las materias conocidas en primera instancia pueden serlo también en la segunda, incluyendo la rendición de prueba. (...) Definiremos la apelación como un medio procesal de

impugnación, de carácter regular u ordinario, por el cual se faculta a quien se encuentre obligado al cumplimiento de una determinada resolución judicial para que, dentro de cierto lapso de tiempo, acuda al superior jerárquico del que la dictó, a objeto que la modifique o revoque por ser agravante a sus derechos. Nuestra ley procesal civil no define la apelación, y la única referencia conceptual se contiene en el artículo 186, conforme el cual “el recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior”. No conocemos ningún texto legal que consagre una definición de la institución en estudio. Sin embargo, los autores en general proponen definiciones y conceptos que se encuadran dentro de los anteriores. (...) Enmendar significa arreglar, quitar defectos, resarcir o subsanar daños, de manera que con la apelación se procura reparar un agravio determinado o específico, causado por error del juez al apreciar y calificar todos o algunos hechos del proceso, expresado lo anterior en una resolución concreta. El error judicial puede provenir de una mala formación o versación jurídica, o ser la consecuencia de mera liviandad en el examen, análisis y ponderación de los hechos o las probanzas, o impropiedad en la determinación y aplicación de las normas jurídicas correctas, etc.; es decir, puede tratarse de una falla humana, producida sin intención de causar deliberado perjuicio a la parte. (...)”

Para el profesor Jorge A. Claria Olmedo, en su texto *Derecho Procesal Penal, Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 283-285* “el proceso penal tiende a la justa actuación de la ley sustantiva con respecto a una base fáctica correcta y a través de un trámite regular y legal. Si los actos procesales no se adecuan al esquema de la ley o no resulta justo el contenido de la resolución, la finalidad del proceso estará desviada o no será obtenida, se habrá incurrido en ilegalidad o en injusticia, calidades que recíprocamente podrían estar contenidas una en la otra. Las partes tiene el poder de impugnación cuando dentro

1682
al file,
whk, de
79 -
setenta
y nueve

del proceso o después de él persiguen la corrección o eliminación del error o defecto. Es un poder autónomo porque no depende de la existencia real del error o vicio, sino que nutre en su mera invocación ante la existencia del agravio. Es un poder de naturaleza procesal por su origen y contenido, ya que emanada de normas procesales y sirve para hacer valer pretensiones de ese mismo carácter. Legislativamente la impugnación está caracterizada con la expresión "recurso", que en singular se aplica a cualquiera de los medios. En cuanto a su objeto, queda limitada a las resoluciones judiciales, con exclusión de lo que se conoce por incidente de nulidad. El recurso es un poder acordado por la ley procesal a la parte agraviada por una resolución judicial que estima ilegal o injusta. Es un poder de atacar esa resolución para provocar su eliminación o un nuevo examen de lo resuelto con miras a obtener otro pronunciamiento que le sea favorable. Se ejercita dentro de los límites legales, y provoca un procedimiento impugnativo que marca un momento cognoscitivo a cargo del mismo tribunal (alzada). El ejercicio del poder se resuelve en la actividad impugnativa que produce a través de los medios de impugnación; acto de recurrir y procedimiento del recurso. Según cuál sea la amplitud del recurso y la vía regulada por la ley, se estará frente a uno u otro de los distintos medios de impugnación. La parte agraviada interpone el recurso, y su aceptación abre jurisdiccionalmente la vía que conduce a la nueva resolución confirmatoria, revocatoria o anulatoria de la resolución impugnada: desestimación o acogimiento de la pretensión impugnativa, por rechazarse o aceptarse su fundamento. En el proceso penal los medios de impugnación aparecen como un mercado reducto del principio dispositivo, más propio del proceso civil. No obstante, a pesar de sus limitaciones, nada hace pensar que haya tendencia a eliminarlos. Tienen como fundamento constitucional la garantía de una mejor justicia y regularidad procesal. Se asientan en la falibilidad de los jueces que una perfecta organización judicial no alcanza a eliminar. En conclusión, los recursos tienen como

fundamento razones de legalidad y de justicia. Recurrir implica afirmar la existencia de un vicio, éste puede consistir en un juicio incorrecto contenido en la decisión impugnada, o en un pronunciamiento irregular en su obtención. El error de juicio puede manifestarse en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. El efecto de procedimiento puede radicarse en la construcción de la resolución o en el trámite para llegar a ella. No es sencillo en muchos casos determinar con precisión cuándo un vicio in iudicando es de hecho o de derecho la dificultad se presenta frente a la casación que excluye el error en el juicio sobre hechos, por lo cual allí se examinará con mayor detenimiento. Es yerro sobre los hechos cuando el vicio hace al mérito de lo fáctico integrante de la cuestión de fondo, o sea a la cuestión resuelta sobre la realidad ocurrida que debe encuadrarse en el sistema legal. Es la materialidad juzgable obtenida a través de las pruebas de autos, con exclusión del camino recorrido para obtenerla. Se trata de los hechos de la causa y no del proceso. En cambio, el error de juicio es sobre el derecho cuando se encuentra en la valoración jurídica del caso decidido: discordancia entre la realidad fijada y el esquema legal escogido para su encuadramiento. Se incurre en error al aplicar la norma jurídica en sentido amplio. Generalmente ha de tratarse de la ley sustantiva, pero puede ocurrir que el caso esté regido por la ley procesal. En general se resuelve en la actuación de una norma específica cuando no correspondería ninguna o viceversa, o de una norma específica cuando en realidad correspondería otra. Puede tratarse tanto de una norma penal como de una civil: basta con que a ella deba o no deba referirse el caso resuelto. Es una inobservancia o errónea aplicación del derecho en su integridad normativa (de represión y de libertad) frente al caso resuelto. El vicio in procedendo no se refiere al caso resuelto sino a la forma de resolverlo para decir o para llegar a la resolución, sin tener en cuenta el juicio contenido en el dispositivo. Es vicio en la actividad y no en el juicio. Se refiere a la regularidad de los actos del proceso y de éste en general, por lo cual se vincula directamente con el sistema de

1683
al libro
de la Tm
-80-
de la Tm

sanciones procesales. La inobservancia en el trámite para llegar a la resolución impugnada puede consistir en la omisión de uno o más actos o de participación de un sujeto procesal, inoportunidad de un acto cumplido o deficiencia estructuran en su integración o de modo en su manifestación, o cumplimiento de modo distinto al previsto. En todo caso el defecto debe influir en el pronunciamiento en forma decisiva. Dada su coordinación con las sanciones procesales, el vicio no debe haberse subsanado ni cumplido su fin con respecto a todos los interesados.”.-

El jurista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo en su obra *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo IX, Edino, págs. 249, 250 y 256, dice: “El derecho de impugnar se lo concede a la parte procesal para que se oponga a la ejecución de una decisión judicial que le causa agravio. La persona que ejerce el derecho de impugnar debe actuar en función de un interés surgido del gravamen que le ocasiona la decisión impugnada. El prof. Couture dice: en relación con el tema del agravio: “El agravio es la injusticia, la ofensa, el perjurio material o moral. El litigante a quien la sentencia perjudica afirma que ésta le infiere agravio y acude a mayor juez a expresar agravios. El recurso dado para reparar los agravios es, pues, la apelación” (destaca el original). El agravio puede ser real o supuesto, de acuerdo al criterio de quien ejerce el derecho de impugnación. Necesariamente no debe ser una providencia injusta; pero si la parte procesal considera que sí lo es, que existe oposición entre el hecho real y el hecho considerado en la providencia; o entre lo dicho por la ley y lo aceptado por la resolución, entonces, la persona que considera que estos errores de hecho, o de derecho, de forma, o de fondo, lo perjudican, puede ejercer el derecho de impugnación. (...)El derecho de impugnación, siendo un derecho subjetivo, que nace en el momento en que la persona se constituye en parte procesal, necesita materializarse, objetivarse para su ejercicio y el modo de hacerlo es mediante el recurso. Esta palabra tiene origen

latino –recursus (retorno)- que significa volver una cosa de donde se originó. El motivo jurídico para ejercer el derecho de impugnación puede ser variado, pero la doctrina lo ha resumido en dos: vitium in procedendo y vitium in iudicando. El primero se refiere al error de procedimiento; y el segundo, al error o vicio sustancial. Este, a su vez, puede referirse al error de hecho (error in facto), o al error de derecho (error in iure). El prof. Couture, al referirse al error in iudicando dice que “consiste normalmente en aplicar una ley inaplicable, en aplicar mal la ley aplicable o en no aplicar la ley aplicable”. Y al referirse al error in procedendo expresa que es “la desviación de los medios de proceder”.-

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE ALZADA

En el caso in examine, se pone de relieve que el Juzgador de instancia, al analizar detalladamente la prueba tanto documental como testimonial incorporada al proceso, llega a la conclusión inequívoca que se ha demostrado lo que la escuela causalista denomina la existencia material del delito de peculado y la responsabilidad penal de los recurrentes Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum, Juan Franco Porras, Leonardo Navas Banchón y Antonio Arenas Contreras; o, en términos de la escuela finalista, determina que se han comprobado todos los elementos constitutivos de las categorías dogmáticas del delito, relativas a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, más allá de alguna imprecisión en torno al tipo subjetivo y al dolo, lo que implica un aspecto meramente formal, sin secuela alguna de fondo o menos aún que el Juzgador de Mérito haya incurrido en “confusión o desconocimiento”; o, en “dislates jurídicamente imperdonables”, como lo sostiene la defensa del recurrente William Isaías Dassum, que se vale para tales aseveraciones de la falacia material denominada “el enemigo de paja”, entendida como la exposición de un punto de vista

1689
el fide
arbit, gub.
-81-
edente y
uno

ridiculizando de modo que sea fácil rebatirlo, situación que en palabras del profesor español David Martínez Zorrilla, en su obra *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2010, pág. 260; es una práctica usual de ciertos abogados en libre ejercicio profesional que no debaten con altura y en base a argumentaciones sólidas, sin menoscabos de ninguna índole.-

En este orden de ideas, resulta necesario enfatizar que los ciudadanos tienen el derecho a impugnar el fallo que les cause agravio y a través de la interposición del recurso de apelación, pudiéndose mediante dicho recurso corregir los errores incurridos en la sentencia de primer nivel, conforme lo establece el artículo 76 numeral 7, literal m) de la Constitución vigente desde el 2008, lo que se encuentra también regulado de manera infraconstitucional en los artículos 348 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 1983; de tal suerte que los recurrentes han hecho uso del referido derecho y al fundamentar sus recursos, se han centrado en cuatro macro aspectos, a saber:

El primer aspecto plantea el hecho de que los apelantes han sido condenados por el delito de peculado mayor, cuyo sujeto activo solo pueden ser los empleados y servidores públicos, lo cual carece de asidero jurídico, pues a partir de la promulgación de la Constitución Política de la República de 1998, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998, esto es, antes de los hechos, materia de este enjuiciamiento, el sujeto activo del delito de peculado se amplió a cualquier persona, sin importar su cargo, función o filiación, así lo prevé el artículo 121 de la Carta Magna de 1998 (actual artículo 233 de la Constitución de la República de 2008), que dice textualmente lo siguiente: *“Artículo 121.- Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a*

los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado. Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.”; por tanto, los recurrentes o cualquier persona, que participe en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, aún en el evento de no tener la calidad de “empleados o servidores públicos”, pueden ser imputados y condenados, de ser el caso, por haber adecuado su conducta a tales delitos. Al respecto, el autor ecuatoriano Ernesto Albán Gómez, en su obra *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo II, Parte Especial*, dice lo siguiente: “La norma constitucional vigente desde 1998 (Art. 121), a nuestro modo de ver, zanjó definitivamente la cuestión (dilucidar si un particular puede ser o no sujeto activo del delito de peculado), al establecer que en el delito de peculado, entre otros, las reglas sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos “también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas. Y así se ha reconocido en sentencia de la Corte Suprema (Registro Oficial 111, de 25 de junio del 2003).”.- Asimismo, la posición mayoritaria de la jurisprudencia ecuatoriana, de la más alta jerarquía en su momento, esto es, de la Corte Suprema de Justicia, inclusive antes de la promulgación de la Constitución Política de la República de 1998, bajo el concepto de que “la coparticipación en el delito no implica división de la infracción, ésta siempre conserva su unidad objetiva”, condenaba a particulares por el

el fin
 objeto de
 -82-
 de estudio y
 de los

delito de peculado, en el grado de coautores. (Gaceta Judicial. Año LXXIX. Serie XIII. No. 5. p. 1062, Quito, 5 de abril de 1979; Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 13. p. 3105, Quito, 7 de octubre de 1981; Gaceta Judicial. Año LXXXIII. Serie XIV. No. 1. p. 95, Quito, 10 de septiembre de 1982; Gaceta Judicial. Año LXXXV. Serie XIV. No. 9. p. 1996, Quito, 23 de julio de 1985; Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 12. p. 3129, Quito, 2 de junio de 1998).-

El segundo aspecto postula que los recurrentes han sido condenados por el delito de peculado mayor tipificado en el artículo 257 del Código Penal, pero por conductas constitutivas de la denominada malversación, figura que según la defensa de Roberto Isaías Dassum fue “despenalizada por su falta de gravedad jurídica, y así mismo lo hizo el Ecuador, por Decreto Supremo 1429, Reg. Oficial No. 337 de 16 de mayo de 1977, que suprimió la palabra “malversación” del tipo penal del peculado. En 1978 se derogó la norma que despenalizó la malversación. En 2001, mediante Ley No. 47-2001, publicada en el Registro Oficial No. 422, de 28 de Septiembre de 2001, se re despenalizó definitivamente la malversación” (sic); mientras que para la defensa de Juan Franco Porras tal figura fue “despenalizado por su falta de gravedad jurídica, y así lo hizo el Ecuador, por Decreto Supremo 1429, publicado en el R.O. de 16 de mayo de 1977, cuando se suprimió “malversación” del tipo penal del peculado y luego mediante Decreto Supremo 2636, que fuera publicado en el R.O. de 4 de julio de 1978 que derogó la norma que tipificaba la malversación. Por lo tanto, la malversación de fondos no se encontraba en el catálogo de delitos entre los años 1977/1978 y 2001, año en que nuevamente fue penalizada mediante Ley No. 47-2001, publicada en el R.O. No. 422, de 28 de septiembre de 2001” (sic), por lo que, entre otras cosas, se ha dotado de ultra actividad a una ley penal derogada, violándose el artículo 2 del Código Penal; lo que tampoco tiene fundamento legal. Para mayor ilustración, se efectúa el siguiente

análisis: a) El delito de peculado, que ya constó en el artículo 236 Código Penal de 1938, ha sido objeto de múltiples reformas, seguramente por la preocupación que tal hecho punible ha entrañado para el Estado ecuatoriano; b) La figura de la malversación de fondos, aparece dentro de las reformas al artículo 236 del Código Penal (hoy 257), publicadas en el Registro Oficial No. 348, de 23 de octubre de 1941, en el que textualmente dice: *“El Congreso de la República del Ecuador, Considerando: Que es necesario reprimir con más severidad las infracciones consistentes en desfalcos, malversación de fondos o abuso de los dineros públicos y los abusos de autoridad, Decreta: Las siguientes reformas a los Código Penal y de Procedimiento Penal: Art. 1.- El Art. 236 del Código Penal dirá: “Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiesen abusado de dineros públicos privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. También están comprendidos en esta disposición, los que, como empleados, manejen fondos de los Bancos Central, Hipotecario y Comerciales y de las Cajas de Previsión Social”*; c) La figura de la malversación se mantiene también en el artículo 233 del Código Penal, con la entrada en vigencia de la Codificación del Código Penal, hecha por la Comisión Legislativa Permanente, Suplemento del Registro Oficial No. 1202, de 20 de agosto de 1960; d) En el Suplemento del Registro Oficial No. 147 de 22 de enero de 1971, se codifica el Código Penal y el delito de peculado se tipifica en el artículo 257, cuyo inciso segundo dice: *“Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público”*, por tanto, la figura de la malversación, no solo que se la

incluye en el segundo inciso, sino que se exponen sus alcances; posteriormente, el artículo 257, fue sustituido por el artículo 396 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, expedida por Decreto Ejecutivo No. 1429, publicada en el Registro Oficial No. 337 de 16 de mayo de 1977; en esta ocasión, se agrega la figura de la malversación en el primer inciso; y, se mantiene el citado inciso segundo; e) El artículo 16 del Decreto Supremo No. 2636, publicado en el Registro Oficial No. 621 de 4 de julio de 1978, reforma el artículo 257, en cuanto al tiempo de las penas y suprime la "malversación" como delito; sin embargo, en los artículos 1 y 3 del Decreto Legislativo s/n, publicado en el Registro Oficial No. 36 de 1 de octubre de 1979, se deroga el mencionado artículo 16 del Decreto Supremo No. 2636, no se dispone que el artículo 257 se restablezca a su "texto original", pero sí se restablecen las penas originales del delito de peculado; y, f) Mediante el artículo 99 de la Ley No. 73, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002, que contiene la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se deroga el Título XI de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Título que a su vez contenía el artículo 396 que sustituía al artículo 257 del Código Penal, por tal motivo, se puso en vigencia en esa fecha y hasta la actualidad el artículo 257 de la Codificación del Código Penal de 1971; tan es así que la referida figura de la malversación de fondos y sus alcances, consta en el inciso segundo del artículo 257 del Código Penal, "Actualizado a septiembre de 2013" (Corporación de Estudios y Publicaciones CEP), que dice: *"Se entenderá por malversación la aplicación de fondos, a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público"*; además, tal figura también estaba vigente al momento de los hechos, materia de la litis, esto es, entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, pues el Decreto Legislativo s/n, publicado en el

Registro Oficial No. 36, de 1 de octubre de 1979 –ignorado por la defensa de los recurrentes-, derogó el artículo 16 del Decreto Supremo No. 2636, publicado en el Registro Oficial No. 621 de 4 de julio de 1978, que suprimió la “malversación” como delito; en consecuencia, la figura de la malversación únicamente estuvo ausente del “catálogo de delitos” entre el 4 de julio de 1978 y el 30 de septiembre de 1979; pero si la promulgación de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado de 12 de junio de 2002, generó alguna confusión acerca de la vigencia del delito de peculado y de la figura de la malversación, la Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 20 de junio de 2002, publicada en el Registro Oficial No. 604, de 25 de los mismos mes y año, aclaró cualquier confusión, cuando expresamente resolvió: *“Declarar que el artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no afecta la plena vigencia del artículo 257 del Código Penal, de sus reformas y de los artículos agregados a continuación”*; por tanto, en nuestra legislación penal, en el época de los hechos y ahora, una de las formas de abuso de fondos, constituye sin lugar a dudas la malversación; postura que asume este Tribunal, apartándose del criterio de los recurrentes acerca de este tema, el mismo que se lo considera sin el adecuado análisis técnico, histórico y jurídico.-

El tercer aspecto tiene que ver con el supuesto estado de indefensión, alegado por los recurrentes, al haberse defendido a partir del dictamen fiscal por el delito tipificado en los artículos 363, numeral 3 y 364 del Código Penal, en concordancia con los artículos 128, literal a) y 131, literales a), b) y d) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; luego, a partir del auto de llamamiento a juicio plenario, por el ilícito de peculado bancario; y, ahora, con la sentencia condenatoria, por el injusto penal de peculado mayor; postura que no comparte este Tribunal de Apelación, debido a que desde la excitación fiscal expedida el 16 de junio de 2000, por la

doctora Mariana Yépez, Ministra Fiscal General de ese entonces, se imputó a los apelantes por los delitos antes referidos, tan es así, que a lo largo del proceso que lleva más de 13 años, los abogados patrocinadores de los recurrentes, en base a todo tipo de posturas e incidentes, han construido sus defensas en torno a tales ilícitos; en tal virtud, no se ha vulnerado el principio de congruencia, entendido como *“la compatibilidad o adecuación existente entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia, la que debidamente motivada, luego de la contradicción de las partes, el juzgador emite la resolución ajustando los hechos al derecho”*, en palabras del doctor Jorge Blum Carcelén, en su artículo *Principio de congruencia*, publicado en la Revista Ensayos Penales, Edición No. 4 – junio 2013; y por ende, se ha dado irrestricto cumplimiento del derecho a la defensa, consagrado en el artículo 76, numeral 7, literales a), b), c) y h) de la Constitución.-

El cuarto aspecto estriba en la “ausencia manifiesta en la sentencia de la especificación de las conductas individuales punibles” (sic), en palabras del apelante Roberto Isaías Dassum y que todos los recurrentes, de una u otra manera, la alegan; hipótesis que se la desvirtúa, pues del análisis tanto del acervo probatorio, como de la sentencia de marras, se colige de manera inobjetable que los apelantes Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum y Juan Franco Porras, Presidente Ejecutivo, Vicepresidente Ejecutivo y Gerente General de Filanbanco S.A., respectivamente, desde antes de 1997 hasta diciembre de 1998, al ostentar cargos de privilegio dentro de la institución prestataria; y, por ello, tener el dominio del hecho, abusaron de fondos públicos, esto es, de los créditos de liquidez concedidos por el Banco Central del Ecuador, entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, por montos de 972.000 y 1.800.000 millones de sucres, en la modalidad de la malversación, entendida como la aplicación de fondos a fines distintos de los

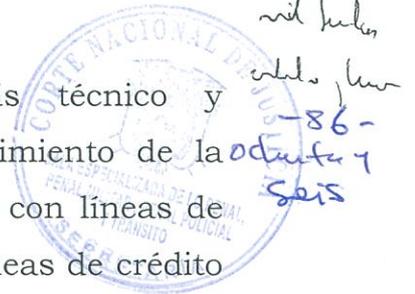
previstos en el presupuesto respectivo, en provecho personal, en los términos del inciso segundo del artículo 257 del Código Penal, vigente tanto en la época de los hechos, materia de este enjuiciamiento, como actualmente, conforme se puso de manifiesto en líneas anteriores; en la medida en que, contravinieron las regulaciones 001 de 22 de septiembre de 1998 y 008 de 5 de noviembre de 1998, expedidas por el Directorio del Banco Central; así como el “Programa de Estabilización” al que fue sometido Filanbanco S.A.- En este punto, resulta importante acotar que el cargo de Vicepresidente Ejecutivo de Filanbanco S.A. que ostentó el recurrente William Isaías Dassum, desde antes y durante el período de ocurridos los hechos materia del enjuiciamiento, se acredita con el oficio No. 1986-RMCQ-2013, de 29 de octubre de 2013, suscrito por el Dr. Rubén Aguirre López, Registrador Mercantil del cantón Quito, en el que se lee textualmente: “Que encontrará adjunto a la presente y de acuerdo lo solicitado dos fojas útiles que son fiel compulsas del documento que reposa en el archivo de esta Dependencia, correspondiente al único nombramiento inscrito de Vicepresidente Ejecutivo, otorgado por el FILANBANCO S.A. a favor del Señor William Isaías Dassum” (sic), lo que es corroborado con el oficio de 10 de marzo de 1998, dirigido a William Esteban Isaías Dassum y suscrito por el abogado Juan Franco Porras, Gerente General de Filanbanco S.A., en el que se lee textualmente: “Tengo el agrado de comunicar a Usted, que la Junta General Extraordinaria de Accionistas de FILANBANCO S.A. en su sesión celebrada el día de hoy, resolvió reelegirlo VICEPRESIDENTE EJECUTIVO de la Institución, por el período de CINCO AÑOS (...)” (sic), con lo que se desvirtúa por completo que el apelante William Isaías Dassum no haya ejercido tal cargo, como vanamente pretende desvirtuar de manera reiterada su defensa en el escrito de fundamentación del recurso de apelación.- Bajo estos lineamientos, se pone de relieve que Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum y Juan Franco Porras, en las calidades descritas, tenían bajo su

mando, entre otras, decisiones de alta gerencia financiera y resolvían sobre la necesidad de acceder a los créditos de liquidez y su destino; de tal suerte, que destinaron tales préstamos de liquidez, para desembolsar operaciones de crédito nuevas, que no tenían financiamiento de la Corporación Financiera Nacional o de líneas de crédito internacionales; incrementar el saldo de la cuenta de activos fijos; e, incrementar los saldos de cartera en sucres y dólares, vulnerando lo dispuesto en los literales b) y c) del artículo 4 de la Sección II, del Capítulo IV, del Título III, del Libro I (Política Monetaria-Crediticia) de la Regulación No. 001-98; literales b) y d) del artículo 4 de la Sección II, del Capítulo IV, del Título III, del Libro I (Política Monetaria-Crediticia) de la Regulación 008-98; y, asimismo, al ser sometido Filanbanco S.A., al denominado "Programa de Estabilización", Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum y Juan Franco Porras, como administradores de Filanbanco S.A., no constituyeron un fideicomiso mercantil con el 100% de las acciones del banco, no redujeron créditos y riesgos vinculados, no constituyeron garantías adecuadas que cubran todos los créditos y riesgos vinculados; y, concedieron nuevos créditos y contingentes vinculados a los accionistas de la institución, incumpliendo así con las disposiciones contenidas en los numerales 2, 6 y 7 del "Programa de Estabilización"; y, de esta forma, abusaron de fondos públicos, esto es, de los préstamos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador, en la modalidad de la malversación, en beneficio propio, subsumiendo su conducta al delito de peculado tipificado y sancionado en los incisos primero y segundo del artículo 257 del Código Penal, según se desprende de la siguiente prueba documental: oficio No. SB-INBGF-98-552 de 22 de octubre de 1998; oficio No. INBGF-98-2604 de 15 de octubre de 1998; memorando No. INBGF-98-0781 de 20 de octubre de 1998; Informe semanal JUC-BF-03 de 7 de octubre de 1998; oficio No. 98-570-OBS-DByGF de 14 de octubre de 1998; Informe Semanal JUC-BF-04 de 12 de octubre de 1998;

Informe semanal No. FIL-LIQ-98-001 de 19 de octubre de 1998; Informe semanal No. FIL-LIQ-98-002 de 26 de octubre de 1998, oficio No. SB-INBGF-98-0557 de 23 de octubre de 1998; memorando No. INBGF-98-0794 de 22 de octubre de 1998; Informe sobre la situación financiera de Filanbanco al Directorio del Banco Central; Informe No. IBL-DByGF-2000-123 de 12 de junio de 2000; oficio No. SB-INBGF-98-0650 de 26 de noviembre de 1998; memorando No. INSEF-2000-0863 de 15 de junio de 2000; e, informe No. IBL-DByGF-2000-237 de 20 de octubre de 2000.- En este contexto, se estima pertinente agregar que las vulneraciones de lo dispuesto en los literales b) y c) del artículo 4 de la Sección II, del Capítulo IV, del Título III, del Libro I (Política Monetaria-Crediticia) de la Regulación No. 001-98; literales b) y d) del artículo 4 de la Sección II, del Capítulo IV, del Título III, del Libro I (Política Monetaria-Crediticia) de la Regulación 008-98; así como de las disposiciones contenidas en los numerales 2, 6 y 7 del "Programa de Estabilización", se efectivizaron de la siguiente manera:

a) La cartera de créditos de Filanbanco S.A., se incrementó en 434.897 millones de sucres, operaciones que fueron registradas en la cuenta contable 14010520 "Préstamos Sobre Firmas", según se desglosa de una muestra de 18 casos examinados, en el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 6 de octubre de 1998, por una comisión de auditores de la Superintendencia de Bancos, relacionada con el monitoreo de la utilización de recursos provenientes del préstamo de liquidez otorgado por el Banco Central del Ecuador, lo que consta en el oficio No. SB-INBGF-98-0552 de 22 de octubre de 1998, dirigido al economista Luis Jácome Hidalgo, Presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador y suscrito por el doctor Jorge Egas Peña, Superintendente de Bancos; tal incremento, no pudo ser transparentado con el escueto contenido del oficio No. GG-1671-98 de 18 de noviembre de 1998, suscrito por el abogado Juan Franco Porras, Gerente General de Filanbanco S.A., porque en el mismo, únicamente se limita a exponer supuestas cifras

económicas de manera general, sin un análisis técnico y pormenorizado, en el que debía incluir que el crecimiento de la cartera de créditos de Filanbanco S.A., fue financiado con líneas de crédito de la Corporación Financiera Nacional o con líneas de crédito internacionales, lo cual, no lo hizo; razones por las cuales también se desestiman el contenido de los oficios SE-1462-2000 00 01867 de 12 de junio de 2000, SE-2556-99 de 5 de agosto de 1999, SE-3232-2000 de 26 de octubre de 2000, suscritos por Miguel Dávila y Leopoldo Báez, ex - Gerentes del Banco Central del Ecuador, así como sus testimonios; b) En el período comprendido entre el 8 de mayo y el 2 de diciembre de 1998, se registran en la cuenta 1122900500000 "Inversiones Varias" de Filanbanco Trust & Banking Corp., débitos que ascendieron a la suma de USD \$ 107.324.726,81; asimismo, en los comprobantes contables se observó, como cargos a la cuenta "Inversiones Varias", notas de débito emitidas contra las cuentas corrientes de Filanbanco Trust & Banking Corp. en los Bancos: Filanbanco S.A. de Ecuador, Republic National Bank, Barclays Bank y Nation Bank, con lo cual se evidencia el desembolso de recursos; además, no se demostró la existencia de títulos valores, que justifiquen el concepto de inversiones bajo el cual se registraron los ingresos de fondos; las últimas "inversiones" datan del 30 de octubre de 1998 y el 2 de diciembre del mismo año, por los montos de USD \$ 13.3 millones y USD \$ 35.1 millones, esto es, bajo la gestión de Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum y Juan Franco Porras, administradores de Filanbanco S.A., de acuerdo al memorando No. INSEF-2000-0863 de 15 de junio del 2000; y, c) La cuenta "Inversiones Varias" por el valor de USD \$ 107.324.726,81, se "extinguió" cuando Filanbanco Trust & Banking Corp. "aportó" al Fideicomiso A.G.D., con los bienes recibidos en dación en pago por parte del Fideicomiso Multinversiones, como bien lo anota el Juzgador de instancia, en la sentencia, motivo del recurso de apelación; pues antes, en Filanbanco Trust & Banking Corp., se



registró una cuenta por cobrar y el 2 de diciembre de 1998, se pagó a dicha cuenta el valor de USD \$ 30 millones, por parte de la Compañía Otavalo, por concepto de transferencia de obras de arte; mientras que el 21 de diciembre de 1998, se “cancela” el saldo por parte de INDUPRIN S.A. y los cónyuges Jaime del Hierro y Patricia Talbot por la cantidad de USD \$ 77.324.726,81, a través de convenios de dación en pago, con bienes sobrevalorados, de acuerdo al informe No. IBG-DByGF-2000-055 de 15 de mayo del 2000 suscrito por el ingeniero Alejandro Romo - Leroux Andrade, Auditor Jefe de Comisión de Auditoría de Bancos en Filanbanco; para todo lo cual, Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum y Juan Franco Porras, se valieron de empresas fiduciarias de papel, como se señala en las investigaciones del presente caso en el informe de auditoría de 30 de marzo de 2001, dirigido al ingeniero Miguel Crespo Villacís, Gerente General de Filanbanco estatal, suscrito por el auditor interno, ingeniero Víctor Argudo Puga; o “fantasmas”, como las denomina el Juzgador de instancia, en el fallo impugnado; o ficticias, pero en todo caso empresas fiduciarias constituidas al margen de la ley, representadas por accionistas y empleados de Filanbanco que les permitía justificar la falta de pago de las principales empresas del Grupo Isaías, vinculadas a sus propios bancos, mediante asientos contables de préstamos a terceros que cubrían dichas deudas, pero que nunca fueron canceladas en dinero, sino con la recepción de bienes y acciones de difícil realización; además, dichas “Inversiones Varias” no se reportaron a la Superintendencia de Bancos, ni al Banco Central del Ecuador, conforme se especifica en el oficio No. 98-570-OBS-DByGF del 14 de octubre de 1998; memorandos Nos. CRL-FIL-98-015 de 20 de noviembre de 1998, CRL-FIL-98-018 de 24 de noviembre de 1998, CRL-FIL-98-021 y CRL-FIL-98-020 de 30 de noviembre de 1998; y, con el testimonio indagatorio del ingeniero Luis Alejandro Romo - Leroux, Auditor Jefe de la Comisión de Auditoría de Bancos en Filanbanco; mientras tanto, los miembros del

ml fute
unke
-87
Gdenfay
siete

Directorio de Filanbanco S.A., sí tuvieron pleno conocimiento de estos actos, lo cual consta, en el informe pericial presentado por los abogados Eduardo Jiménez Parra y Luis Alfonso Ortiz Narváez, luego de la inspección judicial y reconocimiento de las actas de sesiones del Directorio de esa entidad bancaria por el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, en las que constan las celebradas el 14 de octubre y 19 de noviembre de 1998, así se consigna con acierto en el fallo, materia de apelación; consumándose de esta manera uno de los mayores abusos de fondos públicos por los que ha atravesado nuestro país, lo cual repercutió notablemente para la debacle financiera acaecida en 1999 en Ecuador, pues no solo fueron perjudicados cientos de depositantes de Filanbanco S.A., sino todo el pueblo ecuatoriano, dueño final del dinero que salió de las arcas del Banco Central del Ecuador, en forma de préstamos de liquidez, otorgados a Filanbanco S.A. y malversados por Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum, Juan Franco Porras, pero también como se detallará más adelante, por Leonardo Navas Banchón y Antonio Arenas Contreras, al coadyuvar de un modo principal a la ejecución del injusto penal; conforme se desprende de las siguientes pruebas documentales: memorando No. INSEF-2000-0863 de 15 de junio de 2000; informe suscrito por Édison Romo Schaffey y María Soledad Montenegro Rivas, Auditores del Sistema Financiero y Martha Zorilla Mendoza, Directora de Bancos y Grupos Financieros de la Superintendencia de Bancos; oficio No. 2000-108-GG de 10 de junio de 2000; oficio No. CCC.99.0382 de 31 de marzo de 1999; con todo lo expuesto, también se desvirtúan el contenido de los oficios Nos. SE-1462-2000 00 01867 de 12 de junio de 2000, SE-2556-99 de 5 de agosto de 1999, SE-3232-2000 de 26 de octubre de 2000, suscritos por los economistas Miguel Dávila Castillo y Leopoldo Báez Carrera, ex - Gerentes Generales del Banco Central del Ecuador, los testimonios rendidos por tales ex - funcionarios; así como los informes de los peritos Guido Goyes Olalla y Luis Ortiz

Carlosama; y, Mario Torres Jaramillo y Mario Morales Hidrobo.- En esta línea, se precisa anotar que aún cuando con posterioridad se hayan restituido los dineros apropiados o distraídos, o malversados, hipótesis que no comparte este Tribunal de Alzada por las consideraciones señaladas, tampoco constituiría un eximente de responsabilidad, o que no se hayan configurado alguno de los elementos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en este sentido se pronuncia el citado jurista ecuatoriano Ernesto Albán Gómez, en su obra *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo II, parte especial, Ediciones Legales, pág. 126*, cuando dice que: *"(...) el bien jurídico lesionado en los delitos contra la administración pública es la regularidad funcional, la corrección y buena marcha de las instituciones públicas, y correlativamente la probidad y fidelidad de quienes prestan sus servicios a estas instituciones. Y es el peculado el delito en el cual este criterio definidor plantea un cierto conflicto, pues en la naturaleza de este delito está el perjuicio patrimonial que sufre la entidad pública; pero hay que reiterarlo: la defensa de los intereses patrimoniales no es el objetivo central de la incriminación: el delito existe aunque el sujeto activo devuelva los valores distraídos, o aunque se trate de funcionarios caucionados y el monto no excede de la caución, o cuando por cualquier otra circunstancia (la existencia de un contrato de seguro) no se produzca el perjuicio patrimonial. De todas maneras, el elemento venalidad está presente en la consideración social del delito, y sobre todo si el perjuicio económico es elevado, éste será un factor a tomar en cuenta como circunstancia agravante, pero nada más".-*

Por su parte, Leonardo Navas Banchón, al ostentar el cargo estratégico de Contador de Filanbanco S.A., llevó una contabilidad ilegal de la institución prestataria, pues los datos referentes a entradas de fondos provenientes de recuperaciones de cartera, las renovaciones de captaciones menores a treinta días, a plazo y valores

al Lute
Lute Lute
-88-
oderfer y
oder

en circulación provienen de datos estimados, no de datos reales; así como también los egresos de fondos correspondientes a gastos de personal y de operación, provienen de datos estimados; tampoco incluyó todos los conceptos que afectan a un flujo de fondos como por ejemplo movimiento neto de cuentas por cobrar, otros activos, ingresos y egresos por comisiones, otros ingresos y otros egresos, entre otros; el saldo final presentado en el flujo de fondos no se encuentra con los registros contables, conforme advierte la empresa PriceWaterhouse Coopers en el Informe de Flujos de Fondos del Banco Central por el período de 21 de septiembre a 23 de noviembre de 1998; además, se deduce que por su cargo de Contador de Filanbanco S.A., fue el encargado de registrar el préstamo de liquidez otorgado por el Banco Central del Ecuador a Filanbanco S.A., por el monto de 972.000 millones de sucres (equivalente a USD \$ 151.68 millones de dólares), en la cuenta 2704 "Créditos a favor de Bancos y otras instituciones Financieras del País", en lugar de hacerlo en la cuenta 2701 "Créditos a favor de Bancos - Banco Central del Ecuador", según lo determina la descripción y dinámica para el uso de la cuenta 2701 del Catálogo Único de Cuentas; tampoco elaboró la contabilidad de Filanbanco S.A., con asientos contables a las cuentas de orden para indicar el ingreso a custodia de documentos relacionados con los indicados ingresos de fondos; mientras tanto, Antonio Arenas Contreras, Contador de Filanbanco Trust & Banking Corp., contabilizó indebidamente las transacciones que generaron la salida de fondos de tal entidad; además, se establece que ocultó y distorsionó información de la cuenta 1122900500000 "Inversiones Varias" de Filanbanco Trust & Banking Corp., lo que se evidencia, cuando el ingeniero Gonzalo Hidalgo Terán, Gerente de Filanbanco estatal, entregó los listados sin datos específicos de las personas a quienes se concedió dinero por valores que suman USD \$ 107.324.726,81; y, no transparentó la cuenta por cobrar, creada para supuestamente saldar la deuda que el Fideicomiso Multinversiones

contrajo con Filanbanco Trust & Banking Corp., lo que ocasionó que los estados financieros no presenten razonablemente la situación económica y financiera de Filanbanco Trust & Banking Corp., lo que tuvo una enorme repercusión para la ruina económica de Filanbanco S.A., según se desglosa del oficio No. 98-570-OBS-DBYGF de 14 de octubre de 1998; lo que implica que tanto Leonardo Navas Banchón, como Antonio Arenas Contreras, coadyuvaron a la ejecución del injusto penal de peculado, tipificado y sancionado en los incisos primero y segundo del artículo 257 del Código Penal, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente actos, sin los cuales no habría podido perpetrarse la infracción, en el grado de autores, en los términos del artículo 42 del Código Penal.-

Por último, el doctor Jorge Egas Peña, ex Superintendente de Bancos; y, el economista Luis Jácome Hidalgo, ex Presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador; debido a las funciones de control y fiscalización de las entidades financieras que desempeñaban, si bien es cierto no se opusieron, a la concesión de un primer crédito de liquidez a Filanbanco S.A.; y tampoco a la figura jurídica de la reestructuración en dicho banco; y, con ello, el Banco Central del Ecuador le concedió a Filanbanco S.A. otro crédito de liquidez; no es menos cierto, que sus actuaciones estuvieron amparadas en la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado. En este sentido, este Tribunal de Alzada concluye que tanto Jorge Egas Peña, como Luis Jácome Hidalgo, no podían prever que los créditos de liquidez otorgados a esa entidad bancaria, iban a ser abusados por parte de sus administradores, así como tampoco existe constancia procesal que se hubieren beneficiado económicamente de tales fondos; por tanto, en la medida en que nuestra legislación penal no contempla la figura del delito de peculado culposo, este Tribunal de apelación, se aparta de la postura jurídica asumida por el Juez de primer nivel, que condenó a Jorge Egas Peña y Luis Jácome Hidalgo como

1692
el Sente
Cuba, In
-89-
ocheuto
y nuere

cómplices del delito de peculado. En esta postura jurídica se inscribe, el profesor Ernesto Albán Gómez, en su obra *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo II, parte especial, Ediciones Legales, págs. 131-132*, quien discurre que "El empleo de la palabra "abuso", las modalidades que el abuso puede adoptar y la exigencia de que el abuso deba rendir un beneficio al propio autor del hecho o a un tercero, permiten concluir que la ley exige dolo para que el delito se tipifique. Es decir, según el concepto de nuestro Código (Art. 32), conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y voluntad dirigida hacia la comisión del abuso con obtención del consiguiente beneficio (ver sentencias publicadas en las Gacetas Judiciales Serie XIV, No. 8 y XV, No. 3) aun cuando con posterioridad se restituya los dineros apropiados o distraídos. La posibilidad de una figura culposa paralela al peculado ha sido prevista por algunas legislaciones (el Código colombiano, Art. 400, establece el delito del servidor público por cuya culpa los bienes se hubieren extraviado, perdido o dañado), pero no existe en el Código ecuatoriano, y merecerá solamente sanciones administrativas y civiles. Lo mismo puede decirse respecto de funcionarios cuya negligencia fue aprovechada por otros para la comisión de peculado."-

De otro lado, este Tribunal de Alzada considera que la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria que impone el Juzgador de Mérito a los autores del delito de peculado, cumple con los principios de legalidad y proporcionalidad, esto es, que observa fidedignamente lo previsto en los artículos 257 del Código Penal y 76, numeral 6 de la Constitución en vigencia.- En este contexto, resulta imperioso agregar que no es factible contemplar la atenuante calificada prevista en el artículo 29, número 7 del Código Penal, esto es, la conducta anterior del procesado que revela claramente que no se trata de un individuo peligroso, para efectos de atenuar la pena, tal como de manera accesoria requiere sobre todo el recurrente Roberto Isaías Dassum, pues de conformidad con el artículo 30 del Código Penal,

son agravantes, entre otras, aquellas circunstancias que aumentan la alarma en la sociedad, es decir, aquellas que denotan la gravedad del delito, que constituyen agravantes materiales, de tal suerte que las atenuantes, no pueden ser aplicadas conforme lo estipula el artículo 73 del Código Penal, al ser un delito grave que conmocionó y continúa conmocionando a todo el pueblo ecuatoriano, lo cual es público y notorio, lo que releva de más comentarios.-

En tal virtud, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 356 y 358 del Código de Procedimiento Penal de 1983, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara sin lugar los recursos de apelación interpuestos por los recurrentes Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum, Juan Franco Porras, Leonardo Navás Banchón, Antonio Arenas Contreras; en tanto que acepta los recursos de apelación presentados por los apelantes Jorge Egas Peña y Luis Jácome Hidalgo; y, reformula la sentencia subida en grado; en tal virtud, declara autores responsables del delito de peculado tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código Penal, en concordancia con el artículo 42 ibídem, a los sindicados Roberto Isaías Dassum, William Isaías Dassum, Juan Franco Porras, Leonardo Navas Banchón y Antonio Arenas Contreras, imponiéndoles la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria; y, de otro lado, confirma el estado de inocencia de los recurrentes Jorge Egas Peña y Luis Jácome Hidalgo.- Se revocan todas las medidas de carácter real y personal que han sido dictadas en contra de Jorge Egas Peña y Luis Jácome Hidalgo, para lo cual se oficiará a las autoridades respectivas, a fin de que tomen nota de esta sentencia.- Se dispone que por Secretaría de Sala, una vez ejecutoriada esta sentencia, se

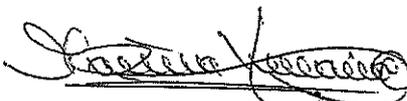
remita inmediatamente el proceso al despacho del doctor Wilson Merino Sánchez, Juez de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, para los fines legales pertinentes, en aplicación de los principios de seguridad jurídica y debida diligencia consagrados en los artículos 82 y 172 inciso segundo de la Constitución de la República de 2008.- Notifíquese y cúmplase.-

Dr. Paúl Iñiguez Ríos
JUEZ NACIONAL PONENTE

Dr. Johnny Ayluardo Salcedo
JUEZ NACIONAL

Dra. Ximena Vintimilla Moscoso
JUEZA NACIONAL

CERTIFICO.-


Dra. Martha Villarroel Villegas
SECRETARIA RELATORA (E)