coestro al solomatos rovats



JUICIO No. 167-2009 CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, a 29 de mayo de 2014, las 12h00.-

VISTOS.- Teniendo como antecedente las denuncias presentadas y legalmente reconocidas por Víctor Granda Aguilar y por Napoleón Gómez Real y el oficio No. CCCC.200.07, de fecha 10 de mayo de 2000, suscrito por el presidente y vicepresidente de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, Ramiro Larrea Santos y Alejandra Cantos Molina, el doctor Galo Pico Mantilla, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, en fecha 13 de julio de 2000, las 11h00, dictó auto cabeza de proceso en contra del doctor Jamil Mahuad Witt y otros, por la presunta comisión del delito de peculado tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código Penal, en relación con el artículo 121 de la Constitución Política de la República de ese entonces¹. En fecha 10 de diciembre de 2001, las 12h00, el doctor Galo Pico Mantilla, declaró abierta la etapa del plenario por el delito previsto en el artículo 257 inciso primero del Código Penal en contra del doctor Jamil Mahuad Witt, ex Presidente de la República y de la economista Ana Lucía Armijos, ex Ministra de

X

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Art. 121.- Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado. Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.



Finanzas y Crédito Público, ratificando las medidas cautelares de prisión preventiva y embargo de sus bienes. En fecha 6 de junio de 2006, las 11h30, resolviendo los recursos de apelación planteados, con voto de mayoría, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, revocan el auto de llamamiento a juicio dictado y en su lugar dictan el sobreseimiento provisional del proceso y del sindicado, doctor Jamil Mahuad Witt, y sobreseimiento definitivo a favor de la economista Ana Lucía Armijos. En fecha 13 de julio de 2007, el en ese entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Jaime Velasco Dávila, dispone la reapertura del sumario, en base a documentación presentada por Víctor Granda Aguilar, Jorge Rodríguez Torres, doctor Alfredo Alvear Enríquez, entre otros. El 27 de diciembre de 2011, a las 08h00, el doctor Enrique Pacheco Jaramillo, Conjuez Nacional, dicta auto de apertura a plenario en contra del doctor Jamil Mahuad Witt, por el delito tipificado y sancionado en el artículo 257 inciso primero del Código Penal, ordenando la prisión preventiva del procesado y la evaluación psiguiátrica de su personalidad, lasí como el embargo de sus bienes. El 20 de marzo del 2012, las 09h00, resolviendo el recurso de apelación planteado contra el auto emitido, el Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores Jorge M. Blum Carcelén, Wilson Merino Sánchez y Paúl Íñiguez Ríos, confirma el auto interlocutorio dictado por el doctor Enrique Pacheco Jaramillo. El 30 de marzo de 2012, las 11h12, se desestimó el pedido de nulidad del referido auto. En fecha 31 de mayo del 2012, a las 16h40, mediante sorteo, correspondió el conocimiento de la etapaplenaria a la suscrita Jueza Nacional, Ximena Vintimilla Moscoso. En



courter and achosunt 4.800



fecha 27 de mayo de 2013, las 11h30, de conformidad con el artículo 408 del Código de Procedimiento Penal de 1983, aplicable al caso, se abrió la causa a prueba por el plazo de diez días, tiempo en que las partes solicitaron se tenga a su favor diferentes instrumentos que han sido se han ordenado su reproducción e incorporación. El 7 de octubre de 2013, las 11h45, de conformidad con el artículo 409 del Código de Procedimiento Penal de 1983, se ordenó que las partes presenten sus alegatos para sentencia, dentro del plazo de tres días, conforme a lo dispuesto las partes así lo hicieron, fenecido ese plazo de conformidad al artículo 410 ibídem pasaron los autos para sentencia en fecha 17 de octubre de 2013, las 09h00, encontrándose la causa en ese estado se considera:

#### PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:

La Segunda Disposición Transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial dispone "en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código." El Consejo Nacional de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. Conforme con los artículos 168 y 192 del Código Orgánico de la Función Judicial, el doctor Jamil Mahuad Witt al tener la calidad de ex Presidente de la República, provocó que él sea procesado con fuero de Corte Nacional, siendo así, a más de las normas citadas,

X



esta Jueza Nacional es competente para conocer y resolver la presente causa de conformidad con el artículo 76 numeral 7 literal k y artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República, de los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituye a los artículos 183 y 186 ibídem, la Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 03-2013 del 22 de julio de 2013. El inciso segundo del artículo 9 de la resolución sustitutiva sobre la conformación de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial Nro. 511 de fecha 21 de enero del 2009, establece que: "Los procesos que se sustancian al amparo del Código de Procedimiento Penal de 1983, que se encuentran en la etapa del sumario o del plenario, pasarán al juez designado por sorteo entre los jueces pertenecientes a las salas especializadas de lo penal. El mismo juez que conozca la etapa del sumario es competente para conocer la etapa del plenario. La apelación será conocida por los dos jueces que conforman la misma sala a la que pertenece el juez que conoce del sumario y/o el plenario, más uno de los conjueces de esa misma sala, elegido por sorteo. Los recursos de Casación y de Revisión serán conocidos por la Sala Especializada de los Penal que no hubiera intervenido en la causa." De conformidad con esta norma, mediante sorteo realizado el 31 de mayo de 2012, las 16h40, la Jueza Nacional actuante fue sorteada para conocer la etapa de plenario y demás pedidos procesales establecidos en el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código de Procedimiento Penal (edición 1983).

cretion ochosuntosun



#### SEGUNDO. - VALIDEZ PROCESAL. -

Una vez revisado el procedimiento aplicado en la presente causa, esta Jueza Nacional no observa vicio u omisión de solemnidad alguna que pudieran acarrear su nulidad, ha sido debidamente tramitado de conformidad a lo que establece el Titulo VI, Sección Primera del Código de Procedimiento Penal, edición 1983, que por la fecha de auto cabeza del proceso, es el aplicable al caso *sub judice*<sup>2</sup>, y se ha respetado además lo determinado en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República, por lo que se declara su validez.

## TERCERO.- ELEMENTOS QUE SIRVIERON AL JUEZ A QUO PARA EMITIR EL AUTO DE APERTURA A PLENARIO.-

Debemos recordar que una de las características del sistema mixto adoptado por el procedimiento penal ecuatoriano de 1983, que es el aplicable para el presente caso, es que todos los elementos que se recaudaron en la etapa del sumario, constituyen prueba<sup>3</sup>, siendo así es

1

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Código de Procedimiento Penal, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 360, de 13 de enero del 2000, y ratificada en la Transitoria Primera de la Ley Reformatoria al Código Penal y Procedimiento Penal, constante en el Registro Oficial No. 160, de 29 de marzo de 2010, y el inciso tercero de la Décimo Tercera Disposición Transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial, los procesos, actuaciones y procedimientos de investigación que actualmente se encuentren en trámite continuarán sustanciándose conforme a las reglas de procedimiento vigentes al tiempo de su inicio y hasta su conclusión, debiendo entonces aplicarse el Código de Procedimiento Penal que estuvo vigente a la época de inicio del proceso; esto es el 20 de julio del 2000, en consecuencia para el presente caso es coherente que sea el procedimiento establecido en el Código Adjetivo Penal de 1983 el que se continúe aplicando en la prosecución del juicio.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup>El Art. 261 del Código de Procedimiento Penal de 1983"En la etapa del plenario se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar la responsabilidad o inocencia del procesado, a fin de condenarle o absolverle".



menester hacer el siguiente recuento: El 20 de marzo del 2012, las 09h00, el Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, integrado por los doctores Jorge M. Blum Carcelén, Wilson Merino Sánchez y Paúl Íñiguez Ríos, al conocer y resolver sobre el recurso de apelación planteado, confirman el auto de apertura a plenario emitido el 27 de diciembre de 2011, a las 08h00 por el doctor Enrique Pacheco Jaramillo, Conjuez Nacional, por haber comprobado conforme a derecho la existencia del delito tipificado y sancionado en el artículo 257 inciso primero del Código Penal, y que en autos aparecen indicios graves de la responsabilidad del procesado, doctor Jamil Mahuad Witt, como autor de aquella infracción. Los elementos que sirvieron para arribar a tal conclusión son<sup>4</sup>:

"El 27 de diciembre de 2011, a las 08H00 y por concluida la sustanciación que para el efecto se requiere, así como practicados que habían sido todos los actos procesales ordenados en la reapertura del sumario, el doctor Enrique Pacheco Jaramillo, Juez de la causa declaro concluida la reapertura del sumario, y dicto auto de llamamiento a juicio en contra del

"El Estado no puede aceptar pasivamente que la justicia penal se la administre a base de los elementos de juicio que las partes hayan querido introducir en el proceso, sin que el titular del órgano jurisdiccional penal, pueda por su parte, agotar las investigaciones para llevar, aun contra la voluntad, o sin la voluntad de las partes, al proceso las pruebas que conforman en su integridad el hecho, objeto del proceso, o la intervención del acusado en dicho hecho... Se hace notar pues que el sistema señalado para el plenario no es acusatorio puro. El artículo que comentamos es un ejemplo de ello. 1a facultad, amplisima facultad que se le concede al presidente y al tribunal para hacer (legar a la audiencia todas las pruebas que considere necesarias para descubrir la verdad integral, es una repetición de las facultades que la ley concede en el sumario al juez que lo organiza y lo complementa, es decir, es la aplicación del sistema inquisitivo dentro del sistema acusatorio, que es el básico del plenario...Opinamos que la oportunidad que tienen las partes para pedir al presidente que haga uso de la facultad que le concede el artículo que estudiamos, es precisamente, cuando decurre para cada una de las partes el periodo de prueba, en donde el presidente tiene amplias facultades para la investigación de la verdad." Zavala Baquerizo, Jorge "El Proceso Penal", Ed. Edino, Tomo IV, Guayaquil, 1990, pg. 185.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Transcripción tomada del auto que obra a fojas 428 a 446 del Juicio No 167-2009, cuerpo 5 de instancia.



4802 contro wil ochorentos



doctor Jamil Mahuad Witt por estimar que había subsumido su conducta en el tipo penal de peculado, basándose para ella en los siguientes hechos y normas: f.1. Que a fs. 20.188 a 22.463 consta la nómina de los ejecutivos y de los directorios de las instituciones del sistema nacional proporcionados por la Superintendencia de Bancos, correspondiente a los años 1999, 2000, y 2001, de la que se desprende que altos funcionarios del gobierno cercanos al entonces Presidente de la Republica Jamil Mahuad, integraban el directorio de algunos bancos y entidades del sistema financiero nacional, como son Álvaro Guerrero Ferber, Presidente del Consejo Nacional de Modernización del Estado, Presidente Ejecutivo y Gerente General del Banco La Previsora, al 31 de marzo y 30 de junio de 1999 (fojas 21.293 y Cevallos Balda, Embajador del Ecuador en México, 21.301). Medardo Presidente del Directorio del Banco Agrícola y de Comercio Exterior al 31 de marzo de 1999 (fojas 21.203) ; Carlos Larreategui Nardi, Secretario General de la Administración, Director Alterno de PROINCO al 31 de marzo de 1999 (fojas 21.198); Fernando Aspiazu Seminario, Presidente Ejecutivo y Gerente General del Banco del Progreso al 30 de marzo de 1999 (fojas 21.337); Juan Pablo Aguilar Vallejo Abogado de la Presidencia de la Republica que participo en la redacción del decreto 685 de 11 de marzo de 1999, Ejecutivo de Produbanco al 31 de diciembre de 1999 (fojas 20.824). revelando con ello la conexión existente entre el sindicado y los altos personeros de la banca del país, a la que Jamil Mahuad protegió indiscriminadamente con la expedición del Decreto Ejecutivo No. 685 de11 de marzo de 1999, de congelamiento de depósitos, según se señala en el auto de llamamiento a juicio.- f.2. Que en la reapertura del sumario el señor ex -Presidente de la Corte Suprema de Justicia, ordeno se realizara un examen pericial, el mismo que consta de fojas 22.549 a 22.568, suscrito por los peritos Dra. Wilma García y Dr. Oswaldo Herrera, a los informes de auditoría enviados por la Corporación Financiera Nacional, Banco Central del Ecuador, la Agencia de Garantía de Depósitos de AGD, los peritos concluyeron manifestando que el costo de la crisis financiera bancaria estimada a diciembre 21 del 2005, en millones de dólares sería de \$6.515 (seis mil quinientos quince millones de dólares).- f.3.- Que según la información Nacional, las pérdidas proporcionada por la Corporación Financiera ocasionadas a esa institución por la negociación de los depósitos reprogramados tanto por el ingreso de CDRS y por cartera incobrable era de \$1.178.61 (un mil ciento setenta y ocho millones 61/100 dólares) Resolución No. JB-99-123 emitida por el Superintendente de Bancos Dr. Jorge Egas Peña, de fecha 8 de marzo de 1999, disponiendo la suspensión de atención al público, el lunes 8 de marzo de 1999 para todas instituciones del sistema financiero, constante de foias 22.616 22.619 justificando el feriado bancario y el congelamiento ordenado por

X



los decretos mencionados cuando ejercía las funciones de Presidente de la Republica, el Dr. Jamil Mahuad.- f.4. Consta a fojas 22.720 la información proporcionada por la AGD, relativa a la estimación del costo del salvataje Bancario que totaliza USD \$8.072 (ocho mil setenta y dos millones de dólares), defraudación que hace también responsable al Dr. Jamil Mahuad, conforme se desprende del informe presentado por la Comisión: de investigación de la Crisis Económica Financiera creada por el señor economista Rafael Correa, en ejercicio de sus funciones de Presidente de la Republica por Decreto Ejecutivo No. 263 de 9 de abril del 2007 y que en el documento, denominado "Síntesis de los Resultados de la investigación" determina (página 77) "las cuantiosas pérdidas de 8.072 millones de dólares ocasionadas a la sociedad .ecuatoriana se produferon por decisiones políticas equivocadas adoptadas por el gobierno del doctor Jamil Mahuad, quien a través de la manipulación, interpretación y tergiversación de un amplio conjunto de leyes y otras normas secundarias, se permitió que el país incurriera en dichas perdidas, con el consiguiente deterioro de calidad de vida de los ecuatorianos". "Cuando el ex Presidente Jamil Mahuad dicta el primer Decreto de "feriado bancaria" el 5 de marzo de 1999 y, posteriormente, el del "congelamiento bancario" mediante Decreto 685 de 11 de Marzo de 1999", lo hace basado en una declaratoria de emergencia nacional, que según las fuentes receptadas no reunía los requisitos constitucionales y legales, porque no existía ni un caso de eminente agresión externa, querra internacional, ni grave conmoción interna o catástrofes naturales, como lo exigía el artículo 180 de la Constitución Política de la Republica de aquella época, ni habrían sido aplicables, en consecuencia, las normas legales, que desarrollan el precepto constitucional, esto es, el literal k) del artículo 7, en concordancia con el Art. 72 de la Ley de Seguridad Nacional, por lo que no habría existido sustento constitucional, ni legal para tal declaratoria. F.5. Que el informe del Auditor de la Superintendencia de Bancos, Ing. Fernando Arévalo Moscoso sobre el proceso de saneamiento del Banco de Crédito en el anexo 1, Capitulo de Antecedentes (fojas 33097), al referirse al Decreto No. 685 de 11 de marzo de 1999, dictado por el Ex Presidente Constitucional de la Republica, mediante el cual se declaró el estado de movilización de las instituciones financieras nacionales, concluye con la siguiente afirmación: "ESTE DECRETO COMPLICO AUN MAS LA SITUACION DE LA INSTITUCION TENER QUE CONGELAR , POR UN PERIODO ADICIONAL, DEPOSITOS DE LOS CLIENTES DEL BANCO QUE ESPERABAN OBTENER EN UN PERIODO MUGHO MAS CORTO LA DEVOLUCION DE SUS DINEROS ...".- f.6. Que la Agencia de Garantía de Depósitos AGD, a fs. 22.720 ha proporcionado información a los peritos, en un cuadro denominado: BANCARIO, FUENTE COSTO DEL SALVATAJE **ESTIMACION** FINANCIAMIENTO, EN MILLONES DE DOLARES, ENTIDADES DEL ESTADO:



4803 water and ochsunters



Ministerio de Economía y Finanzas, 2559; Corporación Financiera Nacional, 1060; Banco Central del Ecuador, 890; Agencia de Garantía de Depósitos, 363, dando un subtotal en millones de dólares de 4872; de la misma forma en el mismo informe, consta el rubro de: OTROS ACREEDORES Y PERDIDAS; Costo Social, acreencias que no se pagan por falta de actives, de la de la AGD (Saldos a febrero del 2007), y garantía ESTIMACION RECURSOS DESTINADOS, AL SALVATAJE BANCARIO, 8072, todos estos rubros en millones de dólares.f.7. Que el Dr. Granda Aguilar y Jorge Rodríguez Torres, en la solicitud de reapertura del sumario, presentaron como nuevas pruebas documentos contenidos en 4511 fojas certificadas, con lo que se determina las operaciones de fondos públicos y privadas autorizados mediante los Decretos Ejecutivos mencionados por el Ex Presidente de la Republica, Jamil Mahuad, ejecutados por las instituciones del sistema financiero, mediante la utilización de los recursos que fueron congelados y las nuevas tasas de interés impuestas por el gobierno, así en el caso del Banco Bolivariano se congelaron 5.439,436 sucres (cinco mil millones cuatrocientos treinta y mil cuatrocientos treinta y seis sucres), en cuentas corrientes, 1.226.992 (un millón doscientos veintiséis mil novecientos noventa y dos dólares) cuentas corrientes en dólares, 132.335.410 (cientos treinta y dos millones trescientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos diez sucres) en depósitos a plazas en sucres y 42.908.54 (cuarenta y dos mil novecientos ocho :mil quinientos cuarenta dólares) en depósitos a plazo en dólares; que las tasas de interés pactadas en dólares en libretas de ahorro fueron de un promedio del 6% y que por el efecto de congelamiento y la imposición del gobierno, se redujo a 2,93%; que en los depósitos a plazo las tasas de promedio pactadas en el trimestre de 1999 fueron de 53,17% en sucres y 10,83% en dólares, mientras que las tasas impuestas luego por el gobierno fueron del 35,62% y 33,36% en sucres y de 7,31 % y 6,49% en dólares.- Señala el auto de llamamiento a juicio que consta del proceso que el administrador temporal del Banco Popular informa que el manto de los fondos congelados en sucres el Ecuador fue de 1.564.468.675.915,29 en sucres (un billón quinientos sesenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y ocho millones seiscientos setenta cinco mil novecientos quince con 29 sucres) y en dólares 65.393.590,53 (sesenta y cinco millones trescientos noventa y tres mil quinientos noventa 53/100 dólares y en el exterior fue de 448.707.493,48 dólares (cuatrocientos cuarenta ocho setecientos siete mil cuatrocientos noventa y tres 48/100 dólares); que hasta el 1 de marzo del 2001 no se había devuelto 6.988.640,95 dólares (seis millones novecientos ochenta y ocho mil seiscientos 95/100 dólares) en el Banco Popular del Ecuador, y 182.442178,84 dólares (cientos ochenta y dos millones cuatrocientos cuarenta y dos mil

X



ciento setenta y ocho 84/100 dólares) en el Banco Popular internacional y que el manto total de intereses pactados antes del congelamiento fueron de 504.100.901.380,79 (quinientos cuatro mil cien millones novecientos siete mil trescientos ochenta 79/100 sucres) y 25.391.481,73 dólares, (veinte y cinco millones trescientos noventa y un mil cuatrocientos ochenta y 73/100 dólares), y los que se pagaron depósitos reprogramados fueron de 176.050.673.872,25 sucres (ciento setenta y seis mil cincuenta millones seiscientos setenta y tres mil ochocientos y dos 25/100 sucres) y 12.964.026,72 (doce millones novecientos sesenta y cuatro mil veintiséis con 72/100 dólares), así como a fs. 27.413 a 27.415, consta que el Vicepresidente Nacional del Produbanço informa que al 1 de noviembre del 2000, los fondos congelados fueron 521.563.595,488 sucres y 190.790,41 dólares (siete millones ciento noventa mil setecientos noventa 41/100 dólares) y que los fondos no devueltos que permanecen reprogramados hasta *esa* fecha 4.494.572.160,70 sucres (cuatro mil cuatrocientos noventa y cuatro millones quinientos setenta y dos mil ciento sesenta con 70/100 sucres) y 7.142.888,22 dólares (siete millones ciento cuarenta y dos mil ochocientos ochenta y ocho 22/100 dólares). Señala el auto de la referencia que en el caso de Filanbanco se informa que se congelaron 980.4 millones de sucres y 47.1 millones de dólares, que los fondos no devueltos, que permanecen, como reprogramados hasta el 30 de noviembre del 2000 alcanzan la suma de 28,1 millones de dólares y que la diferencia entre los intereses pactados y los que realmente se pagaron alcanzan a 25.023.357,07 dólares (veinticinco millones veintitrés mil trescientos cincuenta y siete con 07/100 dólares) que sería el perjuicio neto que se ocasiono a sus depositantes en lo relativo a diferencia de las tasas de interés y a fs. 28342 a 28343, consta más indicaciones de los perjuicios económicos, los mismos que tienen su origen en los dos decretos Ejecutivos emitidos por el Ex Presidente de la Republica. Dr. Jamil Mahuad Witt.- f.8. De fojas 28.428 a 28.430, consta la carta de fecha 13 de junio del 2007, de Nicolás Landes Guerrero, dirigida al Presidente de la Corporación Financiera Nacional, y en la que se refiere a los detalles de una reunión celebrada el domingo 6 de Marzo de 1999, vispera del feriado bancario que mantuvo en el Palacio Presidencial con altos funcionarios del gobierno y otro banquero invitado, reunión que tuvo por objeto analizar la situación financiera y en la que el señor Landes expresa; que el feriado bancario fue una medida improvisada, de último momento, adoptado por Mahuad y sus colaboradores, para intentar salvar, a cualquier costo, al Banco del Progreso. f.9. El auto en cuestión hace un análisis del delito de peculado, señalando que: "... se tipificado dentro de los denominados delitos contra la administración pública, en el título III del Código Penal, por lo que, efectivamente el bien



4804 water all ochandes



jurídico protegido es la administración pública, que puede ser conculcado violando los deberes los funcionarios públicos. de atribuciones y mediante el abuso de autoridad, según lo establece el capítulo V del referido título del Código Penal. La administración pública está constituida por acciones e instituciones destinadas a cumplir con la finalidad del Estado, que por mandata social constituye el manejo y administración en el ejercicio de la potestad estatal para la prestación para desarrollar actividades económicas asumidas públicos 0 por el Estado, encabezadas por personas que ejecutan dicho mandata, cuyo objeto o materia, su alcance y limitaciones se encuentran determinadas en la Constitución de la República del Ecuador como Norma Suprema de un Estado, y sus leyes operativas, quienes actúan de acuerdo a estas normas, según el principio de derecho público, esto es, que solamente pueden realizar aquello que le es expresamente mandado por la Constitución y la Ley, y las acciones que, siendo connaturales al mandato por necesarias para su cumplimiento, deben ser realizadas aun cuando no están legisladas, en el ámbito de las potestades no regladas, pero que deben ser licitas y legales. Quienes infrinjan las normas legales en el manejo de fondos, bienes o recursos públicos, en sus calidades de "servidores de los organismos y entidades del sector público" y "toda persona encargada de un servicio público", incluido el de mandatario de la Republica, habrán adecuado su conducta a la típica penal determinada en el Articulo 257 del Código Penal, bajo la figura de peculado, que consiste en el haber abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, documentos, bienes muebles o inmuebles, que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuse en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, entre otras hipótesis de adecuación típica". (sic)

CUARTO.- PRUEBAS QUE HAN SIDO PRACTICADAS POR LAS PARTES DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 408 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1983, APLICABLE AL CASO:



- i) El Fiscal General del Estado, en escrito presentado en fecha 4 de junio de 2013, las 15h21, solicitó<sup>5</sup>:
- Que se reproduzca y se tenga como prueba a favor de la Fiscalía, todo cuanto de autos fuere favorable a los intereses del Estado Ecuatoriano. 2.2.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía el Auto de reapertura del Sumario seguido contra el doctor Jamil Mahuad Witt, de 13 de junio de 2007, suscrito por Jaime Velasco Dávila, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia; la providencia, en lo principal, señala que los elementos aportados como prueba nueva justifican la existencia del tipo penal de peculado, en el sentido de que a través de los Decretos Ejecutivos se admitió el manejo de recursos a través de medio fraudulentos, con el objeto de que entidades financieras y personas vinculadas a ellas obtengan ganancias ilícitas. También se indica que "...el Estado y los depositantes asumieron los resultados de la quiebra y crisis de las instituciones financieras del país... (y además con el diferencial cambiario por efecto de la dolarización dispuesta por el Presidente Mahuad, posiblemente se perjudicó no sólo a los ciudadanos que depositaron su dinero en las diferentes casas bancarias del país, sino también al Estado ecuatoriano que tuvo que asumir el costo de la iliquidez financiera)..." (fs. 20150 - 20153 / Cuerpo 97);
- 2.3.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía el Oficio No. P3-2007-009, del 29 de junio de 2007, suscrito por Fabián Navarro, Procurador Judicial, delegado del Superintendente de Bancos, por medio del cual se adjunta la nómina de ejecutivos y miembros de directorios de las diferentes instituciones del sistema financiero nacional comprendidas entre los años 1999, 2000, 2001 y 2002; de dichos listados se coligen nombres de personas que también fueron altos funcionarios del gobierno cercano al ex Presidente de la República, doctor Jamil Mahuad Witt, conforme consta de los resultados de la investigación efectuada por la Comisión Cívica contra la Corrupción. Este elemento revela la conexión existente entre el sindicado y varios banqueros ecuatorianos, a los que se les prestó protección a través del proceso de congelamiento del sistema financiero (fs. 20188 22475 / Cuerpo 104);
- 2.4.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía la Documentación aportada por la Corporación Financiera Nacional, en la cual se hace conocer el cálculo estimado de las pérdidas en las que incurrió, por efecto de la recepción de CDRs. El monto de la diferencia referida se estimó en un total de 1178.1 millones de dólares americanos. (fs. 22499 -22548 / Cuerpo 104);

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Fojas 338 a 340 , cuerpo 4 del juicio No. 167-2009, de esta instancia.





2.5.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía el Examen pericial elaborado por los expertos Wilma García y Oswaldo Herrera, para el análisis contable a los informes financieros remitidos por la Corporación Financiera Nacional, el Banco Central del Ecuador y la Agencia de Garantía de Depósitos, referentes a los costes de la crisis financiera del año 1999. En dicha experticia, se concluye que la afectación valorada de los efectos anotados en su conjunto, al 31 de diciembre de 2005, fue de seis mil quinientos quince millones de dólares. (fs. 22549 – 22568 / Cuerpo 104) (Cuerpo 2, foja 289); 2.6.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía el Acta de la Sesión Extraordinaria de la Junta Bancaria, celebrada el 8 de marzo de 1999, y Resolución No. JB-99.123, suscrita por el Superintendente de Bancos, Jorge Egas Peña; documentos mediante los cuales se dispuso la suspensión de la atención al público de las entidades financieras, el lunes 8 de marzo de 1999, justificado así el congelamiento y feriado bancario ordenados a través de los

Constitucional del Ecuador (fs. 22616 - 22619 / Cuerpo 105);

2.7.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía la Información proporcionada por la Agencia de Garantía de Depósitos, relativa a la estimación del coste del salvataje bancario. La documentación pone de manifiesto que el monto de la defraudación generado por la crisis asciende a USD. 8072 millones, y que muchos de los recursos que componen ese rubro son derivados de fuentes de financiamiento públicas (fs. 22720 / Cuerpo 106);

Decretos Ejecutivos dictados por el doctor Jamil Mahuad Witt, ex Presidente

2.8.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía la Ampliación del informe pericial efectuado por los doctores Wilma García y Oswaldo Herrera, quienes reiteran en el documento las mismas conclusiones establecidas en el informe principal (fs. 22763 – 22767 / Cuerpo 106);

2.9.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía la copia certificada del Decreto Ejecutivo No. 685, dictado por el ex Presidente Mahuad, publicado el 16 de marzo de 1999, mediante el cual se declara en estado de movilización a las instituciones financieras, quedando sujetas al Régimen de Movilización, conforme los artículos 54, 55 y más aplicables de la Ley de Seguridad Nacional (fs. 26646 – 26648 / Cuerpo 140);

2.10.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía la copia certificada de la Resolución No. 078-99-TP del Ex Tribunal Constitucional, publicada el 24 de diciembre de 1999, a través del cual se declara la inconstitucionalidad y se suspende totalmente los efectos del Decreto Ejecutivo No. 685, de 11 de marzo de 1999 (fs. 26659 – 26665 / Cuerpo 140);

2.11.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía el listado de casos aprobados por el pleno de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, referentes a la quiebra del sistema financiero. De los hechos relevantes investigados, se coligió respecto al caso Mahuad que, el financiamiento de la campaña del ex Presidente fue realizada por Fernando



Aspiazu, propietario de uno de los Bancos más grandes del país y de una empresa que mantenia litigio de cuentas con el Estado. También refiere a los delitos que se derivan del feriado bancario y que son objeto de la reapertura del sumario (fs. 26913 – 26932 /Cuerpo 142);

- 2.12.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía el Escrito efectuado por la Comisión de Control Cívico de la Corrupción sobre el caso Mahuad, en el que se concluye, luego de la presentación de nuevas pruebas, se ordene la reapertura del sumario (fs. 27264 27269 / Cuerpo 143);
- 2.13.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía el Escrito presentado por Víctor Granda Aguilar y Jorge Rodríguez Torres, mediante el cual se introducen nuevas pruebas con el objeto de reaperturar el sumario en el caso Mahuad (fs. 27402 27417 / Cuerpo 144);
- 2.14.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía el Oficio suscrito GUILLERMO LASSO, Presidente Ejecutivo del Banco de Guayaquil, el 17 de abril de 2007, a la Comisión de Investigación de la Crisis Financiera. En el documento señalado se establece que en base al Decreto Ejecutivo 1492, publicado en registro oficial No. 320, del 17 de noviembre de 1999, se constriñó a los principales funcionarios de la Superintendencia de Bancos a presionar y sancionar a los bancos privados para recibir títulos de la banca cerrada, como forma de pago de las obligaciones de varios deudores; con esto, señaló el deponente, se permitió a los clientes deudores de la banca privada cancelar créditos a corto plazo, restando la capacidad de generar recursos para el pago de obligaciones con clientes depositantes. Los verdaderos beneficiados con el decreto fueron los deudores que pudieron adquirir en el mercado CDRs para poder entregarlos a la Corporación Financiera Nacional como forma de pago (fs. 28265 28282 / Cuerpo 151);
- 2.15.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía los Indicativos de los perjuicios económicos derivados de los decretos ejecutivos dictados por el Ex Presidente de la República, doctor Jamil Mahuad (fs. 28342 28343 / Cuerpo 151):
- 2.16.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía el Informe de estimación de costos de la crisis bancaria, elaborado por la gerencia Técnica de la Agencia de Garantía de Depósitos, en la que señala que se destinó al salvataje bancario ocho mil setenta y dos millones de dólares, con un saldo de pérdidas de tres mil doscientos millones de dólares (fs. 28523 28532 / Cuerpo 153);
- 2.17.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía el Anexo al documento "LA CRISIS FINANCIERA DE LA CFN, COMO CONSECUENCIA DE LA IMPOSICIÓN DEL DERETO NO. 1492 Y LA RECEPCIÓN DE LA CARTERA AGD", de 29 de mayo de 2007; en dicho documento se concluye que la CFN fue obligada a recibir CDRs y certificados financieros, y a reprogramar el saldo de cartera, que posteriormente se volvió irrecuperable, como consecuencia de la



recepción de los títulos valores y la cartera vencida de la AGD. Como consecuencia, el patrimonio de la CFN se vio afectado de doscientos sesenta y cinco millones en 1999, a ochenta y un millones en 2001. Que en términos costo beneficio, el total de pérdida de la CFN ascendiendo a mil ciento y ocho, sesenta y un millones de dólares (fs. 28681 – 28703 / Cuerpo 154);

2.18.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de la Fiscalía los testimonios propios que, dentro del proceso, fueron rendidos por las siguientes personas:

- Testimonio propio de VÍCTOR MANUEL GRANDA AGUILAR, rendido el 26 de junio del 2007, quien manifestó haber presentado una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo No. 685, del 11 de marzo de 1999, la cual fue aceptada por el Ex Tribunal Constitucional, órgano que se reconoció que el Presidente Mahuad VIOLÓ GARANTÍAS CONSTITUCIONALES AL ADOPTAR MEDIDAS EN BENEFICIO DE ENTIDADES FINANCIERAS; que en esas fechas, el gobierno obligó a la CFN a recibir CDRs al cien por ciento de su valor, cuando en el mercado se negociaban con altos porcentajes de descuento; que los decretos presidenciales favorecían a la banca, la cual trasladó recursos del Estado a empresas fantasmas, sin rendirse para los efectos de garantías necesarias; que el ex Presidente de la República permitió y autorizó el abuso de fondos públicos al conceder créditos de liquidez para la devolución de obligaciones privadas entre los bancos y sus clientes, recursos que con la dolarización se desvalorizaron; QUE EL CONGELAMIENTO ORDENADO POR EL EX PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA NO FUE OTRA COSA QUE UN MECANISMO UTILIZADO PARA CUBRIR LA ILIQUIDEZ DEL SISTEMA FINANCIERO; que la documentación aportada como prueba nueva demuestra el abuso de los fondos expresados en las diferencias de las tasas de interés contratadas con las que se impuso con los Decretos de congelamiento y, en la pulverización de fondos depositados por efecto de la devaluación así como de la dolarización. FINALIZA MANIFESTANDO QUE LA CUANTIFICACION DEL PERJUICIO ECONÓMICO SUPERA LOS SEIS MIL QUINIENTOS MILLONES DE DÓLARES (fs. 20171 - 20175 / Cuerpo 97);
- b) Testimonio propio del doctor ALFREDO ALVEAR ENRÍQUEZ, rendido el 04 de julio de 2007, en el que señala que la solicitud de la reapertura del sumario se sustentó en la entrega de nuevas pruebas, tales como: a) el informe enviado por el Tribunal Supremo Electoral y Eduardo Mahuad, sobre las aportaciones a la campaña electoral del doctor Mahuad, en especial la efectuada por Fernando Aspiazu; b) la auditoría practicada al Banco del Progreso por PRICE WATER HOUSE COOPERS al 31 de marzo de 1999, misma que denotaba el insuficiente patrimonio técnico y los altos índices de insolvencia, situación que fue salvada por las disposiciones del ex Presidente Mahuad; c) el informe de la Agencia de Garantía de Depósitos que señala que pese a todas las acciones legales que intentó el Estado para recuperar el costo de la crisis financiera, no será posible hacerlo en un valor de ocho millones,

X



tres dólares; d) documentación referente a negociación de CDRs, en la que se aprecia las pérdidas de los depositantes que habiendo entregado a las instituciones financieras dinero en efectivo, se les devolvió certificados que al ser vendidos solo reportaron un cuarenta por ciento de su valor nominal. Al respecto, se observa que el ex Presidente Mahuad infringió el artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, pues, a través de Decreto Ejecutivo se obligó a que los depositantes vendieran a precios muy bajos los certificados dados (fs. 22560 - 22573 / Cuerpo 104);

- Testimonio propio de JORGE EGAS PEÑA, rendido el 16 de julio de 2007, en el que el compareciente señala que existe una diferencia entre feriado bancario y congelamiento de depósitos. El primero, que data de 1999, implicaba el cese transitorio de las actividades bancarias; por ende, no es verdad que él haya tenido conocimiento de dicha situación. El segundo, no implicó intervención de la Junta Bancaria, y por ende fue sin consulta previa a la Superintendencia de Bancos; esta decisión se comunicó en marzo de 1999. La distinción entre estos hechos es necesaria en cuanto al primero tuvo la autorización de la Junta Bancaria, mientras que el segundo no. Las consecuencias iurídicas son claras conforme la declaración : inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional (fs. 22624 - 22625 / Cuerpo 105);
- d) Ampliación del testimonio propio del doctor ALFREDO ALVEAR ENRÍQUEZ, rendido el 10 de septiembre de 2007, en el que manifiesta que en diciembre de 1999 el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los Decretos 681 y 685 dictados por el ex Presidente Mahuad, por haberse evidenciado en los mismos una extralimitación en el ejercicio de las competencias constitucionales y legales por parte del Primer Mandatario, luego de obligar a todos los ecuatorianos a pagar ocho millones de dólares, que fue el perjuicio que causaron dieciocho bancos al país. El delito de peculado puede darse en el caso de que un funcionario público ayude a un tercero para que se lleve el dinero. El Código Penal en sus artículos 42, 43 y 44 establecen las responsabilidades en casos de participación directa o indirecta de las infracciones; norma que guarda relación con el artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador vigente a esa fecha. El artículo 12 del Código Penal determina los delitos de acción por omisión, norma que para el efecto resulta aplicable al doctor Mahuad, quien no hizo nada por impedir que los banqueros se lleven dineros del Estado (fs. 22772 – 22774 / Cuerpo 106);
- e) Testimonio propio de JORGE RODRÍGUEZ TORRES, rendido el 11 de septiembre de 2007, en el que refiere las conclusiones del informe de la Comisión de Control Cívico contra la Corrupción, cuya investigación determina el financiamiento de banqueros a la campaña de Mahuad, y su posterior vinculación como parte del círculo de gobierno (como por ejemplo, los señores ALVARO GUERRERO, ROBERTO BAQUERIZO, PEDRO GÓMEZ, ALFREDO

L

Siete Siete



ARIZAGA Y ANA ARMIJOS). El Presidente Mahuad con sus medidas económicas tiró abajo un treinta por ciento del crecimiento de la economía del país, lo cual implicó una reducción elevada en los índices de estabilidad económica del país; todo ello, con directa vinculación en el proceso de congelamiento bancario, porque con el diferencial bancario por créditos de liquidez generó un perjuicio real de más de quinientos cincuenta millones de dólares. De esta herramienta política se beneficiaron instituciones privadas como el FILANBANCO, BANCO DE PRÉSTAMOS, BANCO DEL PROGRESO Y BANCO POPULAR; en este sentido, la AGD recibe una cartera convertida de sucres a dólares, dejando como resultado una cartera incobrable de mil cuatrocientos millones de dólares, derivada de créditos vinculados a empresas fantasmas o de papel. Otros rubros afectados por el diferencial cambiario, fueron las operaciones por redescuento con la CFN, mismas que alcanzan la cifra de cuatrocientos noventa y siente millones de dólares; el dado por servicio de la deuda, derivado de la Ley 98-17; y el costo directo relativo a los fondos de la AGD, valor que ha sido satisfecho por los ecuatorianos a través de depósitos que en banca abierta han servido para generar una prima que por Ley los Bancos pagan para su seguro de riesgo. Sumadas las cantidades referidas y aquellas declaradas por instituciones públicas, el total del perjuicio supera los veinte mil millones de dólares (fs. 22791 - 22795 / Cuerpo 106); y

f) Testimonio propio de VÍCTOR CORRAL MANTILLA, rendido el 11 de septiembre de 2007, en el que señala que fue miembro de la Comisión de Investigación, misma que concluyó sobre los efectos económicos del salvataje bancario, afirmándose en el contenido del informe presentado ante la Presidencia de la República (fs. 22820 / Cuerpo 106)

A pesar de que todas las pruebas mencionadas en este escrito constan ya en el proceso y, sin perjuicio de los demás elementos que puedan servir de fundamento para demostrar la existencia del delito y la participación del sindicado, solicito se sirva agregarlas y tenerlas a favor de la Fiscalía General y los intereses del Estado". (sic)

ii) En fecha 6 de junio del 2013, el procesado, doctor Jamil Mahuat Witt, por intermedio de sus defensores solicitó<sup>6</sup>:

" 32. Dígnese oficiar a las siguientes personas e instituciones para que remitan a su Judicatura, con la finalidad de que se incorporen a los autos, se tengan como prueba de mi parte y se reproduzcan como tal, los siguientes documentos:

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Fojas 1610 a 1675, cuerpo 17, Juicio No 167-2009, de esta instancia.



- **32.1.** A la Secretaria de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia para que remita copias certificadas de los siguientes documentos:
- (a) Del auto mediante el cual se declaró la nulidad del juicio penal seguido en contra del Econ. Alberto Dahik Garzozi (No. 1058-2009MA), y, la resolución dictada para la sala de apelación respecto del recurso de apelación deducido por el señor Ministro Fiscal General.
- (b) De la resolución dictada, el 29 de agosto de 2006, dentro del Recurso de Casación planteado por Fernando Aspiazu Seminario y la Agencia de Garantía de Depósitos de la sentencia dictada por el Primer Tribunal Penal del Guayas el 8 de noviembre de 2002.
- (c) Acta de Audiencia Preparatoria del Juicio Oral y de Formulación del Dictamen, celebrada el 30 de abril de 2012, Juicio No. 1252-2009,
- (d) Auto dictado por la Dra. Lucy Blacio Pereira el 15 de junio de 2012, declara la nulidad de todo lo actuado dentro del Juicio 1252-2009, originado en la reapertura de la indagación previa 32-2001.
- (e) Auto dictado por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de febrero de 2011, dentro del proceso penal 610-2010.
- (f) copia certificada del escrito presentado por la defensa el 24 de marzo de 2011 solicitándole al Juez Enrique Pacheco se excuse de conocer el caso por las razones que están expresadas en el numeral 12.28, de este escrito.
- **32.2.** Al Asambleísta Andrés Páez Benalcazar para que remita copia certificada de la denuncia presentada ante la Veeduría Internacional para la Reforma de la Función Judicial del Ecuador respecto de la integración de la Corte Nacional de Justicia. Se le requerirá que adjunte todos los documentos de soporte de tal denuncia.
- **30.3.** A la Veeduría Internacional para la Reforma de la Función Judicial del Ecuador, para que remita copia certificada del Informe Final de la Veeduría Internacional de Diciembre de 2012.
- **30.4.** Al Primer Tribunal Penal de la Provincia de Guayas para que remita copia certificada de la sentencia dictada, el 8 de noviembre de 2002, en contra del Dr. Fernando Aspiazu Seminario dentro del proceso penal iniciado por Acusación Particular presentada por la Agencia de Garantía de Depósitos.
- **30.5.** Al Ministro Fiscal General de la Nación para que remita copia certificada de la denuncia presentada por el señor Economista Rafael Correa Delgado en el marco de la campaña electoral de 2006, en la que pidió mi enjuiciamiento penal por, supuestamente, haber cometido delitos de lesa humanidad.
- **30.6.** A la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD NO MAS IMPUNIDAD solicitando que remita copia certificada de todos los informes rendidos por los Administradores Temporales del Banco del Progreso y Bancomex.
- **30.7.** A la Corporación Financiera Nacional para que remita el memorando No. FI-UN-18162 de 8 de noviembre de 1999, suscrito por el Economista Hugo Reyes, Gerente de Finanzas de la Corporación Financiera Nacional con todos sus anexos y el memorando



RI3736 de 19 de marzo de 1998, suscrito por la Gerencia de Riesgos, mediante el cual se recomendó modificar la metodología de calificación de riesgos". (sic)

El señor doctor Jamil Mauhuad Witt, por intermedio de sus defensores, presentó 117 pruebas, que obran del proceso, y que tienen los siguientes núcleos a demostrar:

- Documentos que prueban la nulidad del proceso: Falta de autorización del Congreso Nacional.
- Documentos que prueban la nulidad del proceso: Se inició el enjuiciamiento penal, a pesar de que la Contraloría General del Estado no estableció indicios de responsabilidad penal.
- Pruebas que demuestran el estado de indefensión al que me ha sometido la Administración de Justicia en el Ecuador.
- iv) Pruebas que configuran la interferencia: Las presiones y amenazas a la Ministra Fiscal y al Juez Quiroz.
- v) Pruebas que configuran la persecución política y otras actuaciones.
- vi) Documentos que prueban la falta de tutela judicial efectiva y denegación de justicia.
- vii) Documentos que prueban la intervención de terceros en el proceso y la intimidación para la reapertura del sumario.
- viii) Documentos que prueban las condiciones económicas previas a la expedición del decreto 685.
- ix) Documentos que prueban la información disponible del estado de las instituciones del sistema financiero a Marzo de 1999 y la disponibilidad de especies monetarias.



- x) Documentos que prueban que en mi gobierno las autoridades competentes realizaron las acciones correspondientes para que la justicia sancione a los banqueros que habían cometido acciones ilícitas.
- xi) Documentos que prueban que las medidas para enfrentar la crisis financiera fueron adoptadas en base a una ley de la República; y, que la expedición del decreto ejecutivo 1492 no tuvo el propósito de perjudicar la situación de la Corporación Financiera Nacional.
- xii) Otras pruebas.

# QUINTO.- ARGUMENTOS JURÍDICOS Y DOCTRINARIOS SOBRE EL DELITO DE PECULADO.-

- a) Peculado en la dogmática Penal El Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define como: "Peculado es el delito que consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel a quien está confiada su administración" Para Goldstein: "La sustracción de caudales o efectos públicos por parte del funcionario público al que le fueron confiados, constituye el delito de peculado incluido la malversación de caudales públicos" 8
- i) Bien Jurídico Protegido El bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida

Decionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésimo Segunda Edición. Año 2001.
Discionario de Derecho Penal y Criminología, Ed Juridiea Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 729...



concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario. 9 Maggiore, citado por Edgardo Donna, nos dice que, peculado proviene de peculare: robar el peculio ajeno. La raíz común de "peculio" y de "pecunia" (dinero) es pecus: ganado, sinónimo de riqueza en pueblos como el romano, que fundaban su ordenamiento económico de modo principal en el pastoreo. 10 Ya en 1801 el maestro Alemán Feuerbach 11, había advertido que el sujeto de este crimen es un funcionario del Estado o de una comunidad urbana que tenga por obligación la recaudación, la administración o el pago de los bienes públicos, especialmente en dinero u otros bienes fungibles. Aclarando que el objeto del delito lo constituye el patrimonio (pecuniario público) en su sentido más amplio, mediante una acción (cualquier acción dolosa por la que se manifieste la intención de querer quedarse con esos bienes) o por omisión (por la retención de lo que se debía utilizar para ciertos fines, y el funcionario no lo entrega para ello).12 Hay que tener en consideración que esta figura, no es un delito patrimonial en primer término, aunque su efecto sea de carácter patrimonial, pues el patrimonio esta en consideración de la función administrativa y tampoco es un delito socioeconómico, pues no se considera el funcionamiento socioeconómico del sistema.<sup>13</sup> No es que se tutele la integridad del patrimonio del Estado, sino como se ha venido sosteniendo, sobre todo

Muños Conde Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo Blanch Libros, España. Pág. 998

Op. Cit. Pag. 292

Donna Edgardo, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, Rubinzal-Culzoni, editores, Buenos Aires. Pág. 292 <sup>11</sup> Feuerbach redacto el primer código penal Babaro. Antes de Feuerbach el Derecho Natural se encuentra entre las fuentes del derecho natural, de Feuerbach hasta 1840 aprox. Predomino el derecho positivo, aunque moderado por la ayuda del derecho natural, desde 1840 - 70 vuelve la prevalencia del derecho racional, en el estudio del derecho positivo, gracias al influjo del Hegelianismo.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Buscas Ramirez Juan. Derecho Penal, Parte Especial, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, Pág. 377 y ss.



el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la propia fidelidad de los funcionarios encargados de velar por el mismo.<sup>14</sup>

ii) Tipo Objetivo.- a) Acción Típica: la acción consiste en dar a los caudales o efectos una aplicación diferente de la que corresponde, de manera que el destino no es el establecido, sino otro, que arbitrariamente impone la función, dentro de la esfera pública. 15 Navas Rial y Alvero, citado por el Prof. Edgardo Donna, manifiestan: "el término *malversar*, proviene del latín *male* y *versare,* que viene a significar mala inversión o invertir mal, es decir invertir ilícitamente los causales ajenas que uno tiene a su cargo."16 a.1) Caudales o efectos públicos La expresión "caudales" comprende toda clase de bienes, no se reduce solamente al dinero, sino también a todo fondo o cantidad. El término "efectos" está dirigido a los valores en papel, sellos, estampillas, en fin, a los documentos de crédito emanados del Estado nacional.17 a.2) Carácter de los Caudales y efectos Los caudales o efectos sean aquellas que administre el funcionario público. El problema, tal como lo a hecho notar Creus, es saber cuándo un determinado bien puede ser calificado como público. La doctrina señala que la protección abarca tanto al dinero público propiamente dicho como al privado <u>depositado en la administración pública.</u> Esta postura esta prohijada por la interpretación que sostiene que la responsabilidad del Estado deviene no solo de la pertenencia sino del lugar en que se hallen los bienes.<sup>18</sup>

<sup>&</sup>quot;Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino, Tamo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.



<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Donna Edgardo, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, Rubinzal-Culzoni, editores, Buenos Aires, Pág. 292.

<sup>&</sup>quot;Obra Cip. Pág. 297

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Obra Cip. Pág. 297 <sup>23</sup> Obra Cip. Pág. 297

4810 coethor - 1 ochentos



Carrera citado por Soler nos dice: que el objeto material del peculado (malversación) esta, pues, constituida por caudales o efectos públicos. Es decir, que por caudales o efectos que pertenezcan ala administración publica en sentido lato, posición adoptada también por el Dr. Rafael Bielsa. 19 Sobre el origen de los bienes existen dos posiciones: a) La llamada teoría del riesgo: sostenida por Soler, para esta teoría son bienes públicos todos aquellos que pertenecen al estado, bienes públicos con fines administrativos. b) La teoría de la pertenencia: son bienes públicos todos lo que pertenecen al Estado, sin embargo, dentro de esta posición se discute hasta donde llega la pertenencia al Estado.<sup>20</sup> a.3) Destino de los caudales y efectos La esencia de la malversación consiste en que los bienes tengan un destino asignado por la ley, reglamento etc. este destino puede ser genérico o específico. Las acciones consisten en cambiar el destino de los bienes, asignándole otra función, así sea dentro de la propia administración pública. El delito se consuma con la acción del funcionario público de darle a los caudales o efectos un destino distinto al que tenía asignado. Y en esto radica la esencia del delito.21

b) Sujeto activo. Autoría Se trata de un delito especial propio, ya que sólo puede ser autor quien es funcionario público, o los empleados que trabajan en una empresa, a la cual se le delega una función pública, y quien, por tanto, tiene a su cargo la administración de caudales o efectos. Por tanto funcionario público es: "Toda actividad

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup>Donna Edgardo, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, Rubinzal-Culzoni, editores, Buenos Aires. Pág. 292.



<sup>19</sup> Obra Cip. Pág. 362

<sup>20</sup> Balestra Fontán Carlos, Tratado de Derecho Penal. Parte Especial Tomo III. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995



temporal o permanente, realizada por una persona en nombre del Estado o sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos."<sup>22</sup> Sin embargo la ley no solamente requiere que se trate de un funcionario público sino que exista una relación especial entre el funcionario y los caudales o efectos, para que se den los extremos del tipo penal de malversación el funcionario debe ser administrado de aquellos. Esto significa que el funcionario debe tener el manejo y disposición de los bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos.<sup>23</sup>

sentido de que el sujeto debe saber el destino que tenían los bienes y el cambio que hace de ese destino. No requiere fin de lucro. El error elimina el tipo aunque sea vencible. Consideramos necesario citar a la doctrina nacional en la persona del Dr. Efraín Torres Chaves, en su insigne obra "Breves comentarios al Código Penal", nos dice: "en el referido artículo se habla del abuso de dineros privados, pero por esto no puede entenderse que toda relación entre particulares debe subsumirse en este tipo, si es que ha habido abuso de dinero aquellos; lo que se quiere amparar, severamente, es la finalidad publica de los fondos de las entidades que se financian, en todo o en parte, con el dinero del Estado"<sup>24</sup> Los dineros privados deben tener contacto con la economía del país, en alguna forma así una buena parte del capital del Instituto Ecuatorianos de Seguridad Social está compuesta por dineros

<sup>27</sup>Obra Cip. Pág. 302

Obra Cip. Pág. 303
 Torres Chávez Efrain. Breves comentarios al Código Penal, Tomo II, Corporación de Egudios y Publicaciones, Quito, Pág. 289

H

4811 (vutes estachentos



privados y quien abuse de ellos, estará adecuando su actuar, al supuesto de hecho de la norma prohibida.<sup>25</sup>

Sobre la temática encontramos abundante Jurisprudencia Nacional que es coherente con los fundamentos doctrinarios esgrimidos.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Jurisprudencia Nacional sobre Peculado Bancario

a) La Primera Sala de los Penal, de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el expediente de Revisión Nro. 292, del 21 de octubre de 2011, que por Delito de Peculado Bancario, se sigue contra miembros del directorio del Banco Popular, se pronuncia en el siguiente sentido: "el verbo rector del peculado es abusar de dineros públicos o privados, y en general de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o en razón de su cargo, bien sea por desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante incluyéndose los fondos de los bancos estatales y privados como es el caso."

"El Peculado es una figura dolosa, que exige el abuso de recurso públicos o privados, v. gr. los captados del público, para disponer arbitrariamente de ellos, sea en beneficio propio o de un tercero, esto es, con el correlativo perjuicio a la entidad de derecho público. En definitiva, la conducta de los procesados no es antijurídica por que al momento de los hechos y actos que datan de 17 de junio de 1998 no lesionaban ningún bien jurídico tutelado por el derecho penal, ni típica por no corresponden a los elementos del peculado."

"En el presente caso, el delito de peculado bancario Aplicable a los directores de bancos e instituciones Financieras, se introdujo mediante reforma legal publicada en el Registro Oficial No. 190 de 13 de mayo de 1999, por lo que, a la fecha en que se realizó la Reunión de Directorio de Banco Pupular, que data del año 1998<sup>26</sup>, en la que se aprobó la transacción entre Ceval y West Merchant Bank. No estaba tipificado el peculado bancario. "<sup>26</sup>

b) Expediente de Casación Nro. 312, Peculado Bancario, 5 de julio del 2004, caso José Alejandro Peñafiel, en la presente jurisprudencia el Tribunal de alzada, realiza un interesante análisis sobre el desarrollo del peculado privado, su evolución histórica, para concluir: "dicha figura El denominado "peculado bancario" llamado así para distinguir el que se comete en las instituciones del sistema financiero, del que se perpetra en las entidades del sector público, aparece ya en la reforma al entonces artículo 236 del Código Penal de 1938 (hoy artículo 257), efectuada mediante Ley de 8 de octubre de 1941, publicada en el Registro Oficial número 348 de 23 de octubre de 1941, cuyo artículo primero dispone: "El artículo 236 del Código Penal dirá: Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiesen abusado de dineros públicos o privados, de efectos que lo representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder, en virtud o en razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.- También están comprendidos en esta disposición los que, como empleados, manejaren fondos de los Bancos Central, Hipotecario y Comerciales y de las Cajas de Previsión".<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Obra. Cip. Pág. 289



c) Expediente de Casación Nro. 143, Peculado Bançario, 28 de enero del 2011, en la presente jurisprudencia el Ministro Fiscal General realiza en forma profija, la descripción de los elementos tanto descriptivos como normativos, que deben concurrir en la conducta de los sujetos que intervienen en el ilícito. "Son elementos comunes a todos los tipos de peculado que integran el sistema punitivo sobre este delito los siguientes: los elementos de la estructura objetiva de la adecuación típica.- El núcleo rector de la estructura objetiva de la adecuación típica, se encuentra constituida por el verbo abusar, que significa usar mal o indebidamente una cosa y por lo cual, conlleva una referencia a lo injusto, porque usa injustamente una cosa, el que abusa de ella. En este sentido jurídico significa: usar ilícitamente la cosa, ya que si el uso es licito, no existe abuso, ni utilización injusta de la cosa. Además, conjunta-mente con el núcleo rector del tipo penal de peculado se menciona por vía de ejemplo, las formas más conocidas de abuso, como son: el desfalco, y la disposición arbitraria; Sujeto Activo.- Un servidor de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, entre los cuales se encuentran los funcionarios, ejecutivos. Directivos, miembros del directorio, o vocales de las juntas directivas; y en el peculado bançario, es sujeto activo el servidor que maneje fondos de los bancos estatales o privados, entendiéndose por manejar fondos la competencia o atribución para utilizarlos o disponer su utilización legitima y por lo cual, pueden ser sujeto activo, los miembros del Directorio, los administradores, los directores, pagadores, cajeros, ejecutivos, vocales de las juntas directivas, siempre que entre sus atribuciones, se encuentre la de utilizar legitimamente los fondos deposita-dos en el banco o para disponer de ellos; Sujeto Pasivo.- lo constituye el organismo o entidad del sector público perjudicado con el abuso de los fondos, bienes o recursos públicos, y en el caso del Peculado Bancario es sujeto pasivo cada uno de los depositantes perjudicado con los fondos desfalcados, o distraidos arbitrariamente por el sujeto activo.- Objeto Material.- Se encuentra constituido por los fondos, bienes o recursos públicos o privados que son objeto del abuso del sujeto activo, cuando los usa para obtener beneficio personal o para un tercero, y en el caso del Peculado Bançario, el objeto material se encuentra constituido por los fondos sobre los cuales abusa el sujeto activo desfalcándolos, disponténdolos arbitrariamente o en cualquier otra forma ilicita: el resultado,- Constituye el beneficio personal o de un tercero que se produce como consecuencia de que el sujeto activo abusa de los fondos o bienes públicos o privados y que se traduce en el faltante o perjuicio patrimonial que sufre el sujeto pasivo, y en el caso de peculado bancario, es el perjuicio patrimonial que sufren el depositante o los depositantes de los fondos en el banco; <u>la relación causal</u>.- Cuando el resultado faltante o perjuicio patrimonial que sufre el sujeto pasivo, se produce como consecuencia del abuso de los fondos o bienes públicos o privados que realiza el sujeto activo, y en el peculado bancario existe relación causal cuando el perjuicio patrimonial que sufre el depositante o los depositantes es causado por el abuso de los fondos depositados que realiza el sujeto activo. La antijuricidad.-la norma penal que contiene la tutela juridica penal del bien jurídico, que consiste en la obligación jurídica de respetar los bienes públicos o privados que pertenecen o se encuentra a cargo de los organismos o entidades del sector público, es el elemento normativo e impositivo del tipo penal, y en el peculado bancario la norma penal impositiva que tutela el bien jurídico instituye la obligación jurídica de respetar o no abusar de los fondos depositados en el banco.-<u>Culpabilidad</u>.- la conducta típica y antijurídica también es culpable cuando el sujeto activo la realiza como resultado de su autodeterminación, lo cual significa que. Se propuso libre y voluntariamente abusar en su beneficio o de un tercero de los fondos o bienes que pertenecen o se encuentran a cargo del organismo o entidad del sector público y para conseguir tal propósito valiéndose de su vinculación con esta entidad, dirige su actividad para conseguirlo, es decir, que provoca el resultado consciente y voluntariamente y por lo cual, el contenido subjetivo de la conducta es doloso; y en el peculado bancario, el contenido subjetivo de la conducta típica y antijurídica es culpable en todo caso que, el sujeto activo tiene la conciencia y la voluntad de abusar de los fondos de los depositantes, para ocasionar el resultado u obtener un beneficio personal o para un tercero desfatcando. O

4812 couts and odos utos



### SEXTO.- ANALISIS DEL RECAUDO PROBATORIO QUE SUSTENTA LA EXISTENCIA MATERIAL DE LA INFRACCIÓN.-

La base de un juicio penal, de conformidad con lo determinado en el artículo 157 del Código de Procedimiento Penal aplicable al caso<sup>27</sup>, es en primer lugar la comprobación, conforme a derecho de la existencia de alguna acción u omisión punible. Para esta tarea hemos anunciado ya que a más de las pruebas que han sido practicadas en la etapa del plenario de conformidad con el artículo 408 del Código de Procedimiento Penal de 1983, en el sistema mixto se consideran como prueba los elementos introducidos en la etapa del sumario; siendo así encontramos en el proceso las siguientes pruebas que nos sirven para comprobar la materialidad de la infracción:

- 1.- Decreto ejecutivo No 685 de fecha 11 de marzo de 1999, publicado en el Registro Oficial No 149 del 16 de marzo de 1999, mediante el cual se vulnera el derecho a la libertad de contratación (congelamiento de fondos) reconocido y garantizado en el artículo 23 numeral 18 de la Constitución Política de la República de ese entonces.
- 2.- Resolución del ex Tribunal Constitucional, publicada el 24 de diciembre de 1999, a través del cual se declara la inconstitucionalidad y

disponiendo arbitrariamente de los fondos del depositante o de los depositantes, utilizando su condición de funcionario del banco."

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Art. 157.- La base del juicio penal es la comprobación, conforme a derecho, de la existencia de alguna acción u omisión punible. Por consiguiente, para dictar sentencia condenatoria, en el proceso debe constar tanto esta comprobación como la de responsabilidad penal del acusado.



se suspende totalmente los efectos del Decreto Ejecutivo No. 685, de 11 de marzo de 1999 (fs. 26659 – 26665)

- 3.- El doctor Jaime Velasco Dávila, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en la reapertura del sumario, ordenó que se realizara un examen pericial (fojas 22.549 a 22.568), suscrito por los peritos doctora Wilma García y doctor Oswaldo Herrera, a los informes de auditoría enviados por la Corporación Financiera Nacional, Banco Central del Ecuador, la Agencia de Garantía de Depósitos de AGD, los señores peritos concluyeron que el costo de la crisis financiera bancaria estimada a diciembre 21 del 2005, sería de seis mil quinientos quince millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 6.515.000.000)
- 4.- La Corporación Financiera Nacional ha informado que las pérdidas ocasionadas a esa institución por la negociación de los depósitos reprogramados tanto por el ingreso de CDRS y por cartera incobrable era de un mil ciento setenta y ocho millones con sesenta y un centavos de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, (USD1.178.000.000 78/100) documentos constantes en el informe "LA CRISIS FINANCIERA DE LA CFN, COMO CONSECUENCIA DE LA IMPOSICIÓN DEL DECRETO NO. 1492 Y LA RECEPCIÓN DE LA CARTERA AGD." (fs. 28681 28703) Como consecuencia, el patrimonio de la CFN se vio afectado de doscientos sesenta y cinco millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica en 1999, (USD 275.000.000) a ochenta y un millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD



4813 antes en, 1 ochesentes



81.000.000) en 2001. Que en términos costo beneficio, el total de pérdida de la CFN ascendiendo a mil ciento sesenta y un millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 1.171.000.000)

- 5.- El oficio suscrito por Guillermo Lasso, Presidente Ejecutivo del Banco de Guayaquil, de fecha 17 de abril de 2007, dirigido a la Comisión de Investigación de la Crisis Financiera (fs. 28265 28282). En dicho documento se establece que en base al Decreto Ejecutivo 1492, publicado en registro oficial No. 320, del 17 de noviembre de 1999, se constriñó a los principales funcionarios de la Superintendencia de Bancos a presionar y sancionar a los bancos privados para recibir títulos de la banca cerrada, como forma de pago de las obligaciones de varios deudores; con esto, señaló el deponente, se permitió a los clientes deudores de la banca privada cancelar créditos a corto plazo, restando la capacidad de generar recursos para el pago de obligaciones con clientes depositantes. Los verdaderos beneficiados con el decreto fueron los deudores que pudieron adquirir en el mercado CDRS para poder entregarlos a la Corporación Financiera Nacional como forma de pago.
- **6.-** El testimonio propio del doctor Víctor Manuel Granda Aguilar, rendido el 26 de junio del 2007, (fs. 20171 20175) quien manifestó haber presentado una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo No. 685, del 11 de marzo de 1999, la cual fue aceptada por el ex Tribunal Constitucional (resolución que obra a fs. 26659 26665), órgano que se reconoció que el ex Presidente



Constitucional de la República, Jamil Mahuad Witt, violó garantías constitucionales al adoptar medidas en beneficio de entidades financieras; que en esas fechas, el gobierno obligó a la CFN a recibir-CDRS al cien por ciento de su valor, cuando en el mercado se negociaban con altos porcentajes de descuento; que los decretos presidenciales favorecían a la banca, la cual trasladó recursos del Estado a empresas fantasmas, sin rendirse las garantías necesarias; que el ex-Presidente de la República permitió y autorizó el abuso de fondos públicos al conceder créditos de liquidez para la devolución de obligaciones privadas entre los bancos y sus clientes, recursos que con la dolarización se desvalorizaron; que el congelamiento ordenado por el ex presidente de la república no fue otra cosa que un mecanismo utilizado para cubrir la iliquidez del sistema financiero; que la documentación aportada como prueba nueva demuestra el abuso de los fondos expresados en las diferencias de las tasas de interés contratadas. con las que se impuso con los Decretos de congelamiento y, en la pulverización de fondos depositados por efecto de la devaluación así como de la dolarización.

7. El testimonio propio del doctor Alfredo Alvear Enríquez, rendido el 4 de julio de 2007, (fs. 22560 – 22573); en el que señala que la solicitud de la reapertura del sumario dirigida al doctor Jaime Velasco Dávila, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, se sustentó en la entrega de nuevas pruebas, tales como: La auditoría practicada al Banco del Progreso por PRICE WATER HOUSE COOPERS al 31 de marzo de 1999, misma que denotaba el insuficiente patrimonio técnico y los altos

4814 water or loclosantes



índices de insolvencia, situación que fue salvada por las disposiciones del ex Presidente Jamil Mahuad; el informe de la Agencia de Garantía de Depósitos que señala que pese a todas las acciones legales que intentó el Estado para recuperar el costo de la crisis financiera, no será posible hacerlo; documentación referente a negociación de CDRS, en la que se aprecia las pérdidas de los depositantes que habiendo entregado a las instituciones financieras dinero en efectivo, se les devolvió certificados que al ser vendidos solo reportaron un cuarenta por ciento de su valor nominal. Al respecto, se observa que el ex Presidente Mahuad infringió el artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, pues, a través de Decreto Ejecutivo se obligó a que los depositantes vendieran a precios muy bajos los certificados.

8.- El testimonio propio del economista Jorge Rodríguez Torres, rendido el 11 de septiembre de 2007, (fs. 22791 - 22795) en el que refiere las conclusiones del informe de la Comisión de Control Cívico contra la Corrupción, cuya investigación determina que el Presidente Jamil Mahuad Witt, con sus medidas económicas tiró abajo un treinta por ciento del crecimiento de la economía del país, lo cual implicó una reducción elevada en los índices de estabilidad económica del país; todo ello, con directa vinculación en el proceso de congelamiento bancario, porque con el diferencial bancario por créditos de liquidez generó un perjuicio real de más de quinientos cincuenta millones de dólares. De esta herramienta política se beneficiaron instituciones privadas como el FILANBANCO, BANCO DE PRÉSTAMOS, BANCO DEL PROGRESO Y BANCO POPULAR; en este sentido, la AGD recibe una cartera convertida de

X



sucres a dólares, dejando como resultado una cartera incobrable de mil cuatrocientos millones de dólares, derivada de créditos vinculados a empresas fantasmas o de papel. Otros rubros afectados por el diferencial cambiario, fueron las operaciones por redescuento con la CFN, mismas que alcanzan la cifra de cuatrocientos noventa y siente millones de dólares (USD 497.000.000); el dado por servicio de la deuda, derivado de la Ley 98-17; y el costo directo relativo a los fondos de la AGD, valor que ha sido satisfecho por los ecuatorianos a través de depósitos que en banca abierta han servido para generar una prima que por Ley los Bancos pagan para su seguro de riesgo. Sumadas las cantidades referidas y aquellas declaradas por instituciones públicas.

- **9.-** Testimonio propio de Víctor Corral Mantilla, rendido el 11 de septiembre de 2007 (fs. 22820), en el que señala que fue miembro de la Comisión de Investigación, misma que concluyó sobre los efectos económicos del salvataje bancario, afirmándose en el contenido del informe presentado ante la Presidencia de la República.
- 10.- La Agencía de Garantías de Depósito, AGD, informó que la estimación del costo del salvataje bancario es de ocho mil setenta y dos millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 8.072.000.000) (fojas 22.720).
- 11.- El informe del Auditor de la Superintendencia de Bancos, ingeniero Fernando Arévalo Moscoso sobre el proceso de saneamiento del Banco de Crédito, quien en el anexo 1, capítulo de Antecedentes



4815 conto and a horastes



(fojas 33097), al referirse al Decreto Ejecutivo No. 685 de 11 de marzo de 1999, dictado por el doctor Jamil Mahuad Witt, mediante el cual se declaró el estado de movilización de las instituciones financieras nacionales, concluye con la siguiente afirmación: "ESTE DECRETO COMPLICO AUN MAS LA SITUACION DE LA INSTITUCION AL TENER QUE CONGELAR , POR UN PERIODO ADICIONAL, LOS DEPOSITOS DE LOS CLIENTES DEL BANCO QUE ESPERABAN OBTENER EN UN PERIODO MUGHO MAS CORTO LA DEVOLUCION DE SUS DINEROS ...".-

- 12.- La Agencia de Garantías de Depósitos, AGD, (fs. 22.720) informó a los señores peritos: **ESTIMACION** COSTO DEL SALVATAJE BANCARIO, FUENTE DE FINANCIAMIENTO, EN MILLONES DE DOLARES, ENTIDADES DEL ESTADO: Ministerio de Economía y Finanzas, 2559 millones; Corporación Financiera Nacional, millones; Banco Central del Ecuador, 890 millones; Agencia de Garantía de Depósitos, 363 millones, dando un subtotal en millones de dólares de 4872. En el mismo informe, consta el rubro de: OTROS ACREEDORES Y PERDIDAS; Costo Social, acreencias que no se pagan por falta de actives, de la IFIS y garantía de la AGD (Saldos a febrero del 2007), 3200 millones. ESTIMACION DE RECURSOS DESTINADOS AL SALVATAJE BANCARIO, 8072 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.
- 13.- El doctor Víctor Granda Aguilar y el economista Jorge Rodríguez Torres, en la solicitud de reapertura del sumario, presentada

H



al ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, presentaron documentos contenidos en 4511 fojas certificadas, con lo que se determina las operaciones de fondos públicos y privadas autorizados mediante los Decretos Ejecutivos mencionados por el ex Presidente Constitucional de la Republica, doctor Jamil Mahuad Witt, y ejecutados por las instituciones del sistema financiero, mediante la utilización de los recursos que fueron congelados y las nuevas tasas de interés por el gobierno, lasí en el caso del Banco Bolivariano impuestas – Bolivariano se congelaron 5.439.436.000 sucres (cinco mil millones cuatrocientos treinta y nueve mil cuatrocientos treinta y seis sucres), en cuentas corrientes, 1.226.992 (un millón doscientos veintiséis milnovecientos noventa y dos dólares) cuentas corrientes en dólares, 132.335.410 (cientos treinta y dos millones trescientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos diez sucres) en depósitos a plazos en sucres y y dos millones 42.908.540 (cuarenta novecientos ocho. mil quinientos cuarenta dólares) en depósitos a plazo en dólares; que las tasas de interés pactadas en dólares en libretas de lahorro fueron de un promedio del 6% y que por el efecto de congelamiento y la imposición del gobierno, se redujo a 2,93%; que en los depósitos a plazo las tasas de promedio pactadas en el trimestre de 1999 fueron de 53,17% en sucres y 10,83% en dólares, mientras que las tasas impuestas luego por el gobierno fueron del 35,62% y 33,36% en sucres y de 7,31 % y 6,49% en dólares.- Señala el auto de llamamiento a juicio que consta del proceso que el administrador temporal del Banco Popular informa que el manto de los fondos congelados en sucres el Ecuador fue de 1.564.468.675.915,29 en

\_\_\_\_\_\_

L

4816 water wil ochounter



sucres (un billón quinientos sesenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y ocho millones seiscientos setenta cinco mil novecientos quince con 29 sucres) y en dólares 65.393.590,53 (sesenta y cinco millones trescientos noventa y tres mil quinientos noventa 53/100 dólares y en el exterior fue de 448.707.493,48 dólares (cuatrocientos cuarenta y ocho millones setecientos siete mil cuatrocientos noventa y tres 48/100 dólares); que hasta el 1 de marzo del 2001 no se había devuelto 6.988.640,95 dólares (seis millones novecientos ochenta y ocho mil seiscientos cuarenta 95/100 dólares) en el Banco Popular del Ecuador, y 182.442178,84 dólares (ciento ochenta y dos millones cuatrocientos cuarenta y dos mil ciento setenta y ocho 84/100 dólares) en el Banco Popular internacional y que el manto total de intereses pactados antes del congelamiento fueron de 504.100.901.380,79 (quinientos cuatro mil cien millones novecientos siete mil trescientos ochenta 79/100 sucres) y 25.391.481,73 dólares, (veinte y cinco millones trescientos noventa y un mil ochenta y uno 73/100 dólares), y los que depósitos reprogramados pagaron en fueron 176.050.673.872,25 sucres (ciento setenta y seis mil cincuenta millones seiscientos setenta y tres mil ochocientos setenta y dos 25/100 sucres) y 12.964.026,72 (doce millones novecientos sesenta y cuatro mil veintiséis con 72/100 dólares). Igualmente a fs. 27.413 a 27.415, consta que el Vicepresidente Nacional Produbanco informa que al 1 de noviembre del 2000, los fondos congelados fueron 521.563.595,488 sucres y 190.790,41 dólares (siete millones ciento noventa mil setecientos noventa 41/100



dólares) y que los fondos no devueltos que permanecen reprogramados hasta esa fecha son de 4.494.572.160,70 sucres (cuatro mil cuatrocientos noventa y cuatro millones quinientos setenta y dos mil ciento sesenta con 70/100 sucres) y 7.142,888.22 dólares (siete millones ciento cuarenta y dos mil ochocientos ochenta y ocho 22/100 dólares). En el caso de Filanbanco se informa que se congelaron 980.4 millones de sucres y 47.1 millones de dólares, que los fondos no devueltos que permanecen como reprogramados hasta el 30 de noviembre del 2000 alcanzan la suma de 28,1 millones de dólares y que la diferencia entre los intereses pactados y los que realmente se pagaron alcanzan a 25.023.357,07 dólares (veinticinco millones veintitrés mil trescientos cincuenta y siete con 07/100 dólares) que sería el perjuicio neto que se ocasiono a sus depositantes en lo relativo a diferencia de las tasas de interés y a fs. 28342 a 28343, consta más indicaciones de los perjuicios económicos, los mismos que tienen su origen en los dos decretos Ejecutivos emitidos por el ex Presidente Constitucional de la Republica, doctor Jamil Mahuad Witt.

El ilícito materia del presente enjuiciamiento se encuentra tipificado y sancionado en el artículo 257, inciso primero del Código Penal, norma que dispone: "Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas,

4817 water relighents



títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional". Tipo que se encuentra a su vez dentro de los denominados delitos contra administración pública, en el título III del Código Penal, por lo que, efectivamente el bien jurídico protegido, como habíamos ya planteado, es el eficaz desarrollo de la administración pública, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario, éste puede conculcarse violando los deberes de los funcionarios públicos, usurpando atribuciones y mediante el abuso de autoridad, tal como ha quedado plasmado con la prueba antes enumerada, pues, de los bastos informes remitidos por las diferentes instituciones del área económica y financiera del sector público, se ha constatado la malversación de fondos públicos, dándoles un fin distinto al que estaban destinados, afectando irremediablemente al patrimonio estatal, usando para ello decisiones inconstitucionales, abusivas y parcializadas del ese entonces Presidente Constitucional de la República, doctor Jamil Mahuad Witt, configurándose de esta forma la materialidad del injusto típico de peculado.

SÉPTIMO.- ANALISIS DEL RECAUDO PROCESAL QUE SUSTENTA LA REPSONSABILIDAD DEL ACUSADO POR EL DELITO ATRIBUIDO.-



Decíamos que la base de un juicio penal, de conformidad con lo determinado en el artículo 157 del Código de Procedimiento Penal aplicable al caso, es en primer lugar la comprobación, conforme a derecho de la existencia de alguna acción u omisión punible, situación que ya hemos analizado y justificado en el considerando anterior, corresponde ahora tratar el segundo supuesto esto es la comprobación de la responsabilidad del acusado.

- 1.- En el artículo 257 del Código Penal reza: "Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficia propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de sus cargos, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante....". Con el objeto de establecer si la conducta del sindicado se subsume al supuesto de hecho de la norma penal atribuido, esto es lo que dispone la norma citada up supra, es necesario hacer las siguientes consideraciones de índole sistémica entre los hechos constantes en el proceso y las categorías dogmáticas ya estudiadas en el considerando quinto de este fallo.
- i) Con relación al bien jurídico protegido.- El derecho penal protege bienes jurídicos en la medida en que sus normas prohíben la



4818 water wil selound.



realización de acciones tendientes a la lesión o puesta en peligro de aquellos, o manda a hacer acciones conducentes a su conservación o a su creación cuando no tienen existencia actual. "Bien jurídico es todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el derecho" y "la suma de los bienes jurídicos constituyen el orden social creado y protegido por el derecho". Sin embargo, como indicara Welzel, esta suma de bienes jurídicos no constituyen una maza atomizada, sino precisamente el orden social<sup>28</sup>. El bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario. Manifestábamos con anterioridad que Maggiore, citado por Edgardo Donna, nos dice que, peculado proviene de peculare: robar el peculio ajeno. La raíz común de "peculio" y de "pecunia" (dinero) es pecus: ganado, sinónimo de riqueza en pueblos antiguos, que fundaban su ordenamiento económico de modo principal en el pastoreo. Feuerbach advertido que el sujeto de este crimen es un funcionario del Estado o de una comunidad urbana que tenga por obligación la recaudación, la administración o el pago de los bienes públicos, especialmente en dinero u otros bienes fungibles. Aclarando que el objeto del delito lo constituye el patrimonio (pecuniario público) en su sentido más amplio, mediante una acción o por omisión.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> **Gracia Martin Luis**, Fundamentos de Dogmática Penal, uno introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, Idemsa Lima Perú, Pág. 287.





Con estos antecedentes esta Jueza Nacional considera que la conducta realizada por el procesado doctor Jamil Mahuad Witt, ex-Presidente Constitucional de la Republica, lesiona el bien jurídico protegido en el delito de peculado que es, el eficaz desarrollo de la administración pública. Se debe considerar las distintas formas de comisión del delito de peculado, pues para la apropiación de los caudales públicos no siempre dicha apropiación es directa, sino que se utilizan mecanismos que permiten que los fondos públicos entreguen a terceros para que estos sean utilizados de una manera. fraudulenta en su propio beneficio o en beneficio de otros. En el presente caso si bien se dice que el doctor Jamil Mahuad Witt, no podía disponer personalmente de fondos pertenecientes al Estado ecuatoriano, pero si pudo ordenar que dichos fondos se entreguen la terceros, mediante varios decretos ejecutivos que han sido ya declarados como ilegítimos por el ex Tribunal Constitucional, emitidos tras dictar estados de emergencia que tuvieron fines distintos a los propios de esa figura de excepcional, como el congelamiento de depósitos; sobreponiendo de esta forma el interés particular, sobre el interés general. Estas prerrogativas que debían responder al verdadero interés nacional están contempladas en la Constitución Política de la República de 1998, que entre las funciones asignadas al Presidente de la República. tenía la de "establecer las políticas generales del Estado...y velar por su cumplimiento" previsto en el numeral 3 del artículo 171 y "conservación de los equilibrios macroeconómicos", constante en el numeral 2 del artículo 243, a esto debe sumarse la posibilidad de decretar el estado de emergencia y disponer la movilización de las

.\_\_\_.



4819 couts and ocher for



personas o bienes conforme el artículo 181 numeral 8; siendo así mal podríamos decir que el doctor Mahuad no podía administrar los bienes del tesoro público mediante acciones propias de sus funciones como así ocurrió so pretexto de los decretos ejecutivos que declararon el estado de emergencia y con él, el congelamiento de depósitos. Recordemos entonces que la ilegitimidad de su proceder previamente se determinó con la resolución del ex Tribunal Constitucional, publicada el 24 de diciembre de 1999, (fs. 26659 - 26665) a través del cual se declara la inconstitucionalidad y se suspende totalmente los efectos del Decreto Ejecutivo No. 685, de 11 de marzo de 1999 y de algunos decretos ejecutivos y Acuerdos Ministeriales que ejecutaron al mencionado decreto, mediante estas resoluciones el Tribunal Constitucional, determinó que el doctor Jamil Mahuad Witt, se extralimitó en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales inherentes a su cargo, pues al decretar el estado de emergencia debía limitarse a él régimen de movilización de bienes y personas y las requisiciones a que hubiere lugar en el sentido de satisfacer las necesidades de la Defensa Nacional o sobrellevar la emergencia, lo que no ocurrió con el denominado "congelamiento" de las acreencias de los clientes de las instituciones financieras, sino hubo una afectación a sus derechos constitucionales como el de propiedad, libre disposición de dineros propios, o libre contratación, lesionando así el bien jurídico protegido en el delito de peculado que es materia de esta causa.

ii).- La Acción. La acción es un concepto previo al tipo delictivo, que sirve a la construcción de éste, no por ello es un concepto pre



jurídico o externo al derecho penal, la acción, es el pilar fundamental en la construcción del delito en cuanto a concepto jurídico<sup>29</sup>. Todo delito es primeramente acción; una conducta socialmente relevante, dominada por la voluntad dirigente ("final") del autor, encaminada a un determinado resultado. Solo el hombre indivídual es un sujeto capaz de cometer una acción. Es por ello que la acción se compone siempre de la voluntad y su actuación, mientras el resultado causado por ella, constituye el paso al tipo de lo ilícito<sup>30</sup>. Es importante citar al profesor Hans Welzel, que nos da una definición de acción: "la acción humana es el ejercicio de la actividad final. La acción es, por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede proveer dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su actividad, ponerse por tanto, fines diversos y dirigir sus activad, conforme a su plan , a la consecución de estos fines."<sup>31</sup>

De todos los actos realizados por el doctor Jamil Mahuad Witt, comenzando por el de declaratoria de emergencia nacional, mediante decreto 685 de 11 de marzo 1999, que sirvió de base para que se dicte el decreto ejecutivo de "congelamiento bancario", se puede establecer la finalidad que este perseguía, esta es la de favorecer a la banca privada, de la cual eran parte varios funcionarios de su régimen, e incluso uno de ellos se ha evidenciado que fue financista de su campaña

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Maurach, Zipf, Derecho Penal, Parte General, Editorial Astrea Buenos Aires, 1994, Pág. 236.

<sup>30</sup> Ob cit. Pag. 230.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica Chile, 2002, Pág. 40.

4820 water and ochertos veintes



electoral, para beneficiarlos se dictaron los decretos ya enunciados y en ese contexto de "emergencia nacional" se utilizaron fondos públicos que por su naturaleza tienen otro destino. Al respecto la Superintendencia de Bancos, entregó un listado en el que constan los miembros de los directorios de las instituciones del sistema financiero nacional, correspondiente a los años 1999, 2000, y 2001, (fojas 20.188 a 22.463) con ella se constata que altos funcionarios del gobierno cercanos al ex Presidente de la Republica, doctor Jamil Mahuad Witt, integraban el directorio de varios bancos y entidades del sistema financiero nacional, estas personas son: Álvaro Guerrero Ferber, Presidente del Consejo Nacional de Modernización del Estado, quien fue Presidente Ejecutivo y Gerente General del Banco La Previsora, al 31 de marzo y 30 de junio de 1999 (fojas 21.293 y 21.301). Medardo Cevallos Balda, Embajador del Ecuador en México, quien fue Presidente del Directorio del Banco Agrícola y de Comercio Exterior al 31 de marzo de 1999 (fojas 21.203) ; Carlos Larreategui Nardi, Secretario General de la Administración, quien fue Director Alterno de PROINCO al 31 de marzo de 1999 (fojas 21.198); Juan Pablo Aguilar Vallejo Abogado de la Presidencia de la Republica que participo en la redacción del decreto 685 de 11 de marzo de 1999, y fue Ejecutivo de Produbanco al de diciembre de 1999 (fojas 20.824), revelando con ello la conexión existente entre el sindicado y los altos personeros de la banca del país, a la que Jamil Mahuad protegió indiscriminadamente con la expedición del Decreto Ejecutivo No. 685 de 11 de marzo de 1999, de congelamiento de depósitos, según se señala en el auto de llamamiento a juicio. Además Fernando Aspiazu Seminario, Presidente



Ejecutivo y Gerente General del Banco del Progreso al 30 de marzo de 1999, habría financiado la campaña electoral del doctor Mahuad. (fojas 21.337). -Llistado de casos aprobados por el pleno de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, referentes a la quiebra del sistema financiero. De los hechos relevantes investigados, se coligió respecto al caso Mahuad que, el financiamiento de la campaña del ex Presidente fue realizada por Fernando Aspiazu, propietario de uno de los Bancos más grandes del país y de una empresa que mantenía litigio de cuentas con el Estado. También refiere a los delitos que se derivan del feriado bancario y que son objeto de la reapertura del sumario (fs. 26913 – 26932)-

.....

Al saber causal, se lo conoce por la "experiencia", no se puede concebir que Jamil Mahuad Witt, de profesión abogado y con una vasta experiencia en manejo de la cosa pública, ya que fue Diputado de la Republica, Ministro de Trabajo, alcalde de Quito por dos ocasiones, no haya podido preveer las consecuencias de su actuar, y sus efectos que se mantienen hasta el día de hoy.

tii). Tipicidad. Tipicidad objetiva: Es el núcleo real-material de todo delito. Delito no es únicamente la voluntad mala, sino voluntad mala que se realiza en un hecho. El fundamento real de todo delito es la objetivización de la voluntad en un hecho externo. El hecho externo es, por ello, la base de la estructuración dogmática del delito. La objetivización de la voluntad encuentra su expresión típica en las "circunstancias del hecho objetivas", que pertenecen al tipo objetivo. Este llamado tipo objetivo no es de ningún modo algo "externo" puramente objetivo, que estuviera absolutamente libre de momentos



subjetivo-anímicos<sup>32</sup>. a) Acción Típica.- La acción consiste en dar a los dineros públicos o efectos un destino diferente de la que corresponde, de manera que el fin no es el establecido, sino otro, que arbitrariamente se impone a la función propia dentro de la esfera pública. Navas Rial y Alvero, citado por el profesor Edgardo Donna, manifiestan: "el término malversar, proviene del latín male y versare, que viene a significar mala inversión o invertir mal, es decir invertir ilícitamente los causales ajenas que uno tiene a su cargo." La acción típica la podemos apreciar del examen pericial, el mismo que consta de fojas 22.549 a 22.568, suscrito por los peritos doctora Wilma García y doctor Oswaldo Herrera, a los informes de auditoría enviados por la Corporación Financiera Banco Central del Ecuador, la Agencia de Garantía Depósitos de AGD, los peritos concluyen manifestando que el costo de la crisis financiera bancaria estimada a diciembre 21 del 2005, en millones de dólares sería de \$6.515 (seis mil quinientos quince La de dólares). Corporación Financiera informado que las pérdidas ocasionadas a esa institución por la negociación de los depósitos reprogramados tanto por el ingreso de CDRS y por cartera incobrable era de un mil ciento setenta y ocho millones con sesenta y un centavos de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, documentos constantes en el informe "LA CRISIS FINANCIERA DE LA CFN, COMO CONSECUENCIA DE LA IMPOSICIÓN DEL DECRETO NO. 1492 Y LA RECEPCIÓN DE LA CARTERA AGD." (fs. 28681 - 28703). Como consecuencia, el patrimonio de la CFN se vio afectado de doscientos sesenta y cinco millones de dólares de los Estados Unidos

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Ob. Cit. Pag. 76.



de Norteamérica en 1999, (USD 275.000.000) a ochenta y un millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 81.000.000) en 2001. Que en términos costo beneficio, el total de pérdida de la CFN ascendiendo a mil ciento sesenta y un millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 1.171.000.000). El doctor Víctor Granda Aguilar y el economista Jorge Rodríguez Torres, en la solicitud de reapertura del sumario, presentada al ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, presentaron documentos contenidos en 4511 fojas. certificadas, con lo que se determina las operaciones de fondos públicos y privadas autorizados mediante los Decretos Ejecutivos mencionados por el ex Presidente Constitucional de la Republica, doctor Jamil Mahuad Witt, y ejecutados por las instituciones del sistema financiero. mediante la utilización de los recursos que fueron congelados y las nuevas tasas de interés impuestas por el gobierno. así en el caso del Banco Bolivariano Bolivariano se congelaron 5.439.436.000 sucres (cinco mil millones cuatrocientos treinta y nueve mil cuatrocientos treinta y seis sucres), en cuentas corrientes, 1.226.992 (un millón doscientos veintiséis mil novecientos noventa y dos dólares) cuentas corrientes en dólares, 132,335,410 treinta y dos millones trescientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos diez sucres) en depósitos a plazos en sucres y 42,908,540 (cuarenta y dos millones novecientos ocho mil quinientos cuarenta en depósitos la plazo en dólares; que las tasas de interés pactadas en dólares en libretas de ahorro fueron de un promedio del 6% y que por el efecto de congelamiento y la imposición del gobierno, se redujo a 2,93%; que en los depósitos a plazo las tasas de



4826 wallo will achato



promedio pactadas en el trimestre de 1999 fueron de 53,17% en sucres y 10,83% en dólares, mientras que las tasas impuestas luego por el gobierno fueron del 35,62% y 33,36% en sucres y de 7,31 % y 6,49% en dólares.- Señala el auto de llamamiento a juicio que consta del proceso que el administrador temporal del Banco Popular informa que el manto de los fondos congelados en sucres el Ecuador fue de 1.564.468.675.915,29 en sucres (un billón quinientos sesenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y ocho millones seiscientos setenta cinco mil novecientos quince con 29 sucres) y en dólares 65.393.590,53 (sesenta y cinco millones trescientos noventa y tres mil quinientos noventa 53/100 dólares y en el exterior fue de 448.707.493,48 dólares (cuatrocientos cuarenta y ocho millones setecientos siete mil cuatrocientos noventa y tres 48/100 dólares); que hasta el 1 de marzo del 2001 no se había devuelto 6.988.640,95 dólares (seis millones ochenta y ocho mil seiscientos cuarenta dólares) en el Banco Popular del Ecuador, y 182.442178,84 dólares (cientos ochenta y dos millones cuatrocientos cuarenta y dos mil ciento setenta y ocho 84/100 dólares) en el Banco Popular internacional y que el manto total de intereses pactados antes del congelamiento fueron de 504.100.901.380,79 (quinientos cuatro mil cien millones novecientos siete mil trescientos ochenta 79/100 sucres) y 25.391.481,73 dólares, (veinte y cinco millones trescientos noventa y un mil cuatrocientos ochenta y uno 73/100 dólares), y los que se pagaron en depósitos reprogramados fueron de 176.050.673.872,25 sucres (ciento setenta y seis mil cincuenta millones seiscientos setenta y tres mil ochocientos setenta y dos



25/100 sucres) y 12.964.026,72 (doce millones novecientos sesenta y cuatro mil veintiséis con 72/100 dólares). Igualmente a fs. a 27.415, consta que el Vicepresidente Nacional 27.413 Produbanco informa que al 1 de noviembre del 2000, los fondos 521.563.595,488 sucres y 190.790,41 congelados fueron (siete millones ciento noventa mil setecientos noventa no devueltos que permanecen dólares) y que los fondos reprogramados. hasta fecha esa son de 4.494.572.160.70 sucres (cuatro mil cuatrocientos noventa y cuatro millones quinientos setenta y dos mil ciento sesenta con 70/100 sucres) y 7.142.888,22 dólares (siete : millones ciento cuarenta y dos mil ochocientos ochenta y ocho 22/100 dólares). En el caso de Filanbanco se informa que se congelaron 980.4 millones de sucres y 47.1 millones de dólares, que los fondos no devueltos que permanecen como reprogramados hasta el 30 de noviembre del 2000 alcanzan la la suma de 28,1 millones de dólares y que la diferencia entre los intereses pactados y los que realmente se pagaron alcanzan a 25.023.357,07 dólares (veinticinco millones veintitrés mil trescientos cincuenta y siete con 07/100 dólares) que sería el perjuicio neto que se ocasiono a sus depositantes en lo relativo a diferencia de las tasas de interés y a fs. 28342 a 28343, consta más indicaciones de los perjuicios económicos, los mismos que tienen su origen en los dos decretos Ejecutivos emitidos por el ex Presidente Constitucional de la Republica, doctor Jamil Mahuad Witt. La Agencia de Garantías de Depósito, AGD, informó que la estimación del costo del salvataje bancario es de ocho mil setenta y dos millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (fojas

<u>/\_</u>

4823 water artochesutes



22.720). El informe del Auditor de la Superintendencia de Bancos, ingeniero Fernando Arévalo Moscoso sobre el proceso de saneamiento del Banco de Crédito, quien en el anexo 1, capítulo de Antecedentes (fojas 33097), al referirse al Decreto Ejecutivo No. 685 de 11 de marzo de 1999, dictado por el doctor Jamil Mahuad Witt, mediante el cual se declaró el estado de movilización de las instituciones financieras nacionales, concluye con la siguiente afirmación: "ESTE DECRETO COMPLICO AUN MAS LA SITUACION DE LA INSTITUCION AL TENER QUE CONGELAR , POR UN PERIODO ADICIONAL, DEPOSITOS DE LOS CLIENTES DEL BANCO QUE ESPERABAN OBTENER EN UN PERIODO MUGHO MAS CORTO LA DEVOLUCION DE SUS DINEROS ...".-La Agencia de Garantías de Depósitos, AGD, (fs. 22.720) informó a los señores peritos: ESTIMACION COSTO DEL SALVATAJE BANCARIO, FUENTE DE FINANCIAMIENTO, EN MILLONES DE DOLARES, ENTIDADES DEL ESTADO: Ministerio de Economía y Finanzas, 2559 millones; Corporación Financiera Nacional, 1060 millones; Banco Central del Ecuador, 890 millones; Agencia de Garantía de Depósitos, 363 millones, dando un subtotal en millones de dólares de 4872. En el mismo informe, consta el rubro de: OTROS ACREEDORES Y PERDIDAS; Costo Social, acreencias que no se pagan por falta de actives, de la IFIS y garantía de la AGD (Saldos a febrero del 2007), 3200 millones. ESTIMACION DE RECURSOS DESTINADOS AL SALVATAJE BANCARIO, 8072 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.



b) Sujeto activo: Se trata de un delito especial propio, ya que sólo puede ser autor quien es funcionario público, o los empleados que trabajan en una empresa, a la cual se le delega una función pública, o una autoridad elegida por votación popular, y quien, por tanto, tiene a su cargo la administración o disposición de caudales o efectos públicos. Por tanto funcionario público es: "Toda actividad temporal o permanente, realizada por una persona en nombre del Estado o sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos." Sin embargo la ley no solamente requiere que se trate de un funcionario público sino que exista una relación especial entre el funcionario y los caudales o efectos. Para que se den los extremos del tipo penal de peculado, el funcionario debe ser administrador de aquellos o poder disponer de los mísmos. Esto significa que el funcionario debe tener el manejo o disposición de los bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos. En el caso sub judice, quien manejo toda la política macro económica del Estado, ordeno mediante decreto ejecutivo un estado de emergencia y la congelación de las cuentas en los bancos, y dispuso que se destinen fondos públicos para beneficiar a la banca perjudicando a los depositantes, es decir a la sociedad ecuatoriana en su conjunto, fue Jamil Mahuad Witt, ex Presidente de la República en uso de sus atribuciones constitucionales conforme ya analizamos en lineas anteriores. (Estas prerrogativas que debían responder al verdadero interés nacional están contempladas en la Constitución Política de la República de 1998, que entre las funciones asignadas al Presidente de la República tenía la de "establecer las políticas generales del Estado...y



ochounts ve. to quation



velar por su cumplimiento" previsto en el numeral 3 del artículo 171 y la "conservación de los equilibrios macroeconómicos", constante en el numeral 2 del artículo 243, a esto debe sumarse la posibilidad de decretar el estado de emergencia y disponer la movilización de las personas o bienes conforme el artículo 181 numeral 8)

- c) El sujeto pasivo.- Lo constituye el organismo o entidad del sector público perjudicado con el abuso de los fondos, bienes o recursos públicos, y en el caso del peculado bancario el sujeto pasivo es cada uno de los depositantes perjudicados con los fondos desfalcados, o distraídos arbitrariamente por el sujeto activo, es decir la sociedad ecuatoriana en su conjunto, representada por el Estado.
- d) La relación causal.- Se da cuando el resultado es un faltante o perjuicio patrimonial que sufre el sujeto pasivo, que se produce como consecuencia del abuso de los fondos o bienes públicos o privados que realiza el sujeto activo. En el peculado bancario existe relación causal cuando el perjuicio patrimonial que sufre el depositante o los depositantes es causado por el abuso de los fondos depositados que realiza el sujeto activo. En el presente caso podemos observar que la causalidad originada por el ilícito cometido por el doctor Jamil Mahuad Witt, persisten hasta la actualidad, no solamente fue la malversación de fondos públicos para fines diversos a los que estaban previstos, otorgando estos fondos a terceros, usando para ello decretos ejecutivos, "estado de emergencia" y "congelamiento bancario", sino además hubo la disposición de los dineros de los ahorristas que hasta el día de hoy no





han sido devueltos en su totalidad. Consta a fojas 22,720 la información proporcionada por la AGD, relativa a la estimación del costo del salvataje Bancario que totaliza USD \$8.072 (ocho mil setenta y dos millones de dólares), defraudación que hace también responsable al doctor Jamil Mahuad Witt, conforme se desprende del informe presentado por la Comisión de investigación de la Crisis Económica. Financiera creada por el señor economista Rafael Correa, en ejercicio de sus funciones de Presidente de la Republica por Decreto Ejecutivo No. 263 de 9 de abril del 2007 y que en el documento, denominado "Síntesis de los Resultados de la investigación" determina (página 77) "las cuantiosas pérdidas de 8.072 millones de dólares ocasionadas a sociedad ecuatoriana se produjeron por decisiones políticas equivocadas adoptadas por el gobierno del doctor Jamil Mahuad, quien a través de la gestación, manipulación, interpretación y tergiversación de un amplio conjunto de leyes y otras normas secundarias, se permitió que el país incurriera en dichas perdidas, con el consiguiente deterioro de calidad de vida de los ecuatorianos". Cuando el ex Presidente Jamil Mahuad dicta el primer Decreto de "feriado bancaria" el 5 de marzo de 1999 y, posteriormente, el del "congelamiento bancario" mediante Decreto 685 de 11 de Marzo de 1999", lo hace basado en una declaratoria de emergencia nacional, que no reunía los requisitos constitucionales y legales, porque no existía ni un caso de eminente agresión externa, guerra internacional, ni grave conmoción interna o catástrofes naturales, como lo exigía el artículo 180 de la Constitución la Republica de aquella época, ni habrían Política de aplicables, en consecuencia, las normas legales, que desarrollan el



4825 custos cuil ocheratos vente yante



precepto constitucional, esto es, el literal k) del artículo 7, en concordancia con el Art. 72 de la Ley de Seguridad Nacional, por lo que no habría existido sustento constitucional, ni legal para tal declaratoria. El informe del Auditor de la Superintendencia de Bancos, ingeniero Fernando Arévalo Moscoso sobre el proceso de saneamiento del Banco de Crédito, quien en el anexo 1, capítulo de Antecedentes (fojas 33097), al referirse al Decreto Ejecutivo No. 685 de 11 de marzo de 1999, dictado por el doctor Jamil Mahuad Witt, mediante el cual se declaró el estado de movilización de las instituciones financieras nacionales, concluye con la siguiente afirmación: "ESTE DECRETO COMPLICÓ AUN MAS LA SITUACION DE LA INSTITUCION AL TENER OUE CONGELAR , POR UN PERIODO ADICIONAL, LOS DEPOSITOS DE LOS CLIENTES DEL BANCO QUE ESPERABAN OBTENER EN UN PERIODO MUGHO MAS CORTO LA DEVOLUCION DE SUS DINEROS. El Oficio suscrito Guillermo Lasso, Presidente Ejecutivo del Banco de Guayaquil, el 17 de abril de 2007, a la Comisión de Investigación de la Crisis Financiera. En el documento señalado se establece que en base al Decreto Ejecutivo 1492, publicado en registro oficial No. 320, del 17 de noviembre de 1999, se constriñó a los principales funcionarios de la Superintendencia de Bancos a presionar y sancionar a los bancos privados para recibir títulos de la banca cerrada, como forma de pago de las obligaciones de varios deudores; con esto, señaló el deponente, se permitió a los clientes deudores de la banca privada cancelar créditos a corto plazo, restando la capacidad de generar recursos para el pago de obligaciones con clientes depositantes. Los verdaderos beneficiados con el decreto fueron los deudores que pudieron adquirir en el mercado



CDRs para poder entregarlos a la Corporación Financiera Nacional como forma de pago (fs. 28265 - 28282 / Cuerpo 151). El anexo al documento "LA CRISIS FINANCIERA DE LA CFN, COMO CONSECUENCIA DE LA IMPOSICIÓN DEL DERETO NO. 1492 Y LA RECEPCIÓN DE LA CARTERA AGD", de 29 de mayo de 2007; en dicho documento se concluye que la CFN fue obligada a recibir CDRs y certificados financieros, y a reprogramar el saldo de cartera, que posteriormente se volvió irrecuperable, como consecuencia de la recepción de los títulos valores y la cartera vencida de la AGD. Como consecuencia, el patrimonio de la CFN se vio afectado de doscientos sesenta y cinco millones en 1999, a ochenta y un millones en 2001. Que en términos costo beneficio, el total de pérdida de la CFN ascendiendo a mil ciento y ocho, sesenta y un millones de dólares (fs. 28681 - 28703 / Cuerpo 154). Testimonio propio de VÍCTOR MANUEL GRANDA AGUILAR, rendido el 26 de junio del 2007, quien manifestó haber presentado una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo No. 685, del 11 de marzo de 1999, la cual fue aceptada por el Ex Tribunal Constitucional, órgano que se reconoció que el Presidente Mahuad VIOLO GARANTÍAS CONSTITUCIONALES AL ADOPTAR MEDIDAS EN BENEFICIO DE ENTIDADES FINANCIERAS; que en esas fechas, el gobierno obligó a la CFN a recibir CDRs al cien por ciento de su valor, cuando en el mercado se negociaban con altos porcentajes de descuento; que los decretos presidenciales favorecían a la banca, la cual trasladó recursos del Estado a empresas fantasmas, sin rendirse para los efectos de garantías necesarias; que el ex Presidente de la República permitió y autorizó el abuso de fondos públicos al conceder créditos de



4826 weeter wit ochita



liquidez para la devolución de obligaciones privadas entre los bancos y sus clientes, recursos que con la dolarización se desvalorizaron; QUE EL CONGELAMIENTO ORDENADO POR EL EX PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA NO FUE OTRA COSA QUE UN MECANISMO UTILIZADO PARA CUBRIR LA ILIQUIDEZ DEL SISTEMA FINANCIERO; documentación aportada como prueba nueva demuestra el abuso de los fondos expresados en las diferencias de las tasas de interés contratadas con las que se impuso con los Decretos de congelamiento y, en la pulverización de fondos depositados por efecto de la devaluación así como de la dolarización, FINALIZA MANIFESTANDO CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO ECONÓMICO SUPERA LOS SEIS MIL QUINIENTOS MILLONES DE DÓLARES (fs. 20171 - 20175 / Cuerpo 97). Testimonio propio del doctor ALFREDO ALVEAR ENRÍQUEZ, rendido el 04 de julio de 2007, en el que señala que la solicitud de la reapertura del sumario se sustentó en la entrega de nuevas pruebas, tales como: a) el informe enviado por el Tribunal Supremo Electoral y Eduardo Mahuad, sobre las aportaciones a la campaña electoral del doctor Mahuad, en especial la efectuada por Fernando Aspiazu; b) la auditoría practicada al Banco del Progreso por PRICE WATER HOUSE COOPERS al 31 de marzo de 1999, misma que denotaba el insuficiente patrimonio técnico y los altos índices de insolvencia, situación que fue salvada por las disposiciones del ex Presidente Mahuad; c) el informe de la Agencia de Garantía de Depósitos que señala que pese a todas las acciones legales que intentó el Estado para recuperar el costo de la crisis financiera, no será posible hacerlo, d) documentación referente a negociación de CDRs, en la que se aprecia las pérdidas de los depositantes que



habiendo entregado a las instituciones financieras dinero en efectivo, se les devolvió certificados que al ser vendidos solo reportaron un cuarenta. por ciento de su valor nominal. Al respecto, se observa que el ex-Presidente Mahuad infringió el artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, pues, a través de Decreto Ejecutivo se obligó a que los depositantes vendieran a precios muy bajos los certificados dados (fs. 22560 - 22573 / Cuerpo 104). Testimonio propio de JORGE EGAS PEÑA, rendido el 16 de julio de 2007, en el que el compareciente señala que existe una diferencia entre feriado bancario y congelamiento de depósitos. El primero, que data de 1999, implicaba el cese transitorio de las actividades bancarias; por ende, no es verdad que él haya tenido conocimiento de dicha situación. El segundo, no implicó intervención de la Junta Bancaria, y por ende fue sin consulta previa a la Superintendencia de Bancos; esta decisión se comunicó en marzo de 1999. La distinción entre estos hechos es necesaria en cuanto al primero tuvo la autorización de la Junta Bancaria, mientras que el segundo no. Las consecuencias jurídicas son claras conforme la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional (fs. 22624 – 22625 / Cuerpo 105); Ampliación del testimonio propio del doctor ALFREDO ALVEAR ENRÍQUEZ, rendido el 10 de septiembre de 2007, en el que manifiesta que en diciembre de 1999 el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los Decretos 681 y 685 dictados por el ex Presidente Mahuad, por haberse evidenciado en los mismos una extralimitación en el ejercicio de las competencias constitucionales y legales por parte del Primer Mandatario, luego de obligar a todos los ecuatorianos a pagar ocho millones de dólares, que fue el perjuicio que



4827 wets uil oclasentos



causaron dieciocho bancos al país. El delito de peculado puede darse en el caso de que un funcionario público ayude a un tercero para que se lleve el dinero. El Código Penal en sus artículos 42, 43 y 44 establecen las responsabilidades en casos de participación directa o indirecta de las infracciones; norma que quarda relación con el artículo 120 de la ·Constitución de la República del Ecuador vigente a esa fecha. El artículo 12 del Código Penal determina los delitos de acción por omisión, norma que para el efecto resulta aplicable al doctor Mahuad, quien no hizo nada por impedir que los banqueros se lleven dineros del Estado (fs. 22772 - 22774 / Cuerpo 106). Testimonio propio de JORGE RODRÍGUEZ TORRES, rendido el 11 de septiembre de 2007, en el que refiere las conclusiones del informe de la Comisión de Control Cívico contra la Corrupción, cuya investigación determina el financiamiento banqueros a la campaña de Mahuad, y su posterior vinculación como parte del círculo de gobierno (como por ejemplo, los señores ALVARO GUERRERO, ROBERTO BAQUERIZO, PEDRO GÓMEZ, ALFREDO ARIZAGA Y ANA ARMIJOS. El Presidente Mahuad con sus medidas económicas tiró abajo un treinta por ciento del crecimiento de la economía del país, lo cual implicó una reducción elevada en los índices de estabilidad económica del país; todo ello, con directa vinculación en el proceso de congelamiento bancario, porque con el diferencial bancario por créditos de liquidez generó un perjuicio real de más de quinientos cincuenta millones de dólares. De esta herramienta política se beneficiaron instituciones privadas como el FILANBANCO, BANCO DE PRÉSTAMOS, BANCO DEL PROGRESO Y BANCO POPULAR; en este sentido, la AGD recibe una cartera convertida de sucres a dólares, dejando como

L



resultado una cartera incobrable de mil cuatrocientos millones de dólares, derivada de créditos vinculados a empresas fantasmas o de papel. Otros rubros afectados por el diferencial cambiario, fueron las operaciones por redescuento con la CFN, mismas que alcanzan la cifra de cuatrocientos noventa y siente millones de dólares; el dado por servicio de la deuda, derivado de la Ley 98-17; y el costo directo relativo a los fondos de la AGD, valor que ha sido satisfecho por los ecuatorianos a través de depósitos que en banca abierta han servido para generar una prima que por Ley los Bancos pagan para su seguro de riesgo. Sumadas las cantidades referidas y aquellas declaradas por instituciones públicas, el total del perjuicio supera los veinte mil millones de dólares (fs. 22791 - 22795 / Cuerpo 106). Testimonio propio de VÍCTOR CORRAL MANTILLA, rendido el 11 de septiembre de 2007, en el que señala que fue miembro de la Comisión de Investigación, misma que concluyó sobre los efectos económicos del salvataje bancario, afirmándose en el contenido del informe presentado ante la Presidencia. de la República (fs. 22820 / Cuerpo 106)

e) El Tipo Subjetivo: Toda acción consiente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere, el momento intelectual, y por la decisión al respecto de querer realizarlo, el momento volitivo. Ambos momentos conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo. La acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo. El hecho querido no solo ha

K.

4828 cueles mil ochosintes vente



sido deseado dolosamente, sino también ejecutado dolosamente<sup>33</sup>. La figura es dolosa, pues debe cometerse con dolo directo. Esto sucederá cuando la intención del agente sea la lesión del bien jurídico tutelado, y para ello, dirija su actuar a la consecución del fin querido. Toda acción consiente de su fin, es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se requiere, el momento intelectual y por la decisión al respecto de querer realizarlo, el momento volitivo.

El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es solo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo. Todo dolo tiene un aspecto intelectual y uno volitivo (conforme a la voluntad). La parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo penal. Muchos más, han debido tener realmente la conciencia de ellos en el instante de su hecho, habérselas representado, haberle percibido, haber pensado en ellas. En el caso sub judice podemos apreciar que la voluntad final (dolosa) del doctor Jamil Mahuad Witt, fue beneficiar a miembros de su grupo político, intimamente relacionados con instituciones del sistema financiero nacional y algunos de ellos incluso también financistas de su campaña electoral, quienes utilizaron como peculio propio los dineros de los cuenta ahorristas. El doctor Jamil Mahuad Witt, tenía el conocimiento actual de todas las circunstancias que acarearían la declaratoria de emergencia nacional y lo que es peor aún, sabia el debacle que se iba a originar, con la declaratoria de estado

<sup>33</sup> Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica Chile. 2002, Pág. 40.



de movilización de las Instituciones financieras nacionales privadas, sus entidades "off shore", sucursales y agencias de las instituciones financieras extranjeras que operaban en el Ecuador, así como la congelación bancaria, cuyos efectos siguen a los largo del tiempo, mismos que no han cesado hasta la actualidad. Con su actuar lesiono la estabilidad económica y financiera del país, ya que con esto se produjo la salida de capitales y la inflación aumento de manera incontrolable. afectando a la clase media y baja de la sociedad ecuatoriana, provocando la migración, y con esto el desmembramiento de las familias. Dañó el patrimonio del Estado y con ello faltó a la fidelidad y confianza depositadas por el pueblo ecuatoriano, pues su conducta no se ajustó al accionar propio de su función. A más de basta prueba ya enunciada en párrafos anteriores que justifican lo dicho, existe una carta de fecha 13 de junio del 2007, (fis. 28.428 a 28.430) de Nicolás Landes Guerrero, dirigida al Presidente de la Corporación Financiera Nacional, CFN, y en la que se refiere a los detalles de una reunión celebrada el domingo 6 de Marzo de 1999, vispera del feriado bancario que mantuvo en el Palacio Presidencial con altos funcionarios del gobierno y otro banquero invitado, reunión que tuvo por objeto analizar la situación financiera y en la que el señor Landes expresa: que el feriado bancario fue una medida improvisada, de último momento, adoptado por Mahuad y sus colaboradores, para intentar salvar, a cualquier costo, al Banco del Progreso.



4864 coatro ail vente y avere



iv) La Antijuricidad.- Para enjuiciar sobre la antijuridicidad de una acción es preciso considerar la totalidad de las normas y preceptos permisivos que forman el ordenamiento jurídico, una conducta es antijurídica si esta es contraria a la totalidad del marco legal. La antijuridicidad es un juicio desvalorativo "objetivo", pues este se lleva acabo de acuerdo a un criterio completamente objetivo: ordenamiento jurídico<sup>34</sup>. La antijuridicidad, desde el momento en que es un juicio que expresa la contradicción de una acción con el ordenamiento jurídico visto como un todo es, como recuerda Welzel, una y la misma para todos los estratos legales<sup>35</sup>. Solo están sometidas al derecho penal aquellas acciones contrarias al ordenamiento de la comunidad, por atentar contra normas escritas, cuya tarea es prohibir lesiones, así como la puesta en peligro de intereses jurídicos reconocidos<sup>36</sup>.

La norma penal que contiene la protección del bien jurídico, que consiste en la obligación legal de respetar los bienes públicos o privados que pertenecen o se encuentra a cargo de los organismos o entidades del sector público, es el elemento normativo e impositivo del tipo penal, y en el peculado la norma penal impositiva que tutela el bien jurídico instituye la obligación jurídica de respetar o no abusar de los fondos públicos. Con todo lo esgrimido podemos llegar a dilucidar que los hechos realizados por el ex Presidente de la Republica doctor Jamil

35 Op cit. Pag. 288

<sup>36</sup> Maurach, Zipf, Derecho Penal, Parte General, Editorial Astrea Buenos Aires, 1994, Pág. 230.



<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> **Gracia Martin Luis**, Fundamentos de Dogmática Penal, uno introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, Idemsa Lima Perú, Pág. 287.



Mahuad Witt fueron contrarios a todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, desde la ilegitima declaratoria de emergencia suscrita por él y que provoco la sucesión de hechos que ya han sido analizados.

## OCTAVO.- ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DE DESCARGO DEL ACUSADO DOCTOR JAMIL MAHUAD WITT.-

El doctor Jamil Mahuad Witt, ha presentado pruebas y su alegato se ha centrado en atacar a la conducta ilícita atribuida a él de la siguiente forma<sup>37</sup>:

## Documentos que prueban la nulidad del proceso: Falta de autorización del Congreso Nacional.

Se insiste en que el proceso es nulo por cuanto no se contaría con una resolución del H. Congreso Nacional de esa época, que autorice el inicio del proceso, cuando al respecto ya ha habido un pronunciamiento judicial previo, en donde se resolvió lo cuestionado, es así que en fecha 13 de junio del 2007, las 17h00, el entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Galo Pico Mantilla, en auto de apertura a plenario expuso: "Con los antecedentes expuestos, esta Presidencia, atendiendo el pedido que consta en la denuncia del doctor Víctor Granda Aguilar, solicitó la autorización del H. Congreso Nacional para proceder al enjuiciamiento penal del doctor Jamil Mahuad Witt, Presidente

Fojas 1610 a 1675, Juicio No 167-2009, de esta instancia, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, con anexos.



4830 water will ochosunts treints



Constitucional de la República; y el Congreso, según consta del oficio No 4745 SNC, de 6 de julio de 2000, suscrito por el licenciado Guillermo H. Astudillo Ibarra, Secretario General del H. Congreso Nacional, resolvió que: "....al no ser el doctor Mahuad Presidente en funciones, el Congreso Nacional de acuerdo a la Constitución no puede tratar el tema, porque solamente le compete tanto en cuanto al Presidente y al Vicepresidente en funciones y no a los ex presidente o ex vicepresidente..." y en uso de las atribuciones que le confiere la Ley, esta Presidencia en razón de que los hechos relatados constituyen infracciones punibles y pesquisables de oficio, dictó auto cabeza de proceso en contra del señor doctor Jamil Mahuad Witt....". Por tanto esta pretensión, ha sido ya materia de resolución judicial, y más aún, de lo expuesto en la cita no tiene asidero legal alguno.

 Se inicia el enjuiciamiento penal a pesar de que la Contraloría General del Estado no estableció indicios de responsabilidad Penal.

Se pretende que se aplique en este proceso la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 154 del 19 de Marzo del 2010, mediante la cual se requiere el informe de la Contraloría General del Estado que determine responsabilidades penales para poder dar inicio a un proceso por el delito de peculado en contra de persona alguna, queriendo con ello dotarle de un efecto retroactivo a aquella resolución, pues recordemos que este proceso inició en el año 2000, y más aún se pretende darle valor prejudicial a un informe



administrativo que para la época en que se suscitaron los hechos no tenía esa calidad. Se requiere que se aplique lo que supuestamente otros estamentos judiciales han dado paso con relación a esta figura prejudicial, frente a ello debemos recordar que en materia penal no rige la analogía entre proceso, pues cada caso tiene connotaciones distintas, caso contrario estaríamos en presencia de un irracionalismo penal, proscrito desde hace larga data.

## 3) El estado de indefensión al que se le ha sometido por parte de la Administración de Justicia del Ecuador.-

Dice el doctor Jamil Mahuad Witt, que no ha podido contar con una defensa técnica adecuada, pues para él la denuncia presentada y que es uno de los fundamentos del presente proceso penal, no fue dirigida en su contra por el delito de peculado, sino por otra figura legal y que en ese sentido existen algunas actuaciones judiciales, y que ello se lesiona su derecho a la defensa. Recordemos que este proceso penal, debido a una serie de incidentes, tiene una duración que bordea los catorce años, durante toda ésta época el acusado ha tenido la oportunidad de dirigirse a la justicia dentro de esta causa, como así lo ha hecho, representado por varios profesionales del derecho, es más siempre ha estado informado sobre los hechos materia de la investigación, y sobre estos hechos es que en fecha 27 de diciembre de 2011, las 08h00, el doctor Enrique Pacheco Jaramillo, Conjuez Nacional, emite auto de apertura a plenario contra el doctor Jamil Mahuad Witt por el delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código Penal, inciso



4871 contra a, 1 ochwartes treints



primero, esto en estricto cumplimiento al rol del juez, quien tiene la facultad de calificar el injusto típico en base a los hechos traídos a su conocimiento. No se observa que haya existido *sorpresa* en la emisión del auto que vulnere la defensa del acusado, tan es así que durante toda la etapa del plenario el doctor Mahuad ha encaminado su defensa expresamente contra el delito de peculado que se le imputa. Es así que, de igual forma, esta Jueza Nacional en uso de sus atribuciones, está juzgando la conducta del doctor Jamil Mahuad Witt, en relación a los hechos que han llegado a su conocimiento<sup>38</sup>, conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal de 1983, aplicable al caso. Peor aún, se pretende que se suspenda el proceso, pues al enjuiciar en ausencia al señor ex Presidente de la República, -dignatario que fuere elegido por votación popular-, se estaría vulnerando su derecho a ser oído, garantía que efectivamente le asiste al doctor Jamil Mahuad Witt, pero por eludir

<sup>38 &</sup>quot;.....La base de la interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado...La regla no se extiende, como principio, a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos. El Tribunal que falla puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta a la expresada en la acusación (iura novit curia) lo que interesa, entonces, es el acontecimiento histórico imputado, como situación de vida ya sucedida (acción u omisión) que se pone a cargo de alguien como protagonista, del cual la sentencia no se puede apartar porque su misión es, precisamente decidir sobre él. Sin embargo, aunque de ordinario la regla solo pretende que el fallo no aprecie un hecho distinto al acusado, ni valore circunstancias no introducidas por la acusación, una variación brusca de la calificación jurídica puede sorprender a la defensa en algunos casos. El cambio brusco del punto de vista jurídico bajo el cual se examina un hecho, como por ejemplo, el que se produce de una contravención a un delito grave, o de un delito contra el patrimonio a un delito contra la administración pública, puede, en ocasiones provocar indefensión, por lo inimaginable de la situación que se produce desde el ángulo de la observación del defensa técnica. La regla que impone a la acusación la necesidad de calificar jurídicamente el hecho imputado, cumple, sin duda, el papel de orientar la actividad defensiva; y, a pesar de que se permita, en general, de que la sentencia se aparte del significado jurídico, preciso que pretende la acusación, la regla no tolera, sin lesión del principio que es su punto de partida, una interpretación irrazonable en contra del imputado" Maier, Julio, "Derecho Procesal Penal, Fundamentos" T. I, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pags. 568 y 569.



la acción de la justicia, por evadir las medidas dictadas por esta Corte Nacional de Justicia con respecto a esta causa que por peculado se sigue en su contra, en su calidad de prófugo no ha cristalizado aquel derecho en persona, correspondiendo a todas luces aplicar lo estatuido en el artículo 121 de la Constitución Política de la República de 1998, aplicable al caso "Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado. Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad"<sup>39</sup>.

Artículo coherente con lo determinado por la Constitución de la República vigente:. Art. 233.- "Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas".



9832 contra vil



4) Pruebas que comprueban la interferencia: Las presiones y amenazas contra la Ministra Fiscal y al Juez Quiroz, pruebas que configuran la persecución política. Otras actuaciones. Intimidación para la apertura del sumario.

El presente enjuiciamiento responde a un proceso penal que ha sido declarado válido, en el cual se han respetado las garantías del debido proceso, versa sobre la existencia de un delito de peculado determinado en el artículo 257 inciso primero del Código de Procedimiento Penal, y sobre la responsabilidad del doctor Jamil Mahuad Witt, ex Presidente de la República, y sobre aquello la suscrita Jueza Nacional debe pronunciarse. Las alegaciones que sobre presuntas presiones o amenazas que hayan sufrido funcionarios que hayan o no intervenido en el desarrollo del proceso, no tienen fundamento legal en este enjuiciamiento, de existir tales hechos, los agraviados debieron proceder legalmente en el momento oportuno para hacer valer sus derechos que estaba siendo conculcados. No es relevante jurídicamente cuestiones que tengan que ver con el ámbito político, de campañas de prensa, de momentos electorales, etc.

 Documentos que prueban la falta de tutela judicial efectiva y la denegación de justicia.

El proceso penal ha sido declarado válido, en él se observa que se han suscitado una serie de incidentes en relación a la intervención de algunos jueces en la sustanciación de la causa, incidentes que han



surgido por cuestionamientos de las partes o de oficio, y que ya han sido solventados en el momento procesal oportuno, siguiendo el proceso el cauce legal determinado en el procedimiento penal ecuatoriano de 1983, si hubiese ocurrido lo contrario vulneraria la tutela judicial efectiva, más bien, observamos que se ha llegado a esta instancia en donde en pro de aquella garantía se está determinando la existencia de una infracción y lo responsabilidad sobre esta del acusado, dentro de un proceso penal incoado y con ello se está dando respuesta efectiva tanto a la sociedad ecuatoriana como a las partes intervinientes.

6) Documentos que prueban las condiciones económicas previstas a la expedición del decreto 685 y documentos que prueban la información disponible del estado de las instituciones del sistema financiero a marzo de 1999 y la disponibilidad de especies monetarias. Documentos que prueban que en su gobierno, las autoridades competentes, realizaron las acciones correspondientes para que la justicia sancione a los banqueros que habían cometido acciones ilícitas. Documentos que prueban que las medidas adoptadas para enfrentar la crisis financiera fueron adoptadas en base a una ley de la República; y, que la expedición del decreto ejecutivo 1492, no tuvo el propósito de perjudicar la situación de la Corporación Financiera Nacional.

Considerando que la dogmática penal, en palabras de Franz von Liszt, es la barrera infranqueable de la política criminal, por ello a luz de ésta hemos hecho una extensa sinderis entre el delito de



4833 water mil ochesta



peculado y las pruebas constantes en el proceso, con ello ya hemos llegado a establecer la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, volver sobre lo mismo y que refuta lo dicho por el acusado, es innecesario, basta con referirnos al contenido de los considerandos sexto y séptimo del presente fallo. Pero recordemos que todo este proceso tiene su origen en la malversación de fondos públicos usando para ello la emisión de decretos ejecutivos por parte del entonces Presidente Constitucional de la República, decretos que como hemos visto fueron ilegítimos y que tuvieron como fin el beneficiar a la banca, decisiones que debido a sus excesos han sido incluso declaradas como inconstitucionales por el Tribunal Constitucional de la época, como por ejemplo "se extremó el abuso presidencial en favor de los dueños de las entidades financieras, con la retención arbitraria de los fondos públicos por 365 días, cuando de acuerdo al artículo 182 de la Constitución, el tiempo máximo de duración del Estado de Emergencia es de 60 días, y en el caso presente el mismo cesó por decisión presidencial el 22 de marzo de 1999." 40 No es entonces pertinente que se nos haga recordar la necesidad de la implementación de tal o cual medida, bajo el contexto económico en el que vivía el país, sino si aquellas medidas son constitutivas o no del injusto atribuido, siendo también irrelevante valorar las responsabilidades de los representantes de la banca por hechos que no son materia de la presente causa, recordando que uno de los principios del derecho penal liberal es el de que cada quien responde por su propia culpa. Finalmente diremos que en materia penal los contextos históricos no son objeto de valoración,

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Resolución No 078-99-TP Tribunal Constitucional, 8 de noviembre de 1999.





sino la prueba entendida como los hechos que se objetivizaron en la realidad.

## **NOVENO. RESOLUCIÓN.-**

Con el análisis realizado fundado en la sana crítica, esta Jueza Nacional<sup>41</sup> ha llegado a la certeza de la existencia material de la infracción, así como la responsabilidad del doctor Jamil Mahuad Witt, en el cometimiento del ilícito tipificado y sancionado en el artículo 257 inciso primero del Código Penal, logrando cumplir lo determinado en el artículo 157 del Código de Procedimiento Penal de 1983, conclusión a la que se ha llegado luego de una sindéresis entre las pruebas que obran del proceso y lo determinado por la ley, la jurisprudencia y la doctrina, elementos que han sido atacados por el acusado, pero que dicho censo ha sido desvirtuado por la contundencia de los hechos y por el estudio sistémico realizada en este fallo en el que se ha evidenciado que tanto la tipicidad como la antijuricidad como elementos del delito de peculado se han justificado fehacientemente, por ende se concluye con la culpabilidad del acusado que es el elemento que liga el actuar del justiciable con el hecho.

Por las consideraciones expuestas, "ADMINISTRANDO

JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y

POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Art. 261 del Código de Procedimiento Penal de 1983 "En la etapa del plenario se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar la responsabilidad o inocencia del procesado, a fin de condenarle o absolverle"



4834 contravil octosuntes



REPÚBLICA", resuelvo, en mérito de la prueba actuada, la misma que ha sido analizada conforme a las reglas de la sana crítica, declarar la culpabilidad del doctor JORGE JAMIL MAHUAD WITT, cuyas generales de ley obran de autos, en calidad de autor responsable del delito de peculado tipificado y sancionado en el artículo 257, inciso primero del Código Penal, a quien se le condena a la pena de doce años de reclusión mayor ordinaria, sin atenuantes que considerar debido a la enorme alarma social que ha causado el delito cometido por el encausado, cuyas consecuencias continúa padeciendo la sociedad ecuatoriana hasta le presente fecha. Actúe la Dra. Martha Beatriz Villarroel Villegas, Secretaria Relatora Encargada de la Sala con acción de personal No. 2692- DNP- MY de fecha 23 de julio del 2012. Notifíquese y cúmplase.-

Ximena Vintimilla Moscoso Jueza Nacional

CERTIFICO.-

Dra. Martha Villarroel Villegas

Secretaria Relatora (e)

