



**UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR**

**DIRECCIÓN DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN LITIGACIÓN PENAL**

**TRABAJO DE TITULACIÓN  
MODALIDAD: ESTUDIO DE CASO  
PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGISTER EN  
DERECHO CON MENCIÓN EN LITIGACIÓN PENAL**

**TEMA:**

**EL DERECHO A RECURRIR EL RECURSO DE APELACIÓN DEL AUTO DE NULIDAD DICTADO POR LA H. SALA DE LO PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CHIMBORAZO DENTRO DEL CASO NRO. 06282-2015-02723 POR DELITO DE PECULADO Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO.**

**AUTORA:**

**DRA. ESMERALDA DEL PILAR CORREA SERRANO**

**TUTOR:**

**MGTR. KEVIN CABEZAS PÁEZ**

**GUARANDA, 2022**

## CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA

Yo, **Mgt. Kevin Joel Cabezas Páez**, en mi calidad de Tutor del Proyecto de Investigación como modalidad de titulación contemplado legalmente en el Reglamento de Admisión, Matriculación, Permanencia y Graduación en Programas de Posgrado y Educación Continua de la Universidad Estatal de Bolívar, designado por el Comité Académico de Posgrado y ratificado mediante Resolución de Comisión Académica de la Universidad, bajo juramento **CERTIFICO**: que la señora Abg. **ESMERALDA DEL PILAR CORREA SERRANO** , posgradista de la Universidad Estatal de Bolívar en la Maestría en Derecho con mención en Litigación Penal, ha cumplido con los requerimientos del proyecto de investigación previo a la obtención del título de Magíster en Derecho con mención en Litigación Penal, con el tema: "EL DERECHO A RECURRIR EL RECURSO DE APELACIÓN DEL AUTO DE NULIDAD DICTADO POR LA H. SALA DE LO PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CHIMBORAZO DENTRO DEL CASO NRO. 06282-2015-02723 POR DELITO DE PECULADO Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO."; habiendo trabajado conjuntamente en el desarrollo del mismo con la investigadora constatando que el trabajo realizado es de autoría de la tutoriada por lo que se aprueba el mismo con la nota de 10/10 (DIEZ SOBRE DIEZ).

Es todo cuanto puedo certificar en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso del presente para la presentación y calificación por parte del Tribunal respectivo.

Atentamente,

**KEVIN JOEL  
CABEZAS  
PAEZ**

Firmado digitalmente  
por KEVIN JOEL  
CABEZAS PAEZ  
Fecha: 2022.07.02  
09:52:59 -05'00'

**Mgt. Kevin Joel Cabezas Páez**  
**Tutor**



## DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA

Yo **ESMERALDA DEL PILAR CORREA SERRANO**, egresada de la Maestría en Derecho con mención en Litigación Penal de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento declaro en forma libre y voluntaria, sin presión de ninguna naturaleza que la presente investigación académica cuyo tema es: "El derecho a recurrir el recurso de apelación del Auto de nulidad dictado por la H. Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo dentro del caso Nro. 06282-2015-02723 por delito de peculado y su incidencia en el proceso", ha sido realizado por mi persona con la dirección de mi tutor el señor Mgs. KEVIN JOEL CABEZAS PÁEZ, Tutor del Trabajo de Fin de Maestría de la Universidad Estatal de Bolívar, por lo tanto este es de mi autoría. Dejando plena constancia que las expresiones vertidas en el perfeccionamiento de esta indagación, las he realizado apoyándome en fuentes de referencias trascendentes y actualizadas, y que sirvió de base para exponer posteriormente mis criterios en este trabajo.

  
Autora

El presente trabajo está dedicado a mi querida madre Anita por su apoyo incondicional y quien me ha enseñado a que la vida es de las personas valientes que luchan por conseguir sus ideales; a mis amados hijos Sebastián y Joaquín el regalo más grande que Dios me ha dado quienes son mi inspiración y mis ganas de salir adelante cada día; a mi amigo y esposo Luis por su amor incondicional, por enseñarme a ser perseverante y no darme por vencida pese a las adversidades.

## **AGRADECIMIENTO**

A la Universidad Estatal de Bolívar por haberme permitido realizar el presente análisis de caso, a mis estimados compañeros y docentes con quienes hemos compartido nuestros conocimientos y experiencias en el ejercicio diario de nuestra profesión de abogados, al Abg. Kevin Cabezas por su guía y dedicación para culminación del presente trabajo.

**TÍTULO**

“El derecho a recurrir el recurso de apelación del Auto de nulidad dictado por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo dentro del caso Nro. 06282-2015- 02723 por delito de peculado y su incidencia en el proceso.”

## ÍNDICE

VI

GLOSARIO DE TÉRMINOS.....	XI
INTRODUCCIÓN.....	1

CAPÍTULO I.....	3
PLANTEAMIENTO DEL CASO INVESTIGADO.....	3
1.1. Presentación del caso.....	3
1.2. Objetivos del estudio de caso.....	8
1.2.1. General.....	8
1.2.2. Específicos.....	9
CAPÍTULO II .....	10
CONTEXTUALIZACIÓN DEL CASO .....	10
2.1. Antecedentes del caso.....	11
2.2. Fundamentación teórica del caso .....	13
2.2.1. Estado del arte.....	14
2.2.2. Principios que configuran el derecho a recurrir.....	18
2.2.3. La nulidad características generales y manifestaciones en el proceso penal .....	22
2.2.4. Derecho al recurso en el Derecho comparado .....	25
2.2.5. Derecho al recurso en el Ecuador.....	31
2.2.6. Delito de peculado en el COIP.....	32
2.2.7. Análisis de los resultados de la entrevista a expertos.....	34
CAPÍTULO III.....	50
DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO INVESTIGATIVO REALIZADO .....	50
3.1. Ámbito de estudio .....	50
3.2. Tipo de investigación .....	51
3.3. Nivel de investigación .....	51
3.4. Métodos de la investigación.....	52
3.5. Diseño de la investigación .....	53
CAPÍTULO IV.....	54
RESULTADOS.....	54
4.1. Resultados del estudio de caso realizado.....	54
4.1.1. Análisis del contenido del auto de nulidad .....	55

4.1.2. Análisis del contenido de la resolución rechazando recurso de apelación contra el auto de nulidad .....	55
4.1.3. Análisis del contenido de la resolución del recurso de hecho .....	58
4.2. Impacto de los resultados del estudio de caso.....	61
4.2.1. Impacto sobre los sujetos procesales.....	62
4.2.2. Impacto sobre los jueces.....	63
4.2.3. Impacto sobre el derecho al recurso .....	64
CONCLUSIONES DEL ESTUDIO DE CASO .....	65
RECOMENDACIONES DEL ESTUDIO DE CASO .....	68
BIBLIOGRAFÍA.....	69
ANEXOS .....	71

La actividad procesal penal está regulada en nuestro país por el Código Orgánico Integral Penal, vigente desde el año 2014, el derecho a recurrir supone la premisa de que solamente los recursos que estén legalmente previstos hay como activarlos en los tiempos y modos adecuados, recordando además que la ley penal se la interpreta de modo no análogo, literal y restrictivo, dando como consecuencia que se debe guardar estricta observancia a las disposiciones legales que involucran a la materia en cuestión. El derecho a recurrir constituye un recurso legal que el ordenamiento jurídico ofrece a las partes en juicio para revocar el resultado de una decisión de un juez que consideren errónea, señalando los defectos de hecho o de derecho ante un juez superior. En el proceso judicial signado con el número 06282-2015-02723, que siguió Fiscalía General del Estado, por el delito de peculado se analiza el proceder procesal de las diferentes instancias judiciales que avocaron conocimiento del juicio en mención, en donde los señores jueces de la Sala Penal de Chimborazo, de oficio declaran la nulidad a partir de la audiencia de vinculación realizada en primera instancia, ante ese auto fiscalía interpone recurso de apelación el cual es negado y ante esa negativa acciona el recurso de hecho para ante la Corte Nacional de Justicia, el mismo que es aceptado y permite continuar con la sustanciación del proceso desde el momento procesal que se dictó la nulidad por la Sala Penal. Dentro de los métodos de investigación científica aplicada se encuentra el inductivo y deductivo, exegético jurídico, análisis de caso, el tipo de investigación es documental y aplicada, dentro de las técnicas se utilizaron entrevistas a través de su respectivo procesamiento, el diseño de la investigación es no experimental, todo esto para arribar a las conclusiones y recomendaciones que se plasman en su contenido.

**Palabras claves:** apelación, impugnación, nulidad, recurso, recurso de hecho.

The criminal procedural activity is regulated in our country by the Comprehensive Criminal Organic Code, in force since 2014, the right to appeal supposes the premise that only the resources that are legally foreseen can be activated in the appropriate times and ways, also remembering that the criminal law is interpreted in a non-analogous, literal and restrictive way, giving as a consequence that the legal provisions that involve the matter in question must be strictly observed. The right to appeal constitutes a legal resource that the legal system offers to the parties in court to revoke the result of a decision of a judge that they consider erroneous, pointing out the factual or legal defects before a superior judge. In the judicial process signed with the number 06282-2015-02723, which was followed by the State Attorney General's Office, for the crime of embezzlement, the procedural proceeding of the different judicial instances that took cognizance of the aforementioned trial is analyzed, where the judges of the Criminal Chamber of Chimborazo, ex officio declare the annulment from the connection hearing held in the first instance, before that prosecutorial order it files an appeal which is denied and before that refusal it triggers the appeal of fact before the National Court of Justice, the same that is accepted and allows to continue with the substantiation of the process from the procedural moment that the annulment was issued by the Criminal Chamber. Within the methods of applied scientific research are the inductive and deductive, legal exegetical, case analysis, the type of research is documentary and applied, within the techniques interviews were used through their respective processing, the design of the investigation it is non-experimental, all this to arrive at the conclusions and recommendations that are reflected in its content.

Keywords: appeal, impugment, nullity, resource, resource of fact.

- **Apelable.** Resolución contra la cual cabe apelación de interponerse en tiempo y forma.
- **Apelación con efecto diferido.** Variante del recurso de apelación en virtud de la cual la apelación contra actos interlocutorios se funda y se resuelve en ocasión de tramitar la apelación contra la sentencia definitiva.
- **Apelación con efecto inmediato.** La que se funda y tramita dentro de un plazo breve desde el momento en que se concede el correspondiente recurso. Se contrapone a la apelación con efecto diferido.
- **Apelación.** En los procedimientos de las distintas jurisdicciones, sinónimo y abreviación de recurso de apelación.
- **Auto.** Es una resolución judicial durante el proceso que no resuelve el asunto en lo principal.
- **Impugnación.** Es una acción mediante la cual se pretende corregir actos y resoluciones judiciales, cuando a juicio del recurrente son deficientes, erróneas o ilegales.
- **Instancia.** Es cada uno de los grados establecidos por la ley, que determinan la importancia de los organismos judiciales en los cuales se tramitan y resuelven las acciones judiciales. La primera instancia se lleva a cabo ante el Juez que recibe la denominación de inferior, y la segunda ante un tribunal de apelación o superior.
- **Recurso.** Denominase así todo medio que concede la ley procesal para la impugnación de las resoluciones judiciales, a efectos de subsanar los errores de fondo o los vicios de forma en que se haya incurrido al dictarlas. El acto de recurrir corresponde a la parte que en el juicio se sienta lesionada por la medida judicial.
- **Revocar.** Es dejar sin efecto una resolución, por voluntad de la propia autoridad judicial que la emitió.

En el Estado constitucional de derechos y de justicia, uno de los deberes primordiales de los poderes públicos es garantizar el goce o ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, para lo cual deben existir en el ordenamiento jurídico los mecanismos sustantivos y procesales de acceso a la justicia y el diseño de procesos basados en los principios de contradicción, inmediación, oralidad y derecho al recursos de las resoluciones judiciales emitidas por los jueces tanto para dar impulso al proceso como para ponerle fin. En tal sentido cabe indicar que el derecho al recurso es uno de los que se incluye habitualmente en el contenido del derecho al debido proceso, pues permite a la persona afectada con una decisión judicial, solicitar que la misma sea revisada por un juez o tribunal de segunda instancias, a los fines de que pueda verificar la existencia de un posible error judicial y adoptar las medidas pertinentes, o ratificar la resolución si se encuentra apegada a derecho o no produce las consecuencias negativas que se alegan para su impugnación.

El derecho al recurso, además de ser un derecho reconocido a nivel internacional, es reconocido actualmente en la mayoría de los textos constitucionales recientes y en las leyes procesales que los desarrollan, como puede constatarse en la vigente Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Constituyente, 2008) y en Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional, 2014) que establece entre los medios de impugnación al recurso de apelación previsto en el artículo 653 del COIP.

Entre los casos apelables se encuentra el Auto de nulidad mediante el cual el juzgador declara la nulidad de alguna actuación realizada por los sujetos procesales que no se ajuste a los principios y normas vigentes, situación que debe ser reparada por el juzgador, como sucedió en el caso objeto de la presente investigación, donde se declaró la nulidad de lo actuado al considerarse que la Fiscalía al momento de realizar la vinculación a los procesados no determinó los actos y datos fácticos que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa de los imputados que tienen derecho a conocer a través de una descripción clara, detallada y precisa los hechos que se les imputan.

Contra la declaratoria de nulidad de lo actuado la Fiscalía General del Estado representada por la Dra. Esmeralda Correa Serrano ejerció su derecho a recurrir el Auto de nulidad mediante apelación, el cual fue negado, lo que motivo para que Fiscalía interponga el recurso de hecho ante el superior, una vez aceptado por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, dio paso a la apelación del Auto de nulidad por parte de Fiscalía, donde sí se reconoció la procedencia de este recurso. Todo ello se analiza en la presente investigación desde el punto de vista normativo, doctrinal, jurisprudencial y sentencia dictada por los señores jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia que conocieron el caso a través del cual se aceptó en primer lugar el recurso de hecho, y, posteriormente se revocó el Auto de nulidad resuelto por la Sala de Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo.

## **CAPÍTULO I**

### **PLANTEAMIENTO DEL CASO INVESTIGADO**

En el presente capítulo se hace una presentación resumida de los hechos del caso tal como aparece en los folios del expediente, cuidando en todo momento no agregar nada que no estuviera en los mismos, por lo que en la mayoría de este primer epígrafe se incorporan extractos sobre los hechos y sobre las pruebas en que se fundan las pretensiones de los sujetos procesales.

Una vez reseñado el caso se presentan los objetivos del estudio de caso tanto en lo

general como en los específicos, siendo pertinente en esta parte declarar que todos los objetivos planteados fueron alcanzados en el desarrollo de la investigación, como puede constatarse particularmente en los resultados, conclusiones y recomendaciones.

### **1.1. Presentación del caso**

El 21 de diciembre del 2015, a las 15H35 la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo dentro de la causa Nro. 06282-2015-02723 dictó el Auto de nulidad dentro del caso por presunto delito de peculado cometido en la “Cooperativa de Ahorro y Crédito Acción Rural Ltda.” en base al siguiente análisis:

**1.- SÉPTIMO.** El artículo 424 de la Constitución Política del Estado, establece: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

3

A la luz del análisis, razones constitucionales que quedan expuestas, se evidencia claramente que las nulidades que se han presentado, no solo que resultan insubsanables, sino que su existencia implica una violación flagrante a los derechos de los sujetos procesales; por tanto, esta Sala, tomando en consideración el deber de aplicar en materia de derechos y garantías constitucionales, la norma y la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia, el derecho a la tutela judicial efectiva que tiene toda persona, la cual en ningún caso podrá quedar en indefensión artículo 75 de la Constitución de la República, tutela que a su vez constituye un principio rector de la Función Judicial y que se encuentra recogido en el artículo 3 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual señala que “la desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad

insanable o provocado indefensión en el proceso”.

Sobre la nulidad la ex Corte Suprema de Justicia tiene resuelto lo siguiente: el ex Magistrado Santiago Andrade, expresa: “Son dos los principios que informan esta materia, el de la especialidad y el de la trascendencia, es decir, a) Que el vicio esté contemplado en la ley como causa de nulidad; y b) Que sea de tanta importancia, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión, sino que, además es de tal importancia que haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes, privando al proceso de sus elementos estructurales, de manera que exista en realidad un proceso y no únicamente una apariencia del proceso”; siendo relevante señalar que los principios de especificidad y trascendencia se encuentran previstos en el Art. 652 del Código Orgánico Integral Penal.

La apreciación subjetiva que esta Sala no comparte es el error incurrido con lo actuado por el Juez y la Fiscal del caso, que no puede desencadenar en impunidad, pues ello contraría a la seguridad jurídica, porque todo integrante de la sociedad ecuatoriana está obligado a desenvolverse con sujeción a los mandamientos normativos; de vuelta y por igual, tiene derecho a que los demás integrantes de la sociedad actúen con sujeción a los mandamientos, en ello estriba la seguridad jurídica.

4

Además, la Fiscal en la vinculación no determinó los actos y datos fácticos que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa de los imputados que tiene derecho a conocer a través de una descripción clara, detallada y precisa los hechos que se les imputan; por lo que resulta irrelevante entrar a analizar otros aspectos por lo antes señalado.

Por estos razonamientos, la Sala de oficio declara LA NULIDAD de lo actuado, a partir de la audiencia de vinculación realizada con fecha 24 de noviembre del 2015 las 14h00, ante el Dr. Luis Nelson Rodríguez Vásquez, Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el

cantón Riobamba, a costa del indicado funcionario y de la Fiscal Dra. Esmeralda Correa (Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, 2015).

2.- La Fiscalía General del Estado representada por parte de la Dra. Esmeralda Correa Serrano presenta el Recurso de Apelación del Auto de fecha 21 de diciembre del 2015, a las 15H35 dictado por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo dentro de la causa Nro. 06282-2015-02723 recurso que es negado de fecha 27 de enero del 2016, las 09:30 bajo siguientes consideraciones:

**VISTOS:** En lo principal, revisado el proceso de fs. 369 a 372, consta que la Fiscal de Chimborazo, Dra. Esmeralda Correa Serrano y María Emma Insuasti Valverde y otros, interponen recurso de apelación del auto de nulidad emitido por la Sala Especializada de lo Penal, de fecha lunes 21 de diciembre del 2015 las 15h35, peticiones que se disponen agregar al proceso. En este marco referencial, Fiscalía argumenta que el recurso interpuesto es legal y se sustenta en lo establecido en los Arts. 653 numeral 2, 654, 439 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, 186 de la Código Orgánico de la Función Judicial y demás normas contempladas en la Constitución de la República del Ecuador.

Con derroche de conocimiento la representante de Fiscalía, señala: “al haberse indicado erróneamente dentro del auto impugnado que se declara la nulidad a mi costa, claramente se está afectando a mis derechos, pues no sólo que se ha puesto en tela de duda mi accionar como Fiscal, sino que además estoy siendo objeto de sanción; y, por tanto, se han visto conculcados mis derechos.”

5

Partiendo de la premisa de las facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces determinados en el Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, principalmente el de velar por una eficiente aplicación de los principios procesales y procurar la celeridad procesal, así como rechazar oportuna y fundamentadamente las peticiones, pretensiones, excepciones, reconveniones, incidentes de cualquier clase que se formulen dentro del juicio que conocen, con manifiesto abuso del derecho o evidente fraude a la ley; igualmente se debe considerar lo que establece el Art. 131 numeral 3 del citada Código.

Dentro de este contexto en el ejercicio de esta tarea y convicción básica de quienes administramos justicia es necesario identificar los desajustes, las falencias y las incoherencias que se suscitan al sustanciar los procesos especialmente en materia penal, para convertir en auténticos instrumentos que garanticen y protejan los Derechos Humanos y el interés social, buscando siempre el bien común y la justicia, como sucede en el presente caso.

Al respecto el Art. 652 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, señala: “Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código”; además el Art. 654 ibídem, en sus siete numerales prescribe taxativamente las reglas para que proceda el recurso al auto de nulidad interpuesto, de aceptar dichas pretensiones se estaría descontextualizando la estructura jurídica procedimental, por cuyas razones se niega por ilegal e improcedente el recurso de apelación del auto de nulidad dictado por esta Sala, solicitado por Fiscalía para ante la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, 2016).

**3.-** Debido a la negativa de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo dentro de la causa Nro. 06282-2015-02723 de conferir el recurso de apelación al Auto de nulidad Fiscalía interpone el Recurso de Hecho ante el superior, esto es ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar; Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia quienes a través de la causa Nro. 17721-2016-0267 admiten el Recurso de Hecho de fecha 23/05/2016 bajo las siguientes consideraciones:

Entonces, para la resolución del recurso de hecho, el Tribunal deberá verificar si la sentencia o auto del cual se niega la impugnación, se encuentra dentro de los presupuestos

6  
descritos, así si se precisa que en el sub lite, la Doctora Esmeralda Correa, Fiscal de la Unidad Especializada en Delitos contra la Administración Pública y Fe Pública de Chimborazo, apeló el auto dictado por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo que declara la nulidad de lo actuado por el juez de instancia desde la audiencia de vinculación, ubicándose dentro del punto segundo coma que de manera general señala “autos de nulidad.”.

Oportunidad. El requerimiento de oportunidad se marca en dos momentos dentro del recurso de hecho, pues precisa pasar por una suerte de filtro para su procedencia, primero se verificará si el recurso de hecho se propuso dentro del término legal previsto y posteriormente se constatará que la impugnación negada (en el caso apelación) fue presentado de manera oportuna. Para la interposición de los recursos se deberá tomar en cuenta la regla por excepción, prevista en el artículo 573 del Código Orgánico Integral Penal que establece: “Para el trámite de los procesos penales y la práctica de los actos procesales son hábiles todos los días y horas, excepto en lo que se refiere a la interposición y fundamentación de recurso.”

No es precisa la norma jurídica al señalar cuál sería el alcance de tal excepción, no obstante, no es que la legislación prevé únicamente dos tiempos judiciales, estos son, plazo y término; la definición transcrita corresponde al plazo, entonces, por descarte, la interposición y fundamentación de los recursos será término, para conceptualizarlo, nos remitimos a la supletoriedad del procedimiento civil, que en su artículo 312 señala: “No correrán los términos en los días feriados y de vacante” a la disposición permite distinguir ambos tiempos judiciales y enmarcar la excepción procesal, así no se deberá computar el término los fines de semana y feriados.

Para el proceso in examine, cabe analizar la interposición de cada recurso. Respecto al recurso de hecho tenemos que, en providencia dictada y notificada el miércoles 27 de enero del 2016, se niega el recurso de apelación propuesto por la Fiscalía, por lo que en escrito de 1 de febrero de este la doctora Esmeralda Correa como Fiscal de la Unidad Especializada en Delitos contra la Administración Pública y Fe Pública de Chimborazo, interpone recurso de hecho. Esto implica un ejercicio matemático simple: Notificación J V S D Presentación de escrito L 27.01.2016 28 29 30 31 1.

7

Por lo que se constata que el recurso De hecho se presentó dentro del término legal establecido en el artículo 661 del Código Orgánico Integral Penal. En cuanto al recurso de apelación es necesario para la admisión de la impugnación de hecho precisar que el recurso no se negó por su falta de oportunidad, y aunque ese no fue el argumento que sostuvo el Tribunal de apelación para su negativa, es necesario revisar su pertinencia. La sala

especializada De lo Penal de la corte provincial de Justicia de Chimborazo en auto de 21 de diciembre de 2015, declara la nulidad del proceso a partir de la audiencia de vinculación.

El Jueves 24 de diciembre de 2015, Fiscalía presenta recursos horizontales de aclaración y ampliación, del cual se dispone correr traslado para posteriormente ser negados en auto de 18 de enero de 2016, por lo que en escrito de 21 de enero de 2016 presentan recurso de apelación, dentro del término conforme se verifica en el siguiente cuadro:  
Notificación M Mier. Presentación del escrito J 18. 01. 2016 19 20 21

Así, precisamos que el escrito se presentó dentro del término previsto en el artículo 654.1 del Código Orgánico Integral Penal. Una vez revisados los presupuestos legalidad y oportunidad dispuestos en el artículo 661 del Código Orgánico Integral Penal, se acepta a trámite el recurso de hecho por lo que, de conformidad con las reglas establecidas, se admite a trámite y se procede a conocer el recurso ilegalmente negado (Corte Nacional de Justicia, 2016).

## **1.2. Objetivos del estudio de caso**

### **1.2.1. General**

Analizar el derecho a recurrir dentro del recurso de apelación al Auto de nulidad dictado dentro del caso Nro. 06282-2015-02723 por delito de Peculado para determinar su incidencia en el proceso penal.

8

### **1.2.2. Específicos**

1. Sistematizar el contenido y alcance del derecho a la impugnación y sus manifestaciones en el recurso de apelación en el COIP.

2. Analizar los fundamentos doctrinales y los requisitos de procedibilidad del recurso de apelación en la legislación penal ecuatoriana.
3. Explicar la incidencia de la declaratoria de nulidad del caso Nro. 06282-2015-02723 por delito de peculado para identificar las afectaciones producidas en el desarrollo del proceso.

## **CAPÍTULO II**

### **CONTEXTUALIZACIÓN DEL CASO**

El estudio de caso es un método de investigación jurídica que se enfoca en el análisis de procesos o sentencias donde se pone de manifiesto la aplicación práctica de los principios y normas vigentes, para determinar los argumentos que se utilizan en la motivación, las líneas jurisprudenciales sentadas o la solución que se da al conflicto planteado por las partes al juez.

Por lo general en este tipo de estudios se procede de dos maneras distintas según los objetivos de la investigación y el tipo de casos. La primera consiste en seleccionar un caso solo de gran relevancia teórica o práctica para analizar su trascendencia para el desarrollo del derecho, de las relaciones sociales que regula o sus efectos sobre los sujetos procesales. La segunda forma es seleccionar una muestra de casos sobre un tema o problema particular, y a partir de ello identificar la línea argumentativa desarrollada por los jueces, los fundamentos normativos y doctrinales que emplean y los criterios diferenciadores en cada caso.

El proceso seleccionado para el presente estudio de casos se ubica en la primera de las posibilidades de análisis que ofrece el método de estudio de casos; si bien no se trata de un caso de gran relevancia nacional por su naturaleza o por sus efectos, sí es un caso trascendente para el estudio que se realiza, pues permite conocer cómo se procede, en la práctica, cuando se interpone un recurso de hecho contra un auto de nulidad dictado en un recurso de apelación, cuestión sui géneris que por sus peculiaridades puede ser objeto de diferentes interpretaciones, como se aprecia en la argumentación desarrollada por cada uno de los jueces y tribunales involucrados.

Efectivamente, a nivel de la legislación procesal corresponde al legislador establecer los aspectos esenciales de los recursos que se puedan interponer por los sujetos procesales, así como los requisitos de procedibilidad de cada medio de impugnación, las resoluciones contra las que procede y sus efectos que pueden tener eficacia inmediata cuando el recurso se

10  
concede con efectos suspensivos, o eficacia inmediata si se concede con efectos diferidos para que sean resueltos en una instancia posterior.

En consecuencia, analizar el derecho al recurso no debe limitarse al examen de la normativa internacional o constitucional, sino que debe descender hasta las normas procesales que configuran los derechos y garantías que asisten a los sujetos procesales, y en particular los derechos internos al proceso como es la impugnación. Además debe tenerse en cuenta que si bien el derecho al recurso es inherente a toda persona involucrada en un proceso, el contenido específico lo determina el legislador.

Por ser el derecho constitucional al recurso un derecho de configuración legal, mientras no se haya desarrollado por el legislador su aplicabilidad puede estar comprometida, ya que no aplica, en el caso del Ecuador, el artículo 11 numeral 3 de la Constitución, que garantiza la justiciabilidad directa de los derechos y su eficacia aun sin norma de desarrollo. En este caso, si no existiera en la legislación procesal, particularmente en el COIP, los términos y condiciones en que cabe el ejercicio del derecho al recurso, no habría manera de que los sujetos procesales pudieran impugnar las resoluciones judiciales.

## **2.1. Antecedentes del caso**

El 24 de Agosto del 2014 la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, resuelve mediante resolución Nro. SEPS-IGPJ-2015-082 liquidar conforme el Art. 304 del Código Orgánico Monetario y Financiero a la “Cooperativa Ahorro y Crédito Acción Rural Ltda.” misma que tenía 18 sucursales a nivel del país con alrededor de 44.000 socios, razón por la cual la Fiscalía decidió formular cargos contra 18 personas como autores del delito de peculado en perjuicio de los socios de dicha institución financiera cuyo monto de perjuicio ascendió a la suma veintisiete millones de dólares.

De fecha 24 de noviembre del 2015, a las 14H00 se lleva a efecto la audiencia de vinculación dentro de la causa Nro. 06282-2015-02723 para cuyos vinculados Fiscalía solicito la orden de prisión preventiva misma que fue conferida por parte del Juez de primera

11

instancia, dicha orden de prisión preventiva fue apelada por parte de los vinculados ante la H.

Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo dentro de la causa Nro. 06282-2015-02723.

En audiencia de apelación a la prisión preventiva llevada a efecto ante la H. Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo se decide por unanimidad dictar la nulidad de la causa a partir de la audiencia de vinculación a costa de Juez y Fiscal que intervinieron en la tramitación de la causa aduciendo que existía errores en las actuaciones de Juez y Fiscal, razón por la cual Fiscalía apela el Auto de nulidad para que el superior esto es la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia resuelva dicha impugnación, recurso de apelación que fue negado por parte de la H. Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo aduciendo que era ilegal e improcedente el recurso de apelación del auto de nulidad solicitado por Fiscalía para ante la Corte Nacional de Justicia.

Lo que motivó para que Fiscalía interponga el recurso de hecho ante el superior, esto es, ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia, del Auto de fecha 27 de enero del 2016, las 09H30, en el cual se negó el recurso de apelación al auto de nulidad de fecha 21 de diciembre del 2015, las 15H35 mismo que fue formuló oportunamente de conformidad a lo que establece la norma en el artículo 654 del Código Orgánico Integral Penal.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia dentro de la causa Nro. 1772120160267 resolvió aceptar a trámite el recurso de hecho y procedió a conocer el recurso ilegalmente negado esto es la apelación del auto de nulidad dictado por la H. Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo dentro de la causa Nro. 06282-2015-02723 de fecha 21 de diciembre del 2015, las 15H35, resolviendo revocar dicho auto de nulidad y disponiendo que se devuelva el expediente a la oficina de sorteos de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo a fin de que se conforme un nuevo tribunal para que conozca y resuelva los recursos de apelación propuestos por los vinculados respecto a la medida cautelar de la prisión preventiva.

## 2.2. Fundamentación teórica del caso

La fundamentación teórica del tema consiste en la exposición de los principales conceptos, categorías jurídicas y bases normativas centrales en el caso objeto de análisis. Al tratarse de un caso de impugnación de un Auto de apelación mediante diferentes recursos previstos en la legislación vigente, procede sistematizar las características del recurso como un derecho fundamental ejercitable contra toda resolución de los poderes públicos que puedan afectar los derechos de una persona, y en este caso contra un Auto de nulidad dictado dentro de un proceso penal.

La impugnación es un derecho fundamental reconocido tanto en los instrumentos internacionales de derechos humanos como en la Constitución ecuatoriana de 2008 y el Código Orgánico Integral Penal, por lo que se puede entender como un derecho desarrollado en diferentes niveles normativos y estudiados por la doctrina jurídica.

Con base en ese presupuesto, en el presente análisis de caso se presentan los antecedentes o estado del arte del tema, las bases teóricas indispensables para su desarrollo y el marco normativo vigente, todo lo cual será objeto de profundo análisis en el desarrollo de la investigación.

La base teórica fundamental de la investigación es el *derecho a recurrir*, que se entiende como el acto de contradecir, refutar y objetar cierto acto jurídico procesal de los sujetos procesales contra las decisiones judiciales. Ese derecho es de configuración legal, lo que implica que corresponde al legislador su desarrollo, con independencia de que deben respetarse los principios establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución vigente.

La configuración jurídica del derecho al recurso en el COIP tiene su punto de partida en su artículo 652 numeral 1, que dispone expresamente lo siguiente: “Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente

determinados en este Código.” Además del derecho a recurrir, los recursos de impugnación tienen como base diversos principios que se explican más adelante en esta investigación.

De manera general cabe indicar que el derecho al recurso, como la gran mayoría de los derechos fundamentales, no es absoluto, pues todos ellos en mayor o menor medida admiten limitaciones en función de garantizar la efectiva vigencia de otros derechos con los que se encuentren relacionados tanto en el plano abstracto como en su aplicación práctica. Por ejemplo, frente al derecho a la libertad de expresión existe el derecho a la intimidad y la privacidad; frente al derecho a la protesta existe el derecho a la paz y la seguridad ciudadana, y frente al derecho al recurso existe el derecho a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva.

En el caso del derecho al recurso, objeto de la presente investigación, si bien está reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos como un derecho de toda persona involucrada en un proceso judicial o administrativo donde puedan afectarse sus derechos o intereses, es el legislador nacional quien tiene la facultad de establecer su configuración jurídica, y decidir qué resoluciones de los poderes públicos y especialmente de los jueces, pueden ser objeto de impugnación pues mientras algunas de ellas podrían afectar derechos de los sujetos procesales, otras son de mero trámite necesarias para el avance de aquel, y conceder contra ellas algún recurso no sería más que un mecanismo para entorpecer el avance del proceso.

### **2.2.1. Estado del arte**

En esta parte es preciso distinguir entre el derecho a la impugnación, que es un derecho fundamental de configuración legal, y el recurso de apelación como una de las vías por las que se canaliza aquel derecho en materia penal. Son varios los autores que han abordado el estudio de la impugnación como derecho subjetivo, algunos de los cuales se reseñan aquí para contextualizar esa institución jurídica.

Ojeda (2015) considera la impugnación como un derecho subjetivo. Textualmente indica que ésta es “un derecho subjetivo de quienes intervienen en el procedimiento respectivo y tiene como fin que se corrijan los errores causados por las autoridades del primer conocimiento” (2015, p. 358). Aquí el derecho apunta en dos direcciones: por un lado, su definición como un derecho de quienes intervienen en un proceso y se ven afectados por una resolución derivada del mismo, y por otro la finalidad que es solicitar que se identifiquen y corrijan posibles errores o vicios en la resolución.

Quintero y Escalante (2016) manifiestan que los medios de impugnación son “instrumentos jurídicos procesales ordenados en las leyes con el fin de provocar una revisión total o parcial de las resoluciones del juzgador dando lugar a efectos jurídicos para los intervinientes en el proceso penal” (p. 140). De esa exposición se deduce que en todo caso es posible que el servidor judicial que dicta una resolución puede haber incurrido en un error de manera voluntaria o involuntaria, por lo que el recurso, cualquiera que sea según su procedibilidad, permitirá una revisión por un órgano superior que podrá ratificar, modificar o invalidar la resolución recurrida.

La finalidad de la impugnación es siempre la de “combatir, contradecir, refutar” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2005, p. 99) una resolución judicial adversa. En cuanto a su origen etimológico Palomar (1981) indica que la apelación, como el recurso de impugnación más común, tiene su origen en el latín *apellatio* o *apellare* (llamamiento o reclamación, alzada o elevación), a partir de lo cual define la apelación como “el acto por el cual se pide al tribunal de alzada (superior) que modifique o revoque una resolución del inferior, que irroga agravio” (p. 27).

Una definición sencilla y abarcadora del recurso de apelación plantea que es uno de los medios que permite a las partes en el proceso llevar ante el juez superior una resolución que estima injusta o errónea, para que la ratifique o revoque, según sea el caso (UCC, 2010, p. 314). En esta se reflejan los principales sujetos que intervienen en el recurso: los litigantes, el

juez de primera instancia, tribunal penal, Sala Penal de la Corte Provincial, y, Corte Nacional de Justicia.

15

Más apegada a esa visión concreta del recurso es la definición de E. Couture, cuando plantea que el recurso de apelación o alzada es aquel que “se concede al litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior para reclamar de ella y obtener su revocatoria por el juez de una instancia superior” (1976, p. 12); en síntesis, solo la parte que se considere agraviada puede interponer un recurso de apelación contra el fallo o resolución judicial (Monroy, 1992, p. 21).

La finalidad del derecho a la impugnación, desde el punto de vista teórico y en su dimensión práctica, es la de contradecir o refutar “una decisión judicial, con la cual no se encuentra de acuerdo, debido a que la misma le causa un agravio al encontrarse afectada de error o vicio, y que tendrá por objeto que se revoque o anule la decisión jurisdiccional” (Manrique, 2005, p. 71).

En palabras Villagómez (2017), “el derecho a recurrir, garantiza: por una parte, el control funcional de las decisiones por un órgano jurisdiccional superior; y, por otro lado, constituye una garantía procesal” (p. 40); es decir el derecho a recurrir se entiende como el mecanismo a través del cual los sujetos procesales tienen la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales ante un Juez de jerarquía superior para que ratifique o revoque la decisión del juez inferior garantizándose de esta forma el debido proceso y los derechos de las partes procesales y de esta forma garantizar el principio de tutela judicial efectiva de los derechos.

En el campo penal el derecho a recurrir tiene un especial significado, particularmente para el procesado, por cuanto a través de este mecanismo se podría evitar que sea privado de forma ilegal o ilegítima de su libertad, permitiéndole acceder a un recurso judicial como el de apelación a la prisión preventiva, a la sentencia condenatoria entre otros; y, de la misma forma posibilita a Fiscalía y a la víctima para que también puedan impugnar las decisiones judiciales en la cual el Juez superior revisará y analizará cada caso en los cuales podría existir errores

tanto de hecho como de derecho, cuya decisión será dada a conocer de forma motivada.

16

Al amparo de las normas vigentes en el COIP, García (2015) define el recurso como “una vuelta o retorno de una cosa al lugar de donde salió. Proviene del latín recursos-us, y que significa retroceso” (p. 174). Por su parte Villagómez tomando un punto de partida similar, manifiesta que en materia penal “la posibilidad de recurrir al fallo, constituye parte integral del derecho a la defensa, elemento constitutivo del debido proceso, que racionaliza el *ius puniendi* en una condena justa” (p. 40).

En el ámbito jurisprudencial, respecto al derecho a recurrir existe jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, Corte Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos que serán analizadas en la investigación. De igual manera será sistematizados los elementos esenciales del derecho a la impugnación en los instrumentos básicos de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969).

En todos esos instrumentos se establecen estándares que debe incorporarse a la legislación vigente, y en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los jueces a su aplicación, de igual manera que obliga la jurisprudencia de la CIDH, para hacer efectivas las exigencias que plantea el control de convencionalidad que deben aplicar todos los jueces y servidores públicos en el Ecuador.

Como puede apreciarse en las investigaciones relacionadas en el estado del arte, el estudio del derecho al recurso en general y sus manifestaciones particulares en el derecho procesal penal se refieren en todos los casos a que se trata de un derecho fundamental, inherente a toda persona involucrada en un proceso, cuyo contenido esencial es la posibilidad de que un juez o tribunal superior pueda examinar una resolución dictada por un inferior a los fines de verificar o descartar la existencia de un posible error judicial, y en su caso adoptar decisiones que se correspondan con la correcta aplicación de la ley.

Evidentemente, el derecho al recurso no garantiza de ninguna manera que quien lo ejerce obtenga los beneficios que reclama, pues también respecto del mismo aplica el principio de contradicción en virtud del cual el sujeto procesal beneficiado con la decisión

17

impugnada puede presentar los alegatos por los que considerar improcedente el recurso, y una vez escuchadas las partes el juez que conoce de aquel pronunciará su resolución que en algunos casos puede ser, a su vez, impugnada y en otros termina en aquel ejercicio.

La garantía que sí existe radica en la prohibición de empeorar la situación del procesado previsto en el artículo 5 numeral 7 del COIP, en virtud del cual, “al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente.” Sin embargo, si la resolución es apelada también por la Fiscalía o por la acusación particular, la resolución del recurso sí puede aumentar la pena impuesta al procesado, pues en tal caso la prohibición no aplica como se deduce del principio citado.

Por otro lado, el derecho al recurso es uno de los ingredientes esenciales del derecho a la defensa, especialmente frente a una resolución judicial que se considera adversa a los derechos o interés propios, en cuyo caso defenderse significa acudir ante una instancia superior para que revise el fallo y corrija un posible error judicial, o por el contrario lo ratifique para que adquiere la condición de cosa juzgada y no pueda intentarse cualquier otro recurso en la vía ordinaria.

En resumen, la revisión del estado del arte pone de manifiesto la importancia y actualidad del tema, así como las principales tendencias y problemas que se discuten en la doctrina procesalista tanto ecuatoriana como internacional. En ese contexto, el presente estudio de caso representa un paso adelante con respecto a las investigaciones revisadas, pues aplica los elementos teóricos y normativos analizados al estudio de un caso en particular, donde se ponen de manifiesto las inconsistencias entre algunas normas o concepciones teóricas y su aplicación práctica en el proceso en cuestión.

### 2.2.2. Principios que configuran el derecho a recurrir

La doctrina jurídica establece varios principios que regulan el derecho constitucional a recurrir, dentro de los cuales pueden mencionarse los siguientes: unicidad, prohibición de

18

*reformatio in pejus*, inmediación, trascendencia, dispositivo, legalidad procesal, congruencia procesal, formalidad, entre otros. Cada uno de ellos se define y explica brevemente a continuación; en el caso del Ecuador están recogidos esencialmente en la Constitución de 2008 en su artículo 76, especialmente en el numeral 7 literal m) que establece como parte del derecho a la defensa, el derecho a recurrir el fallo. Esos principios pueden encontrarse desarrollados en el artículo 5 del COIP.

*Principio de unicidad.* Este principio se configura cuando “un determinado recurso opera para impugnar específicas resoluciones” (Villagómez, 2017, p. 49). Dicho de otra manera, en cada recurso debe establecerse expresamente qué resoluciones pueden ser impugnadas por cada recurso, para garantizar el principio de exclusividad en virtud del cual solo se pueda impugnar una resolución por una única vía con exclusión de las demás. Este principio permite excluir la idea sustentada por algunos autores de que el derecho al recurso opera contra cualquier resolución judicial en materia penal, cuando ciertamente sólo procede contra las previstas taxativamente en la ley procesal.

*Principio de prohibición de reformatio in pejus.* Principio en virtud del cual no se puede empeorar la situación jurídica del recurrente consagrado en el artículo 77, numeral 14 de la Constitución de la República del Ecuador; ello solo opera, en el ámbito procesal penal, cuando el único recurrente es la persona procesada, pero si también la fiscalía recurre sí se puede agravar la sanción inicialmente impuesta al procesado. Con este principio se busca hacer efectiva la igualdad entre todos los sujetos procesales, de manera tal que si al menos dos, incluido el procesado, apelan la resolución, el resultado puede ser favorable a uno u otro, mientras que si solo recurre la persona procesada puede beneficiarse de la nueva decisión,

pero no podrá ser perjudicada.

*Principio de inmediación.* Este principio es de cardinal importancia en el proceso penal en la actualidad, que es esencialmente oral y público, ya que tiene como exigencia la necesidad de que entre el juzgador y las partes exista contacto directo y físico entre aquel y todos los sujetos procesales, especialmente en la presentación y producción de la prueba durante la audiencia, y en la realización de cualquier diligencia que debe realizarse ante las partes previa notificación, así como la prohibición de que el juzgador se reúna de manera

19

separada con cualquiera de las partes. En sentido estricto el principio exige presencia física, sin embargo, en determinadas circunstancias la presencia puede ser virtual siempre que exista simultaneidad de audio y video y sea autorizado por el juzgador como se ha visto en el contexto de la pandemia del Covid-19.

*Principio de trascendencia.* Se encuentra dentro de la clasificación de los principios de las nulidades procesales, el cual se refiere a la máxima: “pas de nulleté sans grief, es decir no hay nulidad sin agravio, sin daño, sin perjuicio” (Sotomayor, 2016, p. 254). Ello significa que el daño realizado debe ser de tal trascendencia que amerite la nulidad de la actuación procesal que le dio origen, pues de lo contrario deberá buscarse otra vía de solución que no retrase el desarrollo del proceso. Aquí puede apreciarse otra de las limitaciones al derecho fundamental al recurso, pues solo procede cuando la resolución ocasione un perjuicio a cualquiera de los sujetos procesales, es decir, que sea trascendente para el fallo definitivo.

*Principio dispositivo.* Se encuentra establecido en el artículo 169 de la Constitución de 2008 y en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial (Asamblea Nacional, 2009). Ese principio exige que los jueces deben resolver en base a las pruebas actuadas conforme a la ley y a lo fijado por las partes procesales como objeto del proceso. Asimismo, postula que el proceso judicial solo se activa a instancia de parte, quien además debe indicar en la propia demanda la pretensión y e incorporar las pruebas de que intenta valerse, o en caso contrario indicar dónde se encuentran para que el juzgador disponga lo pertinente para su incorporación al proceso.

*Principio de legalidad procesal.* Este proceso exige que puedan únicamente interponerse los recursos que estén previstos por la Ley, y que deben intentarse solo contra las resoluciones expresamente previstos en cada caso. Con independencia de que el recurso es un derecho fundamental, es al legislador que corresponde su configuración legal; es decir, delimitar qué resoluciones pueden impugnarse y mediante qué recurso específico, pues no toda resolución puede ser impugnada sino solo aquellas que puedan tener trascendencia al fallo o puedan ocasionar un perjuicio a cualquiera de los sujetos procesales. No obstante, el criterio definitivo es que contra la resolución esté previsto un recurso específico, pues de lo

20

contrario no podrá ser impugnada aunque cause un perjuicio del tipo mencionado en el principio de trascendencia.

*Principio de congruencia procesal.* Consiste en la correlación que debe existir entre lo formulado o solicitado por los sujetos procesales en sus respectivos escritos y la decisión que el juzgador dicte sobre aquel pedido, ya sea ratificando el estado de inocencia o imponiendo una sanción a la persona procesada con base en la prueba producida en la audiencia y la motivación elaborada para probar el nexo causal entre el resultado punible y la acción u omisión realizada por el infractor. Dicho de otra manera, en el ámbito procesal civil, entre lo solicitado por el demandante o el demandado si presenta demanda reconvencional y lo que resuelva el juez debe existir congruencia, ya que aquel no puede dar más de lo que se le pide (*ultra petita*) ni menos de lo que se pide (*infra petita*). En el caso del proceso penal, el juzgador no puede imputar una calificación de los hechos distinta de la propuesta por la fiscalía que ejerce la acción penal

*Principio de formalidad.* Indica que la impugnación debe presentarse cumpliendo cada uno de los requisitos inherentes a cada procedimiento conforme lo establezca la norma procesal vigente; este principio está ligado también al principio de legalidad y son los que delimitan tanto las resoluciones impugnables (objeto del del recurso) como el recurso procedente en cada caso. Si bien el incumplimiento de formalidades no esenciales no siempre es un obstáculo en el ámbito procesal, cuando se trata de los recursos las formalidades son el

primer requisito a verificar antes de admitir a trámite la impugnación, de suerte que si no se cumplen las formalidades, en la mayoría de los casos, no se entrará a considerar el fondo de la impugnación.

De lo anotado en líneas anteriores se establece que el derecho fundamental a impugnar no solo permite apelar las decisiones judiciales ante el superior, sino que también garantiza la aplicación de varios principios procesales por parte de los administradores de justicia a fin de lograr una justicia equitativa. Aun cuando se trata de un derecho inherente a toda persona involucrada en un proceso en que puedan resultar afectados sus derechos o intereses, se rige por determinados principios que configura su contenido, y por normas que determinan en qué

21

casos se puede interponer cada tipo de recurso y cuáles son los requisitos y formalidades a cumplir para que proceda su admisión.

### **2.2.3. La nulidad características generales y manifestaciones en el proceso penal**

Uno de los aspectos centrales del caso objeto de análisis es la nulidad del auto de vinculación al proceso dictado por el juez que conoció de la causa en primera instancia, por lo que en este apartado de la investigación se realiza un análisis doctrinal y normativo de la nulidad como categoría jurídica y como consecuencia que atribuye el legislador a determinadas acciones u omisiones que tiene lugar dentro del proceso, como es el caso de las actuaciones que realice alguno de los sujetos procesales sin cumplir las formalidades esenciales de las mismas, o cuando se produce vulneración de derechos cuya subsanación se materializa con el rechazo de una resolución judicial.

Caba indicar desde el inicio que la nulidad es una categoría compleja que incluye dos subtipos básicos que son la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad, distinción que se acepta tanto en la doctrina como en la legislación. Por ejemplo Beladiez (1994) indica que “en el Derecho civil, las categorías de la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad tienen como finalidad expresar la diferente situación en la que se encuentran los actos que infringen

el ordenamiento jurídico” (pág. 158). Así, la nota común a ambas formas de nulidad es la violación de una norma vigente, pero su diferencia radica en las consecuencias que generan para el infractor y respecto del acto realizado.

A partir de esa idea general la autora realiza una distinción entre el acto nulo y el acto anulable: “el acto nulo no es otra cosa que el acto inválido. De este modo, el acto nulo de pleno derecho es aquel que carece de valor para el Derecho por incurrir en una grave infracción del ordenamiento jurídico (Beladiez, 1994, pág. 158). Por su parte el “el acto anulable es un acto que no es inválido, pero puede llegar a serlo (acto invalidable) si el perjudicado por el vicio así lo exige. En estos casos el Derecho condiciona su validez a que la parte dañada por el vicio lo consienta” (Beladiez, 1994, pág. 158).

22

Una distinción similar realiza Miramón (2011), para quien la nulidad absoluta “se origina con el nacimiento del acto, cuando el mismo va en contra de una norma que integra el orden jurídico. El acto nulo es asimilado al inexistente, y por ello se sostiene que no produce efecto alguno” (Miramón, 2011, pág. 76). Su contrapartida es la nulidad relativa o anulabilidad, donde al “igual que la absoluta, el acto nace viciado desde su nacimiento, pero produce plenamente sus efectos, mismos que se anularán una vez que el juez pronuncie la nulidad. Solo puede ser invocada por personas en cuyo favor la establece la ley es susceptible de convalidarse por confirmación o por prescripción (Miramón, 2011, pág. 76).

Esas distinciones doctrinales tienen valor práctico cuando son incorporadas a la legislación nacional, como sucede en Ecuador con el Código Civil vigente en el Ecuador (Congreso de la República, 2015), el cual en su Título XX dispone todo lo relativo a la nulidad y la rescisión. Según el artículo 1697, es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

En su artículo 1698 establece cuáles son las causas que producen la nulidad absoluta de los actos jurídicos o los contratos. La nulidad es absoluta cuando: i)- es producida por un objeto o causa ilícita; ii)- es producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las

leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; y iii)- cuando los actos o contratos son realizados por personas absolutamente incapaces.

En cuanto a los efectos, la nulidad absoluta o de pleno derecho implica que el acto jurídico afectado carece de toda validez y no podrá ser convalidado, por lo que quedarán sin efecto las consecuencias que tuvo sobre los sujetos involucrados. A diferencia de ello, en la nulidad relativa o anulabilidad los vicios que afectan el acto jurídico pueden ser subsanados para que adquiera su plena validez, pero ello no significa que no produzca efectos válidos pues tanto la nulidad absoluta como la relativa deben ser declaradas por un juez, y mientras ello no suceda el acto seguirá surtiendo sus efectos.

23

En materia procesal penal también aplican las distinciones anteriores, aunque en la mayoría de los casos tiene primacía la nulidad absoluta o de pleno derecho cuando debido al valor absoluto que en la materia tienen los principios de tipicidad y legalidad. En este caso interesan únicamente la nulidad en materia de impugnación y recursos prevista en el artículo 652 del COIP, donde se prescribe que “si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produce la nulidad a costa del servidor o parte que lo provoque.”

Procederá, según el propio artículo, la declaratoria de nulidad, “únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso.” Y las causas que pueden dar lugar a nulidad son la falta de competencia de la o el juzgador, cuando no pueda subsanarse con la inhibición; cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos en el Código y cuando exista violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa. Al ser estas causas taxativas, cuando el jugador advierta su presencia deberá declarar la nulidad del acto procesal realizado, y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la violación normativa detectada.

Contra el auto que declare la nulidad por cualquiera de las causales anteriores procede el recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 653 del COIP, y puede ser interpuesto por cualquiera de los sujetos procesales que intervienen en el proceso, siempre que la inexistencia de cualquiera de las causas previstas en el artículo artículo 652 del COIP. Si se ratificara la nulidad del acto impugnado, o se negare el recurso de apelación queda subsistente la pregunta de si la resolución que declara la nulidad del auto en apelación puede a su vez ser apelada.

La Corte Nacional de Justicia resolvió esa interrogante en la Resolución 14-2020, al disponer en su artículo 1 que “El auto de nulidad al que se refiere el artículo 653.2 del Código Orgánico Integral Penal, dictado de oficio o a petición de parte por un Tribunal de Apelación o de Casación, no es susceptible de recurso de apelación.” Los argumentos de alto tribunal para llegar a esa decisión fueron, en esencia, los siguientes: por su naturaleza, el recurso de apelación siempre procede ante los tribunales superiores, de ahí que no sea procedente el

24  
recurso de apelación del auto de nulidad procesal dictado por los Tribunales de Apelación de las Cortes Provinciales y de la Corte Nacional en caso de fuero, al momento de resolver el recurso.

Tampoco procede la apelación del auto de nulidad procesal dictado por los Tribunales de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, al momento de resolver el recurso, sencillamente porque la norma no lo prevé y al ser el derecho al recurso objeto de configuración legal, solo procede allí donde esté expresamente previsto. Con la prohibición de que pueda ser apelado el auto de nulidad dictado en apelación, según la Corte Nacional, “se evita una discusión jurídica *ad infinitum* y crear instancias no contempladas en la ley, en salvaguarda de los derechos a tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica, y de los principios de debida diligencia, celeridad, eficacia y eficiencia.”

Hay que tener en cuenta, para cerrar con este punto, que la Resolución 14-2020 de la Corte Nacional de Justicia fue dictada con posterioridad al caso objeto de análisis en la presente

investigación, por lo que el problema delimitado desde el inicio subsiste tanto en sus planteamientos teóricos como en sus efectos prácticos; de ahí que pueda considerarse que la prohibición de la Corte en el sentido de impedir que proceda el recurso de apelación contra un auto de nulidad dictado por un tribunal de apelación o casación, vulnera el derecho al recurso reconocido en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, a la vez que dicho organismo se atribuye funciones legislativas que no le corresponden.

#### **2.2.4. Derecho al recurso en el Derecho comparado**

El estudio comparado de instituciones jurídicas o derechos fundamentales es esencial para conocer su configuración jurídica en diferentes ordenamientos jurídicos extranjeros de un mismo sistema jurídico o familia de sistemas jurídicos como se denomina en la doctrina que se ocupa del estudio de esos temas (Lan, 2015). Si bien como afirma el autor citado no existe acuerdo en qué deba entenderse por familia jurídica, lo cierto es que los ordenamientos jurídicos que se basan en la tradición derivada del Derecho romano y su recepción en el

25

Derecho francés durante los siglos XVIII y XIX mediante la codificación tiene bastantes elementos comunes, y uno de ellos es el recurso de impugnación como medio para corregir el posible error judicial.

En esa caso el estudio se centra en tres cuerpos legales que son los el Código Procesal Penal de Chile (Senado y Cámara de Diputados, 2000), el Código de Procedimiento Penal de Colombia (Congreso de Colombia, 2004) y el Código Procesal Penal de la Nación Argentina (Senado y Cámara de Diputados, 2014), los que pueden considerarse representativos de la forma en que en la región se diseña el derecho al recurso en el nivel legislativo procesal en el marco de los principios y normas constitucionales vigentes en cada país.

En el Código Procesal Penal de Chile no se establece expresamente el principio de doble instancia (Numi, 2018) como una garantía de los derechos de las personas procesadas, aunque ello no significa que puedan ser impagadas las resoluciones judiciales en materia penal. Concretamente en su artículo 364 establece como resoluciones apelables las dictadas

por un tribunal de juicio oral en lo penal.

En el artículo 115 declara como apelable la resolución que declare inadmisibles la querrela, pero sin que en la tramitación del recurso pueda disponerse la suspensión del procedimiento. La resolución que admitiere a tramitación la querrela será inapelable, por lo que el proceso deberá iniciarse una vez que la admita el juzgador.

Los artículos 158 y 253 también establecen resoluciones que pueden ser impugnadas por los sujetos procesales. El primero de ellos dispone que “serán apelables las resoluciones que negaren o dieran lugar a las medidas cautelares.” Con ello se busca que la persona procesada afectada con la medida pueda solicitar que un tribunal superior o de segunda instancia revise lo procedente y descarte o confirme un posible error judicial, caso en el cual deberá anular la resolución impugnada o retrotraer las actuaciones al momento del error.

En el artículo 253 se establece que el auto de sobreseimiento sólo será impugnable por la vía del recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva, lo que permite a la persona que se considere afectada con el auto recurrir ante la instancia correspondiente, para

que se revise la decisión judicial de primera instancia y eventualmente obtener una resolución favorable a sus intereses y no a los del procesado.

En cuanto a la legitimación activa para impugnar, el artículo 352 del Código establece que “podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el ministerio público y los demás intervinientes agraviados por ellas, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley.” Aquí se aprecia cómo funciona el principio de legalidad, pues solo admite como recurrentes los sujetos procesales expresamente definidos en la ley, a diferencia de otros medios como las acciones constitucionales (por ejemplo, el hábeas corpus) que puede intentarlas cualquier persona.

Respecto a las causales que pueden alegar los sujetos procesales para interponer un recurso, el Código no declara expresamente ninguna, de ahí que los sujetos procesales no necesiten fundamentar la solicitud de los recursos o una causa de presunta procedencia, lo que

no les exime de argumentar sus posiciones en la audiencia que sea convocada al efecto. Esa amplitud en el código responde a la necesidad de que las resoluciones judiciales puedan ser revisadas en la mayor cantidad de casos posibles, siempre que lo solicite cualquiera de las personas legitimadas para ello (Chaigneau, 2002).

Los requisitos para interponer los recursos previstos en el Código están previstos en los artículos 366 y 367. En el primero de esos artículos se establece el plazo para interponer el recurso de apelación, el cual deberá entablarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución impugnada. El artículo 367 dispone las formas que debe cumplir la interposición del recurso de apelación, el cual deberá ser interpuesto por escrito, con indicación de sus fundamentos y de las peticiones concretas que se formularen.

En el artículo 368 del Código se establecen los efectos del recurso de apelación que, en caso de ser concedido en el solo efecto devolutivo, a menos que la ley señalare expresamente lo contrario. El efecto devolutivo significa que si se concede el recurso solicitado el proceso deberá retrotraerse hasta el momento anterior a la resolución afectada, para que otro juez o tribunal conozca y resuelva lo procedente.

27

Por su parte el Código de Procedimiento Penal de Colombia en su artículo 20 establece el principio de doble instancia, en virtud del cual las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas, serán susceptibles del recurso de apelación. Cuando el apelante sea únicamente el procesado el juez superior no podrá agravar su situación procesal, aunque evidentemente sí puede mejorarla como consecuencia de la apelación.

El artículo 177 establece expresamente las resoluciones susceptibles de impugnación, y son las siguientes: la sentencia condenatoria o absolutoria; el auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión; el auto que decide la nulidad; el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral y el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral.

También cabe el recurso de apelación, con solo efecto devolutivo, del auto que resuelve sobre la imposición, revocatoria o sustitución de una medida de aseguramiento; del auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado; del auto que resuelve sobre la legalización de captura; del auto que decide sobre el control de legalidad del diligenciamiento de las órdenes de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares; del auto que imprueba la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de investigación y del auto que admite la práctica de la prueba anticipada.

Para interponer los recursos contra cualquiera de esas resoluciones judiciales están legitimadas únicamente las partes procesales, que son el procesado, la Fiscalía, la víctima o su representante, de manera sujetos fuera de ese círculo, aunque pudieran tener algún interés en el caso, no pueden apelar las resoluciones antes indicadas.

Respecto de las causales, cabe indicar que el Código no establece causales expresas por las que se puedan impugnar las resoluciones precitadas, por lo que los sujetos que las planteen solo deberán indicar su solicitud de impugnar y en el trámite de la audiencia expresar las razones de la apelación y el petitorio concreto (Aguilar, 2002).

28

Los requisitos de procedibilidad del recurso de apelación están previstos en los artículos 178 y 179. En el primer artículo se establece el trámite del recurso de apelación contra autos éste se interpondrá, sustentará y correrá traslado a los no impugnantes en la respectiva audiencia. Si el recurso fuere debidamente sustentado se concederá de inmediato ante el superior en el efecto previsto en el artículo anterior.

Por su parte el artículo 179 prevé el trámite del recurso de apelación contra sentencias, el cual se interpondrá en la audiencia de lectura de fallo, se sustentará oralmente y correrá traslado a los no recurrentes dentro de la misma o por escrito en los cinco (5) días siguientes, precluido este término se correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cinco (5) días. En todos los casos el recurso tendrá efecto suspensivo, de acuerdo con lo prescrito en

el artículo 177, y se mantendrá el proceso en esa situación hasta que se resuelva el recurso.

El último cuerpo legal analizado es el Código Procesal Penal de la Nación Argentina, el cual no declara expresamente el principio de doble instancia, pero se ha reconocido por vía jurisprudencial en varios casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Piesco, 2001).

Respecto a las resoluciones impugnables dispone en su artículo 309 que solo podrán impugnarse el rechazo de la pretensión de constituirse en parte querellante, las decisiones sobre cuestiones de competencia, el sobreseimiento, la sentencia definitiva, las excepciones, la aplicación de medidas cautelares, la denegatoria de la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, los procedimientos abreviados y las decisiones que se tomen durante la ejecución de la pena.

Los legitimados para impugnar las resoluciones judiciales en materia penal son el imputado, el querellante, el civilmente demandado, el Ministerio Público Fiscal. Todos ellos pueden impugnar el auto de sobreseimiento (artículo 310), la sentencia condenatoria (artículo 311) y la sentencia absolutoria (artículo 312). En el caso del sobreseimiento, podrá impugnarse si careciera de motivación suficiente, se fundara en una errónea valoración de la prueba u omitiera la consideración de pruebas esenciales, o si se hubiera inobservado o aplicado erróneamente un precepto legal.

29

La sentencia condenatoria puede impugnarse si se alegara la inobservancia de un precepto o garantía constitucional o legal; si se hubiera aplicado erróneamente la ley penal; si careciera de motivación suficiente o ésta fuera contradictoria, irrazonable o arbitraria; si se basara en prueba ilegal o incorporada por lectura en los casos no autorizados por este Código; si se hubiera omitido la valoración de prueba decisiva o se hubiera valorado prueba inexistente; si se hubiera, erróneamente, valorado una prueba o determinado los hechos que sustentan la sentencia condenatoria y la pena; si no se hubiesen observado las reglas relativas a la correlación entre la acusación y la sentencia; si no se cumplieran los requisitos esenciales de la sentencia; si se diera alguno de los supuestos que autoricen la revisión de la sentencia

condenatoria firme; y si no se hubiera respetado la cesura del debate.

En cuanto a la sentencia absolutoria su impugnación procede si se alegara la inobservancia del derecho a la tutela judicial de la víctima; si se hubiera aplicado erróneamente la ley; si la sentencia careciera de motivación suficiente, o ésta fuera contradictoria, irrazonable o arbitraria; y si no se cumplieran los requisitos esenciales de la sentencia.

Los requisitos exigibles a los sujetos procesales para interponer el recurso de apelación contra cualquiera de las resoluciones indicadas están prescritos en el artículo 313 del Código, que prescribe que la impugnación se interpondrá por escrito, debidamente fundada, ante el juez que dictó la decisión, dentro del plazo de diez (10) días si se tratara de sentencias condenatorias o absolutorias, de tres (3) días para la aplicación de una medida cautelar y de cinco (5) días en los demás casos, salvo que este Código prevea la revisión inmediata.

Finalmente, el artículo 300 dispone como regla el efecto suspensivo del recurso, y por ello las decisiones judiciales no serán ejecutadas durante el plazo para impugnar y mientras tramite la instancia de control, salvo disposición en contrario. Tampoco serán ejecutadas si se hubiera ordenado la libertad del imputado o condiciones menos gravosas. Una vez resuelto el recurso se aplicará la decisión del tribunal o juez de segunda instancia que corresponda.

30

### **2.2.5. Derecho al recurso en el Ecuador**

En vista de que no todos los recursos son iguales, ni pretenden corregir la misma clase de errores corresponde a la legislación establecer el alcance de cada uno de ellos, al respecto la Corte Constitucional del Ecuador ha indicado es la ley por lo tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles con son los requisitos positivos y negativos-que deben darse para su ejercicio (Cueva, 2018).

Sobre el derecho a impugnar la Constitución de la República del Ecuador en el

artículo 76 numeral 7 letra m) establece entre las garantías del debido proceso: “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (Asamblea Constituyente, 2008). Ese derecho debe ser interpretado en el marco establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos ya mencionados con anterioridad, pues el artículo 425 de la Constitución dispone que esos instrumentos se encuentran por debajo de aquella en cuanto a su jerarquía normativa y aplicación.

En el ámbito legal el derecho al recurso en materia penal está regulado en el COIP, en cuyo artículo 5, numeral 6, establece como uno de los principios procesales el principio de impugnación procesal. En su Título IX estipula la impugnación y los recursos a partir del artículo 652 al 661 dentro de los cuales se encuentran las reglas generales que rigen el procedimiento y trámite que se debe dar a cada uno, dentro de los cuales se encuentran los recursos de recurso de apelación, casación, revisión y recurso de hecho.

En el artículo 653 del COIP establece los casos en los cuales procede el recurso de apelación dentro de los cuales se encuentran los siguientes casos:

1. De la resolución que declara la prescripción del ejercicio de la acción o la pena.
2. Del auto de nulidad.

3. Del auto de sobreseimiento, si existió acusación fiscal.

4. De las sentencias; y,

5. De la resolución que conceda o niegue la prisión preventiva siempre que esta decisión haya sido dictada en la formulación de cargos o durante la instrucción fiscal.

Con base en esos antecedentes y bases teóricas y normativas se analiza el Auto de nulidad declarado por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo

dentro de la causa Nro. 06282-2015-02723 de fecha 21 de diciembre del 2015, para alcanzar los objetivos de investigación planteados y responder a las preguntas de investigación planteadas, sobre todo teniendo en cuenta que la Corte Nacional de Justicia en su Resolución 14-2020 dio una respuesta al problema planteado que no resulta satisfactoria, pues limita el ejercicio del derecho al recurso al prohibir la apelación del auto de nulidad dictado por un tribunal de apelación o casación, en los términos ya explicados.

### **2.2.6. Delito de peculado en el COIP**

Para darle un contexto más apropiado al estudio de caso es necesario analizar brevemente la configuración jurídica del delito de peculado en el COIP, pues fue ese el delito que se les imputó a todos los procesados en la causa donde se negó a la Fiscalía el recurso de apelación contra el Auto que declaró la nulidad de lo actuado desde la audiencia de vinculación, y respecto al cual la Fiscalía interpuso el recurso de apelación que se analiza en este estudio de caso.

El delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 278 del COIP, y es uno de los delitos cuyo bien jurídico protegido es la eficiencia de la administración pública. Se trata de una figura delictiva compleja con una conducta básica y varias modalidades que se diferencian en aspectos como las circunstancias de los hechos, los sujetos involucrados, las cualidades de la víctima, todo lo cual se refleja además en los diferentes marcos sancionadores previsto en cada modalidad del delito.

32

En todos los casos del delito se exige que la acción típica punible sea realizada por un sujeto especial, pues para incurrir en cualquiera de las modalidades de la conducta prevista el sujeto activo debe ocupar una posición específica como servidor público o persona que actúe en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, o ser funcionario, administrador, ejecutivo o empleado de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, o ser miembro o vocal de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades.

Cualquiera de esas personas puede ser sujeto activo del delito de peculado, que se configura por un amplio espectro de acciones que incluye abuso, apropiación, distracción, disposición arbitraria de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, con la finalidad de beneficiarse a sí mismos o a terceros. La pena prevista para la figura básica del delito es de pena privativa de libertad de diez a trece años.

La misma pena se aplica cuando los servidores públicos que actúen en virtud de una potestad estatal se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

En el caso objeto de análisis se aplicó el numeral 4 del artículo 278 que describe como sujeto activo del delito de peculado administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como a miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de una Cooperativa de Ahorro y Crédito. En ese caso las acciones punibles son disponer de manera fraudulenta, apropiarse o distraer los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, ejecutar de manera dolosa operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad. La pena prevista es de privativa de libertad de diez a trece años.

### **2.2.7. Análisis de los resultados de la entrevista a expertos**

Para complementar y contrastar los resultados del estudio teórico se aplicaron sendas entrevistas a expertos en Derecho penal que se desempeñan en diferentes instituciones públicas y en el libre ejercicio de la profesión jurídica. Los resultados de esas entrevistas se analizan en esta parte; en cada una de las preguntas se analizan las respuestas de los expertos

encuestados para contrastar sus respuestas, al final se señalan de manera resumida los aspectos coincidentes y divergentes, así como los resultados más importantes alcanzados con la aplicación de esta técnica de recogida de información basada en un cuestionario con preguntas estructuradas.

Los expertos consultados fueron los siguientes:

- **Doctor Nelson Rodríguez;** ha ocupado varias responsabilidades en el sector público como Intendente General de Policía de Chimborazo; Director del Centro de Rehabilitación Social de Riobamba; Director Administrativo de la Agencia Provincial de Tránsito de Chimborazo; Juez de la Unidad Judicial Especializada de Violencia y actualmente se desempeña como Juez de la Unidad Judicial Penal del cantón Riobamba, provincia de Chimborazo.
  - **Doctor Jorge verdugo.** Su desempeño ha sido dos años en calidad de abogado litigante; durante trece años como servidor público entre Fiscalía General del Estado y actualmente se desempeña como Juez de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo.
  - **Doctor Paul Carvajal. Su experiencia profesional incluye** 38 años como abogado en funciones de Juez y abogado en libre ejercicio de la profesión.
  - **Doctor. Richard Ítalo Villagómez Cabezas.** Su experiencia profesional incluye las siguientes actividades: Abogado en libre ejercicio; Fiscal de la provincia de Chimborazo; Conjuez Corte Provincial de Justicia de Tungurahua; Conjuez de Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal; Docente de pregrado y postgrado de diversas universidades del Ecuador y extranjero; Ponente Nacional e Internacional en materia de derecho penal, derecho procesal penal e investigador en materia de lavado de activos, delincuencia organizada, compliance.
- 34
- **Doctor Dennis Andrade.** Su experiencia personal incluye los siguiente: abogado en libre ejercicio desde el año 2002; ayudante judicial del juzgado 4 de lo penal de pichincha, para posterior en el año 2007 ingresar a la Unidad Transitoria de la Defensoría Pública en calidad de Defensor Público como coordinador del área penal en la ciudad de Quito, ente

muchas otras actividades; actualmente se desempeña desde el año 2019 me encuentro en calidad de Director Provincial de la Defensoría Pública de la provincia de Tungurahua.

- **Doctor.** Becquer Carvajal Flor. Su experiencia en materia penal es amplia, ha sido abogado en catedrático, funcionario de fiscalía, fiscal, fiscal provincial de Morona Santiago, Abogado en libre ejercicio.
- **Doctor. Santiago Pazmiño.** Su experiencia en material penal nace en la Juristicheskije Facultiet en Rusia hacia el año 2007; Magíster en Derecho penal y procesal penal en la Universidad Central del Ecuador. Actualmente ejerce las funciones de Fiscal de la provincia de Chimborazo desde el año 2015.

A continuación se reseña lo principal de las respuestas de los expertos entrevistados. La primera pregunta de acreditación se les consultó a los expertos sobre su trayectoria y experiencia profesional, un resumen de lo cual se realizó en la presentación precedente. En la segunda pregunta se les consultó lo siguiente: ¿Podría explicar según su experiencia y de manera general, los fundamentos del derecho al recurso y sus límites?

El Dr. Nelson Rodríguez indicó que La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76, numeral 7 literal m, señala: “m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

La Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José) garantiza el derecho de recurrir de las decisiones judiciales conforme establece el artículo 8.2.h., que indica:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.5 garantiza el derecho a recurrir y determina:

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley.

El derecho a recurrir está garantizado, en el Código Orgánico Integral Penal, Constitución de la República del Ecuador, y en el bloque de convencionalidad.

El Dr. Jorge Verdugo indicó que el derecho a recurrir constituye una garantía de rango constitucional establecido en la Norma Suprema y en la Normativa supranacional vigente. Ergo, es parte del derecho a la defensa del justiciable y su aplicación es obligatoria. Empero, no es un derecho absoluto y tiene determinados límites, pues no se puede apelar todas las resoluciones, sentencias o autos, sino aquellos que por principio de legalidad están establecidos en la Norma.

Por su parte el Dr. Paul Carvajal manifestó que todos los recursos tienen un fundamento o finalidad. Que la decisión del inferior, sea auto o una sentencia se pueda recurrir. El término dice “re-currir”, es decir que el superior haga un nuevo estudio y tenga las siguientes opciones 1.- Reformar. 2.- Revocar. 3.- Confirmar. La Corte Constitucional tiene resuelto que no todos los autos y sentencias son recurribles. Los autos de nulidad en el caso que se menciona es decir cuando resuelve un tribunal de apelación o un tribunal de casación, no es apelable, porque resuelven mediante recurso.

En un principio leyendo la Constitución da a entender que todo es recurrible, pero la Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación de la Constitución, dice que no, por eso es que en lo civil por ejemplo cuando se dicta sentencia en el juicio ejecutivo porque no se ha presentado excepciones, si comparece a tiempo para poder presentar el recurso de apelación, no procede. Según la Constitución sí, pero se pone límites teniendo en cuenta que no se ha ejercido un derecho oportunamente o porque si se pudiese presentar los recursos que se considere arguyendo que el derecho a recurrir es genérico, existiría una acumulación de procesos para resolver. En este caso, al declararse la nulidad no existe un pronunciamiento sobre el fondo de la causa, no pone fin a la causa, por tanto se limita el derecho a recurrir.

Lo mismo sucede cuando se dicta auto de sobreseimiento, el fiscal puede recurrir y, cuando se dicta auto de llamamiento a juicio, el procesado no puede recurrir, porque se toma

36  
como base que no es una decisión definitiva. Las preguntas son: 1.- ¿Quién conocer el recurso

de nulidad cuando dicta una sala de la Corte Provincial de Justicia, otra sala penal y si no hay sala penal, la sala civil o los conjuces? Si conocen los conjuces significaría que el conjuce tiene más poder que el juez titular. 2.- Si la nulidad dicta la Sala de la Corte Nacional de Justicia al conocer el recurso de casación, quien conocería el recurso de nulidad, los jueces de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes infractores? 3.- Que ley les da competencia a los jueces para conocer mediante apelación?

El Dr. Richard Ítalo Villagómez Cabezas indicó que el derecho a recurrir se encuentra consagrado bajo diferentes denominaciones a saber: remedios procesales, medios de impugnación, recurso, etc. Desde la perspectiva convencional (arts. 8.2.h CADH, 14 PIDCP) se reconoce el derecho a recurrir como parte del derecho a la defensa. Cada país desarrollo este derecho en su ordenamiento jurídico (principio de legalidad) conforme su cultura jurídica.

En Ecuador, el artículo 76.7.m reconoce este derecho y en materia penal se reconoce los siguientes recursos: Apelación (error de juicio); Casación (aplicación de la ley; Revisión (extraordinario, res iudicata). De hecho, para discutir el recurso denegado pese a haberse planteado en tiempo legal en tanto esté previsto en la ley. Recurso especial de doble conforme creado por disposición de Corte Constitucional y desarrollado por Resolución 03-2022 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el registro Oficial 44 de 18 de abril de 2022.

En lo principal, el sistema ecuatoriano, a diferencia de otros es multilateral porque permite recurrir a FGE, procesado (sujetos procesales básicos) y a la víctima y sujetos procesales contingentes (PGE, CGE), lo que distorsiona el sistema y las garantías inherentes. El proceso penal en Ecuador tiene impronta anglosajona desde la investigación hasta la etapa de juicio (acusatorio mixto) en tanto que, imbrica el sistema impugnatorio propio del sistema continental europeo (inquisitivo). Se trata de una mixtura procesal sui generis.

La opinión del Dr. Dennis Andrade fue que, en la actualidad lo que como abogado y funcionario público puede manifestar es que el papel del juez ya no es de mero aplicador de la

ley, sino que puede realizar un análisis de la coherencia de la ley con la Constitución y si no

aplica su razonamiento a esta premisa, es su obligación denunciar la inconstitucionalidad de la norma, siempre y cuando no exista posibilidad de interpretación en sentido constitucional, es lo que ahora en la actualidad no vemos en los fallos de los magistrados de nuestro país.

En este contexto una norma jurídica puede ser formalmente válida, pero en el fondo inválida si vulnera principios constitucionales o derechos fundamentales, debemos decir también que no es correcto aplicar directamente la Constitución omitiendo una norma legal, con el pretexto de garantizar derechos. El juez en este contexto es garante efectivo de tales derechos, cuando no exista desarrollo legal de un tema puntual.

El Dr. Becquer Carvajal Flor, indica en su criterio sobre el derecho al recurso: El derecho al recurso se fundamenta en lo determinado en el Art. 76 numeral 7 literal m de la Constitución de la República, a través del cual se garantiza que toda resolución judicial que afecte derechos de las personas se pueda recurrir a través de las distintas instituciones jurídicas previstas en la norma legal, permitiendo que un tribunal superior revise el fallo de primer nivel con la expectativa que el tribunal de alzada analice la fundamentación en relación con el acervo de prueba que obra del proceso. La actuación profesional está limitada a un periodo minúsculo de tiempo; mismo que en ocasiones resulta insuficiente para fundamentar el recurso; el límite probatorio para demostrar el motivo del recurso se condiciona a la estructura propia del recurso previsto en la norma.

Finalmente el Dr. Santiago Pazmiño manifestó que se debe partir de que el derecho a recurrir es una regla constitucional de garantía, en palabras de la Corte Constitucional, es una “garantía propia” del principio constitucional al debido proceso, su fiel cumplimiento, con otras garantías, otorga a los justiciables un proceso justo donde no cabe la arbitrariedad ni el despotismo judicial. Su fundamento estriba en ser un mecanismo de tutela y protección del derecho a la defensa y del derecho al debido proceso, permite que otro órgano jurisdiccional de alzada distinto al que emitió la decisión, revise, ex novo, los argumentos facticos y jurídicos de la sentencia, con el objeto de enmendar posibles yerros, en la valoración de los medios de prueba, en la aplicación del derecho, en la suficiencia de motivación, en fin, un recurso dota de más legitimidad el acto del poder público al ser fiscalizado.

Los jueces son personas y como dice el brocardo *errare humanum est*, por consiguiente, sus decisiones son manifiestamente mejorables y perfectibles a lo largo del camino del razonamiento jurídico. Por ejemplo, cuando un juez comete una equivocación que se expresa en un juicio erróneo en la aplicación de normas o en el análisis de los hechos, por fuera de las posibilidades interpretativas o fácticas razonables y aceptables comete error inexcusable. (Sentencia 964-17-EP/22 de fecha 22 de junio de 2022, párrafo 81).

La naturaleza del derecho a recurrir radica en la posibilidad de objetar la decisión o fallo que resuelve un asunto; comprende la posibilidad de que un órgano judicial superior adopte una nueva decisión para revocar, modificar o confirmar la decisión primigenia. (Corte Nacional de Justicia. JUICIO N.- 17721-2021-00020G, de fecha 2 de junio de 2022).

En un Estado que se reputa de constitucional de derechos y de justicia, los derechos son límites y vínculos al poder como diría Ferrajoli y; aquellos se ejercen, se promueven y se exigen por y ante cualquier autoridad pública, en ese norte de pensamiento, el derecho a recurrir es una prerrogativa que se puede ejercer en un caso concreto siempre y cuando el legislador, previamente lo haya permitido mediante ley orgánica, esto con la finalidad de generar certidumbre y previsibilidad en el ordenamiento jurídico con el fin de evitar la interdicción de la arbitrariedad.

Por ejemplo, la Corte Constitucional en Sentencia N.- 4-19-EP/21 de fecha 21 de julio d 2021, sobre el recuro de apelación sostuvo lo siguiente en su párrafo 37: “El recurso de apelación tiene por objeto garantizar que los sujetos procesales puedan recurrir del fallo de primera instancia y permite al tribunal de apelación realizar una revisión amplia de los hechos, la prueba y el derecho aplicable. Además, como parte de la libertad de configuración del legislador, la norma procesal penal establece que, frente a la falta de comparecencia del recurrente, procede el abandono del recurso.” En resumidas cuentas, el legislador con base en su libertad de configuración puede limitar el ejercicio del derecho a recurrir, que como bien se sabe, ningún derecho es ejercicio absoluto.

En la segunda pregunta se consultó a los expertos su opinión acerca de si la configuración jurídica del recurso de apelación contra un auto de nulidad en el prevista en el

artículo 653.2 del COIP respeta el contenido esencial del derecho al recurso. La respuesta del Dr. Nelson Rodríguez fue que la norma legal, que garantiza el derecho a recurrir, establecida en el Código Orgánico Integral Penal, recoge lo tipificado en la Constitución de la República del Ecuador, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos, inclusive protege y salvaguarda a las personas el cumplimiento del principio de inocencia.

Por su parte el Dr. Jorge Verdugo manifestó que, a su juicio, sí lo respeta y así lo ha referido la Corte Constitucional del Ecuador, en varias sentencias vinculantes, dado que no se trata de un derecho de carácter absoluto sino de configuración legal y que por tanto puede ser configurado de diferentes maneras por el legislador, en aras de garantizar la seguridad jurídica evitando que el proceso se torne interminable.

La respuesta del Dr. Paul Carvajal fue positiva, en el sentido de que sí respeta el contenido esencial del derecho al recurso, porque no se puede prolongar el trámite de la causa y la Corte Constitucional tiene resuelto cómo debe interpretarse el derecho a recurrir. Indica además que la Corte Constitucional tiene resuelto que “el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, no tiene carácter absoluto, y su ejercicio se halla sujeto a las limitaciones establecidas tanto en la Constitución como en la ley...Una de las limitaciones viene dada por la naturaleza de los diferentes procesos, como también por la propia naturaleza del medio de impugnación que se pretende ejercitar.”

Por su lado el Dr. Richard Ítalo Villagómez Cabezas manifestó su opinión en el sentido de que sí se respeta el contenido esencial del derecho al recurso, que no es un derecho absoluto sino de configuración legal. En consecuencia, considera que tal disposición está alineada con la posibilidad de revisión por un tribunal superior respecto del auto de nulidad, en términos de Corte IDH. También el Dr. Dennis Andrade indicó una opinión similar, al considerar que el articulado del 653.2 sí respeta el contenido esencial del derecho al recurso, argumentando que si aquellos vicios no se han visibilizado por el juez de primera instancia, o se los alegó y fueron negados, o si ocurrieron en la etapa de juicio o en la apelación, puede el

tribunal superior, ya sea de oficio o a petición de parte, al momento de resolver los recursos de apelación o de casación, emitir auto declarando la nulidad, con el fin de garantizar el

40

debido proceso, tal como manda el artículo 652.10 ibidem; de esta forma podríamos decir que el articulado del 653.2 respecta el contenido esencial del derecho al recurso.

Sobre el tema, el criterio del Dr. Becquer Carvajal, manifiesta que si ya que se permite que la decisión judicial sea analizada por un órgano pluripersonal independiente, a efecto que de ser pertinente se ratifique o se revoque el auto.

La respuesta del Dr. Santiago Pazmiño fue que las leyes son mandatos generales que se aplican a casos concretos y, por consiguiente, siempre serán mejorables al estar dentro de un sistema jurídico que no es perfecto. Existen muchas anomalías, antinomias y su texto jurídico por lo general presenta ambigüedades y vaguedades al momento de interpretar la ley, en tal sentido, la ley orgánica (COIP) en su artículo 653.2 ejusdem, garantiza el ejercicio del derecho a recurrir, partiendo de las máximas de las experiencias que el quehacer judicial nos da, nuestros jueces, nulitaban los actos procesales sin tener idea que la nulidad es un mecanismo de ultima ratio, o si hacer un ejercicio de reflexión de los principios de taxatividad, trascendencia y convalidación conforme la doctrina lo sostiene y lo recoge la Sentencia 025-17-SEP-CC.

La pregunta 4 fue la siguiente: En su Resolución No. 14-2020 la Corte Nacional de Justicia resolvió lo siguiente: “Artículo 1.- El auto de nulidad al que se refiere el artículo 653.2 del Código Orgánico Integral Penal, dictado de oficio o a petición de parte por un Tribunal de Apelación o de Casación, no es susceptible de recurso de apelación.” Con base en esa decisión: ¿considera que la imposibilidad de apelar el precitado auto atenta contra el derecho constitucional al recurso?

En su respuesta el Dr. Nelson Rodríguez manifestó que es de conocimiento común que el orden jerárquico de la norma conforme indica la Constitución de la República del Ecuador, es el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y

reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos, por lo indicado efectivamente la resolución Nro. 14-2020, atenta

41

contra el derecho constitucional a que un órgano judicial diferente, revise la decisión, en este caso el de nulidad.

El Dr. Jorge verdugo en su respuesta se refirió a su opinión señalada en la pregunta 3, indicando que no existe ninguna afectación, restricción o limitación al derecho a recurrir, en función de que dichas actuaciones o resoluciones bien pueden ser analizadas vía recurso de casación o revisión. A más de aquello, la nulidad genera retrotraer al momento procesal en el que se generó la nulidad, debiendo volver a practicar dichas diligencias.

Por su parte el Dr. Paul Carvajal señaló que en la resolución de la Corte Nacional de Justicia que dice que no es susceptible del recurso de apelación la nulidad dictada de oficio o a petición de parte por el tribunal de apelación o de casación, no afecta al derecho a recurrir, porque se está regulando el derecho a recurrir. Agregó además que si fuese inconstitucional esta resolución del pleno de la Corte Nacional de Justicia, hay que tomar en cuenta lo que sigue: a.- Nadie ha demandado la inconstitucionalidad; y, b.- Ningún juez ha hecho la consulta de constitucional en un caso concreto.

Según la opinión del Dr. Richard Ítalo Villagómez Cabezas, la resolución a que se refiere la pregunta sí vulnera el principio de legalidad previsto en el artículo 76.3 CRE que ordena que solo se puede procesar a una persona conforme el trámite propio de cada procedimiento. El Pleno de CNJ no es órgano legislativo y pese a ello constriñe el derecho a recurrir en esta resolución.

El Dr. Dennis Andrade indicó que, sin alejarnos de los que dice la taxatividad en la norma, considero que la idoneidad de las garantías debe responder entonces a la necesidad del derecho a protegerse; por ello, un sólo mecanismo de protección no puede tutelar la multiplicidad de derechos existentes. En dicho sentido se hace necesario diferenciar el tipo de garantías, una cosa es atribuir un derecho y otra cosa es garantizarlo, claro está que el

constitucionalismo actual propone limitar el poder estatal a través del ejercicio de los derechos, por ende, el papel de la garantía en el constitucionalismo actual, es el de reducir al máximo la arbitrariedad del poder público.

42

La opinión del doctor Becquer Carvajal, opina acerca de la imposibilidad de recurrir el auto de nulidad lo siguiente: Si atenta porque la propia constitución determina que toda decisión judicial puede ser analizada por otro juzgador a través de un recurso; al no existir la posibilidad de recurrir se atenta incluso al derecho a la defensa, ya que esta decisión puede estar equivocada sin embargo no existe mecanismo jurídico alguno que permita que sea analizada en otra instancia.

El Dr. Santiago Pazmiño se refirió a un de sus respuestas precedentes, para indicar que como sostenía supra la nulidad es un mecanismo de ultima ratio que se deberá dictar cuando exista un vicio en el acto procesal no convalidable que genere una indefensión real, mas no bastará que se configure una indefensión atípica. Ahora bien, no desconocemos las facultades de la Corte Nacional de Justicia de emitir resoluciones con fuerza de ley, sin embargo, la limitación de un derecho que la norma iusfundametnal reconoce, deberá hacérselo mediante ley orgánica por respeto al principio de reserva de ley, y no mediante resolución de la Corte de cierre.

Por ejemplo, si apelamos a un símil la Corte Constitucional en SENTENCIA 8-19-IN y acumulado de fecha 08 de diciembre de 2021, declaró inconstitucional la Resolución N.-10-2015 que impedía el derecho a recurrir vía casación, por cuanto aludida resolución creaba una fase de admisión que la ley no previó. En conclusión, debería regularse vía ley orgánica, o en otras palabras, que el COIP disponga que no es apelable el auto de nulidad emitido por las Cortes con la finalidad de garantizar la libertad de configuración del legislador.

En la siguiente pregunta 5 se les consultó a los expertos sobre lo siguiente: La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 numeral 7 establece que “El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: m) Recurrir el fallo o

resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.” De acuerdo con esa norma, considera pertinente que el legislador o la Corte Nacional excluyan del recurso de apelación el auto de nulidad dictado por un tribunal de apelación o casación en materia penal?

43

El Dr. Nelson Rodríguez en su respuesta indicó que la Corte Constitucional como organismo máximo de control constitucional, debería declarar de inconstitucional la resolución Nro. 14-2020, pues atenta un legítimo derecho consagrado en el Código de Montecristi y en varios convenios de carácter internacional, los legisladores deben garantizar el derecho de las personas a recurrir de un fallo en el que se involucra sus derechos, no excluir, eso significa sinónimo de abuzo, al saber el juez que es la última palabra, puede cometer errores.

La respuesta del Dr. Jorge Verdugo fue que, al no haber afectación alguna no corresponde reformar la norma en tal sentido, pues no existe vulneración de derecho alguno, y en particular del derecho al recurso respecto del cual el legislador tiene la facultad de modular con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y la terminación del proceso judicial en un tiempo razonable como lo exige el derecho a la tutela judicial efectiva.

La respuesta del Dr. Paul Carvajal fue más extensa; en lo principal indicó que no se produce ninguna afectación de derechos, porque el derecho a recurrir no es para cualquier auto o sentencia. No le afecta porque no se está resolviendo el fondo de la causa. La nulidad es un mecanismo de sanear un trámite. En este caso está permitiendo enmendar el procedimiento, que es una obligación, porque el proceso no es un simple proceso, sino un “debido” proceso, por tanto no afecta a las partes procesales, a tal punto que lo que debe discutirse en la audiencia de evaluación y preparatoria del juicio es si existe o no algún vicio en el procedimiento y el hecho que el juez no declare la nulidad porque según el criterio del él no amerita la nulidad, no significa que el superior de observar que existen causas de nulidad, se encuentre impedido de declarar la nulidad.

Por su parte el Dr. Richard Ítalo Villagómez Cabezas manifestó que el Pleno de la CNJ no es órgano legislador, y por tanto no tiene facultades para desarrollar o restringir, de manera general, el contenido de los derechos. La Asamblea Nacional cumple esta función constitucional. La CNJ es colegislador y solo tiene facultad frente a casos de oscuridad de norma pero la norma procesal existe sobre la apelación respecto del auto de nulidad y mediante interpretación extensiva, prohibida por el artículo 13 COIP, CNJ constriñe tal

44

derecho, pues mal puede la CNJ limitar un derecho establecido por el propio constituyente y el legislador.

El Dr. Dennis Andrade manifestó que, según opinión, la facultad de recurrir fallos trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de cometer errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho. De acuerdo con esa norma, considera pertinente que el legislador o la Corte Nacional excluyan del recurso de apelación el auto de nulidad dictado por un tribunal de apelación o casación en materia penal.

Agrega además que, considerando lo manifestado por parte de la garantía del constitucionalismo, el objetivo siempre va hacer el reducir al máximo la arbitrariedad del poder público, sin embargo actualmente lo que vivimos aquellos que estamos en estrados es que constitucionalmente no se respeta la norma suprema, mucho menos se hace un análisis prolijo de las inobservancias legales de los hechos y de la aplicación de la norma, por lo que se vuelve no confiable la aplicación de un recurso que realmente resuelva la cosa principal.

El doctor Becquer Carvajal, opina en su experiencia que no considera que está bien que se excluya ya que en la práctica se estaría incurriendo en una violación al debido proceso; habida cuenta que no habría posibilidad que la parte procesal a cuya costa sea haya dictado la nulidad tenga la posibilidad de contradecir y someter a una resolución imparcial respecto al

auto de nulidad.

Por su parte el Dr. Santiago Pazmiño en su breve respuesta manifestó que, en esa línea de pensamiento que vertí líneas arriba, solo el legislador debe y puede limitar el ejercicio de un derecho constitucional, como lo es derecho a recurrir, por lo que la resolución de la CNJ no solo es arbitraria sino además inconstitucional, si bien debe ser aplicada hasta que no haya un pronunciamiento al respecto de parte de la Corte Constitucional del Ecuador.

En la pregunta 6 se les consultó a los expertos sobre lo siguiente: ¿Qué consecuencias puede tener para los sujetos procesales la imposibilidad de apelar el auto de nulidad dictado

45

por un tribunal de apelación o casación en materia penal? Al respecto el Dr. Nelson Rodríguez manifestó que el tribunal de apelación o casación, actué sin límites y a su voluntad, conocen que lo decidido es de última instancia y no se puede someter a control de otro tribunal, lo que no ocurriría si se cumpliría con la aplicación de las normas legales, constitucionales y convencionales. Por tanto, la afectación sería una limitación ilegítima del derecho a recurrir, pues se impide que la parte afectada pueda recurrir ante una instancia superior para que revise y eventualmente corrija el fallo de la inferior si encontrara razón legal para ello.

El Dr. Jorge verdugo manifestó, por el contrario, que no se produce afectación alguna, pues existe un mandato legal que establece claramente qué resoluciones pueden ser recurridas y cuáles no, y ello ha sido ratificado además por la Corte Nacional de Justicia en la Resolución que se mencionó en la pregunta anterior.

El Dr. Paul Carvajal que los efectos concretos son los siguientes: a.- Se declara la nulidad a costa del funcionario que causó la nulidad; b.- El que causó la nulidad debe excusarse de conocer la causa; c.- El caso regresa al estado anterior a la declaratoria de nulidad; d.- Dependiendo de la gravedad que ocasionó la nulidad, se puede iniciar un sumario administrativo contra el funcionario que causó la nulidad; e.- La sanción puede ser incluso la destitución del cargo; f.- Si bien el Código Orgánico de la Función Judicial dice que el tiempo transcurrido desde el momento que se causó la nulidad, ese tiempo no corre para la prescripción de la acción penal, hay que tomar en cuenta que si esa causa no fue originada por

el procesado, si corre para la prescripción y para la caducidad de la prisión preventiva.

Además: No procede presentar la acción extraordinaria de protección del auto que declara la nulidad, porque para su procedencia es que debe ser un auto definitivo, es decir que no hay otra vía legal y en este caso no se está poniendo fin a la causa, sino enmendando el error; y h.- Si existiendo causa para declarar la nulidad no se lo hace al llegar el caso a conocimiento del superior (casación), pueden declarar la nulidad incluso a costa de los jueces de la Corte Provincial que no declararon la nulidad, por tanto las consecuencias antes indicadas, también les comprende.

46

En su respuesta el Dr. Richard Ítalo Villagómez Cabezas manifestó que el error in procedendo que es la esencia de la nulidad opera a petición de parte (recurso) o ex officio. Cuando se suprime la posibilidad de apelación, solo queda la facultad de oficio para controlar el error in procedendo, con escasas posibilidades de éxito. Por tanto, el efecto de la imposibilidad de apelar el auto de nulidad dictado por un tribunal de apelación o casación en materia penal es la limitación ilegítima del derecho al recurso reconocido en la Constitución de la República.

El Doctor Dennis Andrade por su parte señaló que la consecuencia de no tener fallos donde realmente se analice y se aplique en legal y debida forma el derecho, y evidentemente de acuerdo a los hechos de realice la justicia, está en considerar que el recurso de apelación con efecto diferido no constituye un medio especial de impugnación, sino únicamente una variación del régimen general aplicable al recurso de apelación; en lo esencial, porque no se modifica la naturaleza del recurso sino el momento en que se hace efectiva la impugnación de la decisión recurrida.

Como resulta conocido, la interposición de un recurso de apelación implica sustraer el proceso de conocimiento del juzgador de instancia para que el órgano jurisdiccional jerárquicamente superior, resuelva las impugnaciones planteadas contra esa decisión; esto significa que, una vez admitido el recurso de apelación, el proceso debe ponerse

inmediatamente en conocimiento del órgano jurisdiccional superior para que conozca de las impugnaciones planteadas, las sustancie y resuelva, de no existir aquello incluso estaríamos frente a un impunidad provocada por el estado.

A saber y entender del Dr. Becquer Carvajal, dice que puede ser que como consecuencia del auto de nulidad el ejercicio de la acción haya prescrito, lo que significa que según el estado procesal al retrotraerse a un estado anterior el delito puede quedar en la impunidad; sin embargo, existiendo la posibilidad de recurrir quizá el fallo se revoque y en su lugar el trámite continúe.

El Dr. Santiago Pazmiño en su respuesta indicó que mientras no se regule mediante ley orgánica el recurso de apelación de los autos de nulidad que son emitidos por las Cortes,

47

las consecuencias serían perjudiciales a los justiciables habida cuenta que estaríamos a merced una resolución que regula el ejercicio de los derechos y de la arbitrariedad de ciertos jueces de la Cortes Provinciales, al no ser sometidas a escrutinio por otros jueces.

En la última pregunta se les pidió a los expertos lo siguiente: ¿En una futura reforma del COIP consideraría pertinente incluir el recurso de apelación para el auto de nulidad dictado por un tribunal de apelación o casación en materia penal? El Dr. Nelson Rodríguez manifestó que, sin duda, los señores assembleístas deben incluir una norma, en la que se determine que el auto de nulidad dictado por un tribunal de apelación o casación, sea apelable, de esta manera garantizar a los sujetos procesales el derecho a recurrir, hacer efectiva la tutela judicial, el acceso a la justicia.

La respuesta del Dr. Jorge Verdugo fue escueta, y señaló que no considero necesario ni jurídicamente procedente, alguna reforma, pues la normativa en vigor es suficiente para garantizar el derecho al recurso en los términos reconocidos en la Constitución.

Por su parte el Dr. Paul Carvajal, en sentido similar, indicó que no es necesaria ninguna reforma, más aún si el juez al dictar sentencia, en segundo considerando analiza si el válido o nulo el proceso. Se presume que cuando dicta una nulidad sea la Corte Provincial de Justicia o la sala de Casación, está integrada por tres jueces de mayor conocimiento que el

inferior y se presume que algo más han de saber, pese a que en la práctica es todo lo contrario.

En sentido contrario fue la respuesta del Dr. Richard Ítalo Villagómez Cabezas, quien considera que sí es necesario prever recurso (apelación) y órgano para control del error in procedendo con independencia del órgano que lo profiera (adquem o de cierre).

El Dr. Dennis Andrade indicó que, de conformidad con lo manifestado en las preguntas respondidas, considero que es necesario el recurso de apelación en todas las instancias, esto es evidente que debería conllevarnos a tener una justicia en donde realmente los que conocen sobre los fallos, los expertos en la materia hagan un verdadero análisis de las actuaciones subidas en grado, así de esta forma de ser el caso se corrija lo decidido.

Por otro lado, el Dr. Becquer Carvajal, sostiene acerca de que si considera pertinente con la finalidad de no angustiar la defensa del sujeto procesal al que cause perjuicio el auto de nulidad.

48

Finalmente el Dr. Santiago Pazmiño manifestó que, sin lugar a duda debe practicarse una reforma en la materia, por la sencilla razón que existe el principio y derecho a la seguridad jurídica, que significa previsibilidad, certeza y no arbitrariedad, finalmente dejo sentado el criterio que el derecho a recurrir no es absoluto por respeto al principio de celeridad procesal y su regulación solo podrá hacerlo el legislador mediante ley y no resolución.

Como puede apreciarse en las respuestas a cada una de las preguntas, entre los expertos consultados existen criterios diversos sobre la naturaleza del derecho al recurso, su contenido esencial, las facultades de la Corte Nacional de Justicia para emitir normas que regulen o modulen ese derecho, y la necesidad de que en una futura reforma del COIP o una Resolución posterior de la Corte, se modifique la el criterio sentado en la Resolución 14-2020, en el sentido de prohibir que el auto de nulidad dictado por un tribunal de apelación o casación pueda ser apelado. Con base en los resultados del estudio doctrinal y comparado, así como la opinión de los expertos consultados, se procedió a realizar el estudio del caso con base en la metodología que se explica a continuación.

## **CAPÍTULO III**

### **DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO INVESTIGATIVO REALIZADO**

En este capítulo corresponde presentar los elementos fundamentales que, desde el punto de vista metodológico, describen la investigación desarrollada en cuanto al ámbito de estudio, el tipo y nivel de investigación, los métodos empleados y el diseño de la investigación. Todos esos aspectos permiten dotar de consistencia a las conclusiones del estudio de casos, y permiten fundamentar adecuadamente tanto el marco teórico como el impacto de los resultados del estudio de caso y las recomendaciones que se formulan.

#### **3.1. Ámbito de estudio**

El ámbito de estudio del presente análisis de caso, es el derecho a impugnar en materia penal, concretamente del recurso de apelación y sus efectos con relación a los sujetos

procesales y al proceso en sí mismo. La base de este derecho es de ámbito internacional, pues lo reconocen la mayoría de los instrumentos de derechos humanos que abordan el tema de la administración de justicia, los derechos fundamentales y el debido proceso como fundamento del juzgamiento de cualquier persona.

En el ámbito del derecho comparado el derecho a impugnar las resoluciones o fallos de los tribunales se reconoce en todos los países con un sistema judicial basado en el modelo de Estado constitucional de derechos y de justicia como es el Ecuador, y en virtud de ese derecho toda persona afectada por una resolución judicial puede acudir ante un Juez de superior jerarquía para que el fallo sea ratificado o revocado según corresponda.

El presente trabajo de investigación está dirigido a estudiantes y profesionales del derecho con la finalidad de que conozcan sobre el principio de impugnación procesal y el derecho a recurrir a un fallo como garantía del debido proceso dentro de un Estado

50

Constitucional de derechos y justicia que busca precautelar los derechos que se encuentran en controversia.

### **3.2. Tipo de investigación**

La investigación es la aplicada en virtud de que dentro del presente análisis de caso investigado nos permitirá conocer los motivos por los cuales la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo negó la apelación del Auto de nulidad propuesto por Fiscalía, cómo afecto esta negativa el normal desarrollo del proceso, y cuáles fueron sus consecuencias jurídicas, el mecanismo que Fiscalía utilizo para poder revocar el Auto de nulidad resuelto por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, dar a conocer como motivó la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia respecto al recurso de hecho desde la vigencia del Código Orgánico Integral Penal y como este recurso beneficio la prosecución del proceso.

### **3.3. Nivel de investigación**

Una investigación puede tener diferentes niveles de profundidad de acuerdo con el problema que se plantee y los objetivos a alcanzar, que suelen ser más complejos en estudios de posgrado como el presente. No obstante, en general toda investigación pasa por diferentes niveles como son el exploratorio (donde se estudia el tema de manera preliminar para fijar el estado del arte y la conveniencia teórica o práctica de abordarlo) un nivel descriptivo (donde se describe el objeto de estudio y se lo separa del contexto natural en que se encuentra).

También existen niveles de complejidad más elaborados como el explicativo (donde se determinan causas y efectos entre dos o más variables), y el nivel propositivo donde además de explicar un fenómeno o proceso se formulan propuestas teóricas o prácticas de solución al problema planteado y los beneficiarios de estas.

De lo dicho se colige que el nivel de la presente investigación es explicativo, pues en ella se realiza un análisis del derecho a recurrir dentro del recurso de apelación al Auto de nulidad dictado dentro del caso Nro. 06282-2015-02723 por delito de Peculado, con la

51  
finalidad de determinar su incidencia en el proceso penal y en los derechos y garantías de los sujetos procesales involucrados.

### **3.4. Métodos de la investigación**

#### *Métodos de investigación*

Para el desarrollo de la investigación se aplicaron métodos de la investigación científica en general, así como los métodos propios de las investigaciones jurídicas (Villabella, 2015).

*En el presente análisis de caso se aplicó el método inductivo que es aquel que parte de las premisas particulares para generar conclusiones generales con el objetivo de sistematizar*

los conceptos y categorías relacionadas con el objeto de estudio, entre las que se encuentran derecho al recurso, recurso de apelación al auto de nulidad y recurso de hecho, lo que permitió profundizar en las características y contenido de cada una de esas categorías jurídicas. El resultado de ese análisis se aplicó al estudio de la regulación jurídica y tratamiento jurisprudencia de cada una de esas instituciones jurídicas en el Derecho ecuatoriano, mediante el método inductivo.

En cuanto al procedimiento que se siguió, una vez recabada la información de la causa 06282-2015-02723 se analizó el derecho a recurrir para conocer lo que establece la norma respecto al recurso de apelación; se detallaron los casos en los que procede el recurso de apelación y la incidencia de la declaratoria de nulidad del caso Nro. 06282-2015-02723 por delito de peculado, para determinar la afectación en el desarrollo del proceso mediante un análisis crítico, jurídico y doctrinario utilizando el método cualitativo y los demás descritos, con el propósito de construir conocimientos, interpretando datos, teorías, y doctrinas.

*Tipo de investigación:* el tipo de investigación que se realizó es documental y aplicada, para lo cual se utilizó información de varios autores de distintas obras, tesis de posgrado y doctorado en la línea procesal penal respecto al derecho a recurrir, el recurso de apelación y la nulidad de autos en un proceso penal y su repercusión sobre las partes.

52

*Técnicas de investigación:* como técnica de investigación se utilizó la de análisis documental, que permitió leer e interpretar documentos, normas jurídicas, sentencias nacionales e internacionales, así como instrumentos internacionales de derechos humanos donde se reconoce y garantiza el derecho a impugnar. A la vez se utilizaron entrevistas a diferentes abogados que desde sus calidades y funciones esgrimieron su criterio jurídico acerca de la temática, teniendo como objeto preguntar a estos profesionales acerca de su experiencia y lo que sostienen del tópico en cuestión, se ha seleccionado a juristas con una gran trayectoria que han ostentado y ostentan cargos de relevancia como jueces de primera, segunda instancia, juez de Corte Nacional, fiscales y fiscales provinciales, defensores públicos y abogados en libre ejercicio.

*Técnica de recolección y tratamiento de datos:* se utilizó el fichaje bibliográfico para recopilar información de cada una de las fuentes consultadas relativas al tema objeto de estudio. Las fichas sirvieron para recoger aspectos como autor, título, fecha de publicación, formato de libro o revista, aspectos relevantes y citas o referencias que sea pertinente incorporar al informe de investigación.

### **3.5. Diseño de la investigación**

La investigación responde a un diseño de tipo no experimental, que se corresponde con aquel en que no se realiza ninguna manipulación de las variables involucradas, sino que se estudian en su estado natural para describirlas y analizar sus interrelaciones e influencias mutuas. Al ser la presente una investigación documental basada en el estudio de un caso judicial, tanto las fuentes teóricas como normativas y judiciales han sido analizadas en los documentos que las contienen sin alterarlas ni manipularlas, y son debidamente citadas o referenciadas como corresponde de acuerdo con las vigentes Normas APA 7ª edición.

## **CAPÍTULO IV.**

### **RESULTADOS**

En este capítulo se presentan de manera pormenorizada los resultados del estudio de caso realizado, en lo que se refiere al recurso de apelación del Auto que declaró la nulidad de las actuaciones realizadas por Juez y Fiscal a partir de la audiencia de vinculación, la aceptación del recurso de hecho propuesto mismo que permitió posteriormente a Fiscalía fundamentar el recurso de apelación del Auto de nulidad. En ambos casos se analizan los argumentos expresados por los sujetos procesales y la motivación tanto del auto de nulidad

como del recurso de hecho, lo que permite contrastar los argumentos esgrimidos en cada caso y valor o peso que tuvieron en la decisión relacionada con el recurso de apelación del auto de nulidad.

En un segundo epígrafe se analiza el impacto de los resultados del estudio de casos con relación a los sujetos procesales, la legislación vigente y la doctrina jurídica relativa a los recursos en general y al recurso de apelación de dicho Auto en particular, ya que se trata de un caso peculiar donde se dispuso oficiar al Consejo de la Judicatura de conformidad a lo establecido en el Art. 661.2 del Código Orgánico Integral Penal para que se sancione a los juzgadores que ilegalmente negaron el recurso de apelación.

#### **4.1. Resultados del estudio de caso realizado**

Los resultados del estudio de caso realizado se presentan en este apartado; no se analiza todo el proceso sino el Auto de nulidad dictado por la H. Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo contra el cual Fiscalía presentó recurso de apelación primero, y luego recurso de hecho que fue declarado con lugar por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. Son esas tres las resoluciones que se analizan en esta parte, con la finalidad de exponer los argumentos de los sujetos procesales y las consideraciones del órgano jurisdiccional en cada caso.

54

##### **4.1.1. Análisis del contenido del auto de nulidad**

En este Auto la Sala declaró de oficio la nulidad de lo actuado, a partir de la audiencia de vinculación realizada con fecha 24 de noviembre del 2015 las 14h00, ante el Dr. Luis Nelson Rodríguez Vásquez, Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba, a costa del indicado funcionario y de la señora Fiscal Dra. Esmeralda Correa. Esa declaratoria tuvo lugar como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por 6 de los procesados en el caso.

En su razonamiento la Sala expuso como argumento principal que la Fiscal, en la

audiencia de vinculación a la instrucción fiscal, acusa por diferentes conductas, circunstancias y resultados distintos entre sí y que no se adecúan al tipo penal que se procesa a los otros sujetos procesales, sin considerar el tiempo y el espacio de los supuestos egresos e ingresos de dinero, pagos, capitalizaciones, informes de auditoría interna, ejercicio económico, préstamos y sus montos, adecuando la Fiscal en forma equívoca los hechos.

Otro de los argumentos que consta en el Auto es que, para algunos de los vinculados, tales como CFMA, WDMB y otros, el juez a quo aplicó lo prescrito en el artículo 522 numerales 1 y 2 del COIP, que señala que la o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de la libertad, imponiendo medidas cautelares para asegurar la presencia de las personas procesadas.

Sin embargo, para otros vinculados, tales como MAQ, DAGN y AACR aplica la orden de prisión preventiva establecida en el artículo 534 ibídem, sin considerar que presentan documentación que determina su arraigo y se hallan en las mismas condiciones que los otros procesados, por lo que se rompe, según el razonamiento judicial, con el principio de igualdad constante en el artículo 11.2 de la Constitución, que señala todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

55

Agrega además la Sala que en el pronunciamiento emitido en la audiencia de vinculación a la instrucción fiscal por parte del Dr. LRV, Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba, el origen de los hechos no es único, si se considera los acontecimientos y sus resultados en diferentes fechas, montos, personas, mismos que deberían ser analizados si se encuentran dentro de lo establecido en el artículo 406 del COIP. El proceso no se adecua a los grados de complejidad de los casos; las personas sometidas al poder penal como víctimas o procesados tienen, en todas las etapas, derechos y garantías.

Así mismo indica, que Fiscalía corrió traslado de las diligencias practicadas extemporáneamente, en su vinculación no determina el tiempo y espacio del delito cometido;

principalmente se debe considerar que el delito que se acusa a la mayor parte de los procesados es un delito de función, el cual es el parámetro de atribución de competencia en el presente caso.

Indica de igual manera que se les atribuye a los procesados el cometimiento de más de un hecho punible sin considerar unidad de tiempo y lugar, pues de las versiones rendidas se infiere que los supuestos préstamos, entregas de dinero y diferentes actos se dieron en diferentes fechas y por diferentes personas. Otro de los argumentos constantes en la resolución es que Fiscalía en algunas peticiones, no acepta la ampliación de los peritajes por considerarlos extemporáneos, pese a encontrarse dentro del término legal; luego de la vinculación pone en conocimiento de los sujetos procesales dichos informes “para que no queden en indefensión”, contrariando las garantías y principios rectores del proceso penal, estipulados en el artículo 5 numerales 4, 5 y 6 del COIP.

Con base en esos razonamientos la Sala concluyó que, a la luz del análisis, razones constitucionales que quedan expuestas, se evidencia claramente que las nulidades que se han presentado, no solo que resulta insubsanable, sino que su existencia implica una violación flagrante a los derechos de los sujetos procesales; por tanto, ésta Sala, tomando en consideración el deber de aplicar en materia de derechos y garantías constitucionales, la norma y la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia, el derecho a la tutela judicial efectiva que tiene toda persona, la cual en ningún caso podrá quedar en indefensión artículo 75 de la Constitución de la República, tutela que a su vez constituye un principio

56

rector de la Función Judicial y que se encuentra recogido en el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial.

#### **4.1.2. Análisis del contenido de la resolución rechazando recurso de apelación contra el auto de nulidad**

En esta resolución la Sala rechazó el recurso de apelación contra el auto de nulidad presentado, entre otros por la Fiscalía, alegando algunas razones que se resumen a

continuación. La Sala señala que con derroche de conocimiento la representante de Fiscalía señala que “al haberse indicado erróneamente dentro del auto impugnado que se declara la nulidad a mi costa, claramente se está afectando a mis derechos, pues no sólo que se ha puesto en tela de duda mi accionar como Fiscal, sino que además estoy siendo objeto de sanción y, por tanto, se han visto conculcados mis derechos”.

En otro argumento se indica que, partiendo de la premisa de las facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces determinados en el artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, principalmente el de velar por una eficiente aplicación de los principios procesales y procurar la celeridad procesal, así como rechazar oportuna y fundamentadamente las peticiones, pretensiones, excepciones, reconveniones, incidentes de cualquier clase que se formulen dentro del juicio que conocen, con manifiesto abuso del derecho o evidente fraude a la ley; igualmente se debe considerar lo que establece el artículo 131 numeral 3 del citado Código.

Con base en la interpretación del artículo 654 del COIP, que en sus siete numerales prescribe taxativamente las reglas para que proceda el recurso al auto de nulidad interpuesto, de aceptar dichas pretensiones de la Fiscalía se estaría descontextualizando la estructura jurídica procedimental, por cuyas razones se niega por ilegal e improcedente el recurso de apelación del auto de nulidad dictado por esta Sala, solicitado por Fiscalía para ante la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

57

Asimismo señala que, en razón de que es evidente el ímpetu y pretensión de la Fiscal a que se acepte el presente recurso, vulnerando los principios de lealtad procesal y abuso del derecho, hágase conocer del particular a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Chimborazo, así como a la Dirección Nacional de Talento Humano del Consejo de la Judicatura del Ecuador, a fin de que se investigue su conducta y de ser procedente se sancione a la servidora que ocasionó esta nulidad por desconocimiento e inaplicación del trámite procesal.

En este punto es importante referirse a la distinción entre las garantías propias e impropias del derecho al debido proceso, con base en el análisis realizado por la corte Constitucional del Ecuador en su Sentencia N°740-12-EP/20, en la que se examina si la declaratoria de nulidad procesal efectuada por un órgano jurisdiccional con posterioridad a su propia sentencia y sin que haya mediado un motivo ulterior, vulnera o no el derecho al debido proceso en las garantías del cumplimiento de normas y derechos de las partes, y de ser juzgado con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Evidentemente el caso concreto no tiene una relación directa con el contenido de la resolución rechazando recurso de apelación contra el auto de nulidad; primero porque se trata de un proceso civil en que recayó la nulidad del auto accionado, y porque su declaratoria de nulidad se dio después de existir sentencia del propio tribunal. Sin embargo sí es relevante la caracterización de las garantías impropias que realiza el organismo, al señalar que ésta tienen una característica en común en cuanto a sus requisitos para determinar su vulneración. Primero, se exige la violación de alguna regla de trámite, y segundo el consecuente socavamiento del principio del debido proceso. Ambos extremos se pudieron verificar en el caso analizado en este estudio, por lo que puede decirse que existió vulneración de las garantías impropias del derecho al debido proceso.

#### **4.1.3. Análisis del contenido de la resolución del recurso de hecho**

Contra la resolución de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo en que se negó el recurso de apelación contra el Auto de nulidad se interpuso el

58

recurso de hecho previsto en el artículo 661 del COIP. Este recurso se concederá cuando la o el juzgador o tribunal niegue los recursos oportunamente interpuestos y que se encuentren expresamente determinados en el COIP, dentro los tres días posteriores a la notificación del auto que lo niegue.

En su resolución la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y

Tránsito de la Corte Nacional de Justicia admitió el recurso amparada en una serie de argumentos que se explican en este apartado. En la audiencia celebrada para conocer del recurso de hecho se presentaron las respectivas posiciones de los sujetos procesales, en concreto los patrocinadores de algunos de los procesados y la Fiscalía.

Esta última señaló que se vio obligada a presentar el recurso de hecho contra la resolución dictada el 21 de diciembre del 2015, las 15h35, donde los jueces provinciales Marcos Díaz Merino, juez ponente, Fernando Cabrera Espinoza, Ángel Polibio Alulema Del Salto de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de la Provincia de Chimborazo resolvieron declarar la nulidad de todo lo actuado, desde la audiencia de vinculación llevada a efecto el 24 de noviembre del 2015.

Contra ese Auto de nulidad Fiscalía interpuso recurso de apelación, el cual le fue negado por la Sala aduciendo que el recurso de apelación es ilegal e improcedente; basados en lo establecido el artículo 661 del COIP, Fiscalía se vio en la necesidad de presentar recurso de hecho, el cual cumple de acuerdo al trámite establecido en la citada norma legal, en la que se establece que el recurso de hecho se concederá cuando el juzgador o tribunal niegue los recursos que se encuentran oportunamente interpuestos, en el presente caso se interpuso recurso de apelación del auto de nulidad, el mismo que fue negado pese a ser debidamente interpuesto el recurso de apelación en legal y debida forma.

Fiscalía alegó que al ser sujeto procesal, y al haber interpuesto recurso de apelación de un auto, al habersele negado, se está violentando sus derechos y garantías establecidas en la Constitución; es por ello que solicitó se acepte el recurso de hecho, que permita tratar sobre la negativa del recurso legalmente interpuesto, que es el recurso de apelación del auto de fecha

59

21 de diciembre del 2015, argumentando que el mismo no se encontraba debidamente motivado, no tiene lógica, no es razonable, ni es comprensible.

La defensa de los procesados no recurrentes DAGN, AACR, MAQO manifestó en lo principal que solicita se niegue el recurso de hecho planteado, argumentando que si bien la Sala

es competente para conocer los recursos de casación y de revisión, y respecto del recurso de hecho, respecto de los demás asuntos que establezca la ley, pero en el caso como el sub júdece donde se interpuso recurso de hecho contra un auto dictado en un recurso de apelación, la Corte no es competente pues no está contemplado en la ley, ese recurso de apelación contra un auto dictado en recurso de apelación.

El recurso de hecho procedería en el evento de que el auto declarando la nulidad de lo actuado fuera dictado por juez de instancia; en ese contexto si un sujeto procesal está inconforme con esa nulidad, tiene el derecho de recurrir ante el superior, pero este no es este el caso, el juez de instancia dictó prisión preventiva, los sujetos procesales no están de acuerdo en la forma arbitraria que se llevó la audiencia, porque la representante de la Fiscalía no entregó el expediente para ser revisado, y el Juez no lo revisó y leyó un papel hecho sin deliberar, a computadora, lo cual se evidenció y consta de autos, los sujetos procesales subieron y alegaron esa circunstancia, el resultado de esa circunstancia fue que la Corte Provincial declare la nulidad de la audiencia de apelación, y por tanto se declare nulo todo lo que ello conlleva.

La defensa de la procesada CESS alegó una presunta vulneración del derecho a la seguridad jurídica reconocido en el artículo 82 de la Constitución de la República, y con base en ello negó que la Corte Nacional de Justicia sea competente para conocer el recurso de hecho planteado, pues los recursos que debe resolver son exclusivamente conocer los recursos de casación y de revisión, y en el evento de la negativa de estos 2 recursos debidamente interpuestos, conocer un recurso de hecho, con la aclaración de que el recurso de hecho conocerá la Sala solamente en el evento de que se haya negado los recursos de casación y revisión legalmente interpuestos, en esta consideración la Sala no tendría competencia para conocer, tratar y resolver un recurso de hecho ilegalmente interpuesto.

60

Indicó asimismo que la Sala de la Corte Provincial de Chimborazo, luego de la deliberación resolvió declarar la nulidad de la audiencia de vinculación y sus efectos, en un auto debidamente motivado, sustentado el fallo, porque se reconoce de manera categórica que

se violentaron procedimientos, que se inobservaron procedimientos y garantías básicas, se irrespetó la seguridad jurídica, no se dio derecho a la defensa, y luego de esa audiencia se pretende restablecer el derecho a que los procesados puedan defenderse, en un abierto reconocimiento de una grave falencia en el transcurso de la investigación fiscal.

Señaló de igual manera que el Auto de nulidad es apelable, pero en otra circunstancia, no cuando es producto de un recurso de apelación, no existe fundamento jurídico para la interposición de un recurso porque la ley no contempla, y al no existir un recurso previamente establecido, y la Sala tiene competencia para conocer otros asuntos, solicita a nombre de su cliente se deseche en la integridad el recurso de hecho ilegalmente interpuesto por Fiscalía General del Estado. Por todo ello solicitó que se niegue el recurso de hecho.

La defensa de los demás procesados planteó esencialmente los mismos argumentos ya enunciados, referentes a la falta de competencia de la Corte Nacional para conocer un recurso de hecho contra un auto dictado en apelación, la falta de concreción de los elementos típicos que configuran el delito de peculado que se imputa a los procesados, así como la improcedencia de plantear una apelación de una resolución dictada en recurso de apelación contra un auto de primera instancia.

#### **4.2. Impacto de los resultados del estudio de caso**

El impacto de los resultados del estudio de caso puede analizarse desde diferentes perspectivas, pues la actuación desplegada por cada uno de los sujetos procesales, el jueces primera instancia y los jueces de segunda instancia contribuyen a moldear el funcionamiento del proceso penal en sus diferentes fases y etapas, especialmente en lo que se refiere a la formulación de cargos y vinculación donde la Fiscalía debe presentar los elementos y resultados de la investigación que sirven como fundamento jurídico, sin que sea preciso, en esa etapa, realizar algún tipo de actividad probatoria, ni de profundidad.

El hecho de que al Auto contra el que se interpuso el recurso de apelación por algunos de los procesados que recibieron como medida cautelar la de prisión preventiva fuera

declarado nulo, así como las actuaciones que le precedieron y en particular la vinculación realizada por Fiscalía, es expresión de la dinámica procesal en que la confluencia de intereses divergentes permite a las partes exponer sus argumentos y debatir los de la contraparte ante el juzgador para que éste llegue al grado de convicción necesario para decidir, decisión que por otra parte puede ser impugnada en segunda instancia para que se revise y eventualmente se corrija un posible error judicial.

#### **4.2.1. Impacto sobre los sujetos procesales**

En el artículo 439 del COIP se definen los sujetos del proceso penal, que son la persona procesada, la víctima, la Fiscalía y la defensa. Cada uno de esos sujetos tiene un rol específico que no es preciso describir exhaustivamente en esta investigación, pero es necesario referir que a la Fiscalía le corresponde realizar la investigación pre procesal y procesal y ejercer la acción penal pública, mientras a la defensa le es propia la actividad de defender a la persona procesada, representar sus derechos y aportar los medios de prueba pertinentes para que el juzgador eventualmente ratifique su estado de inocencia.

En el caso objeto de estudio tanto la Fiscalía como la defensa técnica de los procesados se vieron inmersos en la dinámica propia del proceso penal de cierta complejidad, donde la naturaleza del delito de peculado como delito de función, que se comete necesariamente por un sujeto especial o cualificado en diferentes momentos o lugares, donde hubo una actuación discutible de los jueces de segunda instancia que declararon la nulidad desde la vinculación alegando falta de precisión en los hechos imputados y la forma o grado de participación de cada uno de ellos.

El impacto de esa dinámica procesal se dio con la Fiscalía, por cuanto a la Fiscal se la hizo responsable de una presunta violación del derecho al debido proceso y a los principios de seguridad jurídica y legalidad, por la nulidad se declaró a su cargo, con una solicitud expresa de que su participación en el proceso fuera evaluada por el Consejo de la Judicatura,

sugiriendo que la misma tendría un interés personal en el asunto más allá de sus funciones

oficiales como titular de la acción penal pública.

No obstante, como quedó expresado en la resolución del recurso de hecho, la Fiscalía no está obligada a presentar o desplegar, en la formulación de cargos, en la audiencia de vinculación, una actividad probatoria exhaustiva que demuestre, en esa fase del proceso, la existencia material del delito en todos sus detalles, o la forma o grado de participación de cada uno de los imputados, cuestión que corresponde a una fase posterior del proceso penal.

Por lo que se refiere a la defensa técnica de las personas procesadas, el impacto del proceso en general y del cruce de impugnaciones y recursos en particular, se aprecia de manera clara en el desgaste que supone intervenir en sucesivas audiencias, lo que además implica más gastos para sus representados, demoras en el avance del proceso y en algunos casos procesos disciplinarios si se declara litigante temerario, lo cual no sucedió en el caso analizado, pero pudo considerarse una actitud cercana a la temeridad cuando se alega que la Corte Nacional no era competente para conocer y resolver el recurso de hecho planteado por Fiscalía.

#### **4.2.2. Impacto sobre los jueces**

En el caso analizado intervinieron, en primer lugar, el juez de primera instancia que dictó el auto de prisión preventiva impugnado por la defensa técnica de algunos de los procesados; en segundo lugar, los jueces de la H. Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo; y en tercer lugar jueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

Sobre cada una de esas instancias es posible valorar el impacto del caso estudiado, pues en todas ellas se desplegó en toda su magnitud el ejercicio de la acción penal ejercida por la Fiscalía y la defensa técnica de las personas procesadas. La revisión de cada una de las resoluciones dictadas por dichos jueces y Salas permitió caracterizar el funcionamiento práctico de la administración de justicia penal, y en particular el ejercicio del derecho al

recurso como una garantía de que un posible error judicial pueda ser corregido por un juez superior, como ocurrió en el caso analizado al negarse a la Fiscalía su derecho al recurso de apelación del Auto de nulidad.

#### **4.2.3. Impacto sobre el derecho al recurso**

El impacto del caso estudiado sobre el derecho al recurso puede decirse que fue positivo, pues se pudo apreciar su funcionamiento práctico y la forma en que segunda instancia puede revisar las decisiones de primera instancia y corregir los errores en que eventualmente hubiera incurrido tanto en la identificación y aplicación de normas como en la construcción de la premisa fáctica elaborada con base en los medios de prueba presentados.

En esa dinámica procesal se demuestra la importancia del derecho al recurso como un mecanismo de defensa de los derechos y garantías de las personas procesadas ante posible error judicial, pero también su pertinencia para asegurar que los hechos delictivos no queden impunes cuando existe material probatorio suficiente para vincular u juzgar a los presuntos responsables. El impacto del caso en ese nivel se aprecia además en la necesidad de que los jueces en sus respectivas jurisdicciones e instancias profundicen en los aspectos teóricos del derecho al recurso, y en los aspectos normativos y prácticos que deben considerar en cada caso para, que su decisión si corresponda con las exigencias teóricas que plantea el derecho al recurso y con la configuración jurídica vigente en el COIP.

## CONCLUSIONES DEL ESTUDIO DE CASO

Del estudio de caso realizado se pueden formular las siguientes conclusiones, las cuales dan respuesta a los objetivos planteados y presentan una respuesta científica al problema de investigación.

1. El estudio de caso permitió sistematizar el contenido y alcance del derecho a la impugnación y sus manifestaciones concretas en el recurso de apelación previsto en el COIP. El derecho a la impugnación, denominado también derecho a recurrir las resoluciones judiciales que puedan afectar los derechos o intereses de las partes o de terceros, está reconocido en los principales instrumentos de derechos humanos y en la normativa vigente en el Ecuador, de manera particular en la Constitución de la República de 2008 y en la legislación procesal penal y no penal.
2. El contenido esencial del derecho al recurso implica que el Estado debe reconocer y garantizar a toda persona el derecho a solicitar a un tribunal de segunda instancia o juez superior, que revise la resolución del juez de primera instancia para que descarte la posibilidad de un error judicial en la interpretación de las normas o la construcción de la premisa fáctica con base en el material probatorio incorporado al proceso; se trata de un derecho de configuración legal, lo cual supone que solo pueden ser impugnadas aquellas resoluciones judiciales expresamente previstas en la ley, y mediante el recurso

habilitado para ello, ya que de otra manera el proceso judicial sería interminable.

3. Una de las manifestaciones concretas del derecho al recurso es el recurso de apelación, el más común y utilizado de todos los recursos, ya que por lo general se plantea ante el mismo juez o tribunal que dictó la resolución y en algunos casos no se expresa una causal por la que proceda como se pudo constatar en el Derecho comprado. Su configuración jurídica en el COIP consta en el artículo 653, en el que se establecen las resoluciones contra las que procede, entre las que se encuentra la sentencia ejecutoriada y el auto de nulidad y el procedimiento que debe seguir el juzgador

65

cuando alguno de los sujetos procesales impugna cualquiera de dichas resoluciones, aunque como sucede en algunos códigos analizados en el estudio comparado no se establecen las causales de procedibilidad.

4. En el caso estudiado en la presente investigación la declaratoria de nulidad del auto dictado en primera instancia en que se impuso la medida cautelar de prisión preventiva a algunos de los procesados en el Caso Nro. 06282-2015-02723, por delito de peculado, donde la Honorable Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo declaró la nulidad del auto dictado en la audiencia de vinculación por el juez LNRV, Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba. La incidencia de la declaratoria de nulidad del auto precitado se pudo apreciar respecto a los sujetos procesales, los jueces y el derecho fundamental al recurso, ya que en el caso se puso de manifiesto la dinámica del funcionamiento de la administración de justicia y la efectividad del recurso de apelación para garantizar la correcta interpretación y aplicación de la ley, al corregirse errores en que incurrió la Sala de la Corte Provincial de Chimborazo en cuanto a las actuaciones de la Fiscalía en la fase de vinculación, donde se le exigía presentar elementos que corresponden a una fase posterior del proceso.
5. La entrevista realizada a expertos en derecho penal y derecho procesal penal, así como a abogados y jueces con conocimiento de la materia, permitió constatar que existe diversidad de criterios en cuanto al contenido y alcance del derecho al recurso, tanto en

lo que se refiere a su carácter de derecho fundamental como a su configuración jurídica en el COIP donde se establecen las resoluciones que pueden ser impugnadas, las causas por las que se puede interponer el respectivo recurso y los requisitos de procedibilidad de forma y de fondo que deben observarse en cada caso. Por lo que se refiere al recurso de apelación contra un auto de nulidad dictado por un tribunal de apelación o casación, donde la Corte Nacional de Justicia ha prohibido que pueda apelarse, los expertos consultados manifestaron opiniones contrapuestas: para algunos es legítimo que el organismo interprete las normas y fije los criterios respecto a la procedencia del recurso de apelación contra dicho auto, y para otros constituye una

66

violación del derecho al recurso reconocido en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.



Las recomendaciones que se derivan del estudio de caso realizado se dirigen concretamente a los jueces y sujetos procesales que intervinieron en el proceso, y en particular a los de la Honorable Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo que declararon la nulidad del auto dictado en la audiencia de vinculación por el juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba.

1. Que se profundice en los aspectos teóricos y normativos del derecho al recurso en general y el recurso de apelación en particular, para que sea aplicado de conformidad con las normas vigentes en el COIP y las exigencias que se deriva de aquel derecho fundamental.
2. Que se analice entre los jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo la resolución dictada en el recurso de hecho interpuesto por la Fiscalía y resuelto por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, para que apliquen la motivación presentada en el mismo respecto a las exigencias que deben cumplirse por Fiscalía en la audiencia de vinculación.
3. Finalmente, al Consejo de la Judicatura a través de la Escuela de la Función Judicial, incluya en los cursos y procesos de capacitación continua, el análisis del proceso estudiado en esta investigación, para que los funcionarios judiciales, fiscales, defensores públicos, y abogados en libre ejercicio, estén plenamente capacitados cuando Tribunal de segunda instancia dicte el auto de nulidad sepan cuáles son los recursos legalmente previstos para accionar.

## BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial de 20 de octubre.
- Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial de 9 de marzo.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial de 10 de febrero.
- Beladiez, M. (1994). La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación. *Revista de Administración Pública*, 155-187.
- Betty, E., Messineo, F., & Torrez Vázquez, A. (2010). *Teoría General de los hechos y actos jurídicos*. La Paz: CED.
- Chaigneau, A. (2002). Sentencia y recursos en el nuevo sistema procesal penal . *Revista Chilena de Derecho*, 301-313.
- Congreso de Colombia. (2004). *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República. (2015). *Código Civil. Codificación 10*. Quito: Registro Oficial.
- Corte Nacional de Justicia. (23 de mayo de 2016).  
<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>.  
Obtenido de  
<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>.  
Corte Provincial de Justicia de Chimborazo. (21 de diciembre de 2015).  
<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>. Obtenido de <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>.  
Corte Provincial de Justicia de Chimborazo. (27 de enero de 2016).  
<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>. Obtenido de <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>.
- Cueva, L. (2018). *Jurisprudencia Penal Tomo I*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- García, J. (2015). *Análisis Jurídico Teórico Práctico del COIP*. Riobamba: INDUGRAF.