



**UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO**

**Informe final de trabajo de investigación**

Previo a la obtención del título de:

**ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR.**

**Tema:**

Tema: caso penal No. 13283-2015-01325, que por Abuso de confianza sigue el Estado en contra de Clara Aurora Solórzano Zambrano; Jhon Marcelo Solorzano Zambrano: “Inadecuada aplicación del tipo penal en el contexto de la subsidiaridad del principio de mínima intervención penal”

**Autores:**

Juan Carlos Lapo Palacios

Diego Gregorio Intriago Solórzano

**Tutor:**

Ab. Javier Antonio Artiles Santana

Portoviejo - Manabí - Ecuador

2018

## **CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.**

Juan Carlos Lapo Palacios, y Diego Gregorio Intriago Solórzano, de modo expreso hace la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo de investigativo: Caso penal **No. 13283-2015-01325** que por Abuso de confianza sigue el Estado en contra de Clara Aurora Solórzano Zambrano; Jhon Marcelo Solórzano Zambrano: “Inadecuada aplicación del tipo penal en el contexto de la subsidiaridad del principio de mínima intervención penal”. A favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo.

Portoviejo, 10 de Marzo 2018.

**Juan Carlos Lapo Palacios**  
**C.C.**  
**AUTOR**

**Diego Gregorio Intriago Solórzano**  
**C.C.**  
**AUTOR**

# INDÍCE

|   |     |
|---|-----|
| CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....                                  | II  |
| INDÍCE.....   | III |
| INTRODUCCIÓN.....   | 1   |
| CAPITULO I.....   | 4   |
| MARCO TEÓRICO REFERENCIAL.....                                    | 4   |
| 1.1. El proceso penal.....  | 4   |
| 1.1.1. Definiciones doctrinarias.....                             | 4   |
| 1.2. Principios rectores del proceso penal.....                   | 5   |
| 1.3. Principio de mínima intervención penal.....                  | 7   |
| 1.3.1. Generalidades doctrinales.....                             | 7   |
| 1.3.2. Caracteres del principio de mínima intervención penal..... | 9   |
| Ultima ratio o subsidiaridad.....                                 | 9   |
| Fragmentación del derecho penal.....                              | 11  |
| 1.4. El tipo penal.....   | 12  |
| 1.4.1. Ausencia del tipo penal.....                               | 15  |
| 1.5. Dolo penal y dolo civil.-.....                               | 16  |
| 1.6. Delito de abuso de confianza.....                            | 17  |
| 1.6.1. Generalidades.....   | 17  |
| 1.5.2. Configuración del tipo penal de abuso de confianza.....    | 18  |
| 1.7. Inadecuada adecuación del tipo.....                          | 19  |
| CAPÍTULO II.....  | 20  |
| ANÁLISIS DEL CASO.....  | 20  |
| 2.1. Hechos de interés.....                                       | 20  |
| 2.2. Sentencia de la unidad judicial penal.....                   | 23  |

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| 2.2. La sentencia de la Sala ..... | 36 |
| CAPÍTULO III.....                  | 44 |
| 3.1. CONCLUSIONES .....            | 44 |
| BIBLIOGRAFÍA .....                 | 47 |
| Anexos .....                       | 50 |

## INTRODUCCIÓN

Bajo la modalidad de estudio de casos para obtener el título profesional emitido por la Universidad se realiza el presente informe final del estudio del caso penal signado con el No. 13283-2015-01325, por el presunto delito de abuso de confianza tipificado en el artículo 187 del Código Integral Penal, que sigue la fiscalía en contra de los procesados por el cobro de una deuda.

Para la indagación del problema jurídico enfrentado en el estudio de la causa penal aludida se parte desde el objetivo o finalidad del proceso penal que es, estipular la materialidad del delito y el vínculo del tipo penal, así como también los principios que rigen al proceso penal, siendo uno de los más importantes el principio de mínima intervención penal.

El principio de mínima intervención penal que cuyo fundamento base parte de la norma constitucional que señala que pertenece a la fiscalía, pues, ésta posee la potestad de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, la misma que como recalca la Carta Magna en la causa ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas.

El objetivo principal de este estudio de caso se ha proyectado bajo el conocimiento de determinar si existe una inadecuada aplicación del tipo penal en el contexto de la subsidiaridad del principio de mínima intervención penal en el caso motivo del estudio, lo

que involucra el estudio del principio de mínima intervención penal, donde se analizará el elemento de subsidiaridad como característica de este principio.

Así mismo se profundiza el estudio del delito de abuso de confianza, con la finalidad de escudriñar su tipicidad y elementos del tipo. El cuerpo legal penal el COIP<sup>1</sup>, en su presentación indica que la justicia en materia penal, cedidos los conocimientos de desarrollo social a nivel regional y mundial demandan una transformación teórica y conceptual fortaleciendo principios como el de mínima intervención penal.

En el presente estudio de caso se aborda una problemática en la que está la posición del derecho penal como un derecho garantista, lo que significa que los procesados gozan de derechos constitucionales a lo largo de un procedimiento que se haya iniciado en su contra, con ello se da cumplimiento al acatamiento de las garantías del derecho al debido proceso, y las garantías que implanta el modelo acusatorio oral, en la que en lo principal ha de cumplirse de forma real con el principio de oportunidad y de mínima intervención penal, tal como manda el Artículo 195 de la Constitución.

Es significativo el caso a analizar, porque el derecho penal contiene principios que son de aplicación obligatoria, uno de estos principios es el de mínima intervención penal

---

<sup>1</sup> Código Orgánico Integral Penal

que como característica tiene la subsidiaridad que significa, que se ha de seguir por la vía penal un conflicto de ultima ratio, es decir, solo los que verdaderamente ameritan que se lleven por esta vía.

La aplicación de este principio surge desde la fase de investigación previa, en la que el Fiscal en caso de no toparse con un hecho que amerite como último recurso el procesamiento penal se abstendrá de formular cargos y emitir un dictamen fiscal, ello en razón al carácter subsidiario del derecho penal que es propio del principio de mínima intervención penal.

# CAPITULO I

## MARCO TEÓRICO REFERENCIAL

### 1.1. El proceso penal

#### 1.1.1. Definiciones doctrinarias

Para iniciar el marco teórico referencial se partirá desde las conceptualizaciones y aportaciones doctrinarias pronunciadas por distintos autores reconocidos y expertos en la materia. Uno de estos juristas reconocidos es Diego Lunzon, (2013), quien al respecto del derecho penal ha manifestado:

El derecho penal es aquella rama de la sistematización jurídica que coge las reglas dadas bajo la coacción de sanción. Asimismo se puede indicar que el derecho penal se concibe como el conjunto de normas jurídicas que reglamentan en principio con pretensión de justicia la vida social de una comunidad (p.46)<sup>2</sup>.

Revisando la obra de Párraguez, (2004), se entiende que:

El proceso penal es aquel procedimiento que se halla motivado por el poder punitivo de parte del Estado, lo que significa, que posee su origen en la Constitución, en el que el Estado practica su potestad sancionadora (ius puniendi) en quebranto de los derechos básicos de una persona. (p.89)<sup>3</sup>.

Examinando la obra de Armeta, en palabras cortas menciona: “*el proceso penal es el único instrumento a través del cual puede aplicarse el derecho penal*” (Armeta, 2009,p.5)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Luzón Peña, Diego. (2013) “*Curso de Derecho Penal Parte General*”. S.L: Editorial Universitas S.A.

<sup>3</sup> Parraguez Ruiz, Luis. (2004). *Manual de derecho civil Ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Editorial UTP

<sup>4</sup> Armenta, Deu. (2009). “*Lecciones De Derecho Procesal Penal*”. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.

De acuerdo a los juristas mencionados se desprende que el proceso penal es el medio para ejecutar el derecho penal, es su parte adjetiva. El procedimiento penal ostenta un reconocimiento de garantías y eficiencia, a fin de la justicia penal como tal. El jurista ecuatoriano, doctor Jorge Zavala Baquerizo<sup>5</sup>, citado por el Dr. Falconí, sobre el proceso penal ha mencionado:

(...) Es un proceso legal humano, ocasionado y conducido por humanos, efectuado por humanos, en el cual perenemente está presente la fase negativa de la sociedad, en donde toda la humanidad está involucrada por lo que se llama la Responsabilidad Compartida. En el proceso penal se juzga a toda la sociedad, porque pudo hacer oportunamente en beneficio físico y moral al posteriormente justiciable y no lo hizo. (Zabala, 2005, párr. 1).

## **1.2.Principios rectores del proceso penal**

Los principios que rigen en proceso penal suelen ser universales, no obstante, cada legislación incorpora los principios del proceso penal en su cuerpo normativo. En el Ecuador el proceso penal se rige por principios generales y procesales, estos últimos se encuentran ampliamente concretados en el Artículo 5 del COIP, y son veinte y uno en total:

- El Principio de favorabilidad.- que básicamente es una garantía que tiene el procesado de que si existe una ley más favorable a su situación puede acogerse a esa.
- El Principio de duda a favor del reo.- garantiza al procesado que si no hay un convencimiento pleno por parte del Juez respecto a las pruebas ha de resolver en lo que más le convenga al procesado.

---

<sup>5</sup> Zabala, Jorge. (2005). “*El proceso penal en el sistema acusatorio*”. [En línea]. Consultado: [26, febrero, 2018]. Recuperado de: <https://www.derechoecuador.com/el-proceso-penal-en-el-sistema-acusatorio>

- El principio de inocencia.- Constitucional y de derechos humanos, explica que nadie es culpable hasta que se agoten todas las instancias.
- El principio de igualdad.- Todas las partes tienen los mismos derechos, el mismo proceso y acceso de forma igualitaria a todos los recursos.
- El principio de impugnación procesal
- El principio de prohibición de empeorar la situación del procesado
- El principio de prohibición de autoincriminación
- El principio de prohibición de doble juzgamiento
- El principio de intimidad
- El principio de oralidad
- El principio de concentración
- El principio de contradicción
- El principio de dirección judicial del proceso
- El principio de impulso procesal
- El principio de publicidad
- El principio de inmediación
- El principio de motivación
- El principio de imparcialidad
- El principio de privacidad confidencialidad
- El principio de objetividad y;
- El principio de legalidad

Dentro de los principios generales el COIP en su artículo 3 se establece el principio de mínima intervención penal del que se tipifica que es legitimado siempre y

cuando haya de ser rigurosamente necesaria para el amparo de los sujetos, el mismo artículo además agrega que este principio instituye el último recurso, cuando no han de ser suficientes los métodos extrapenales.

### **1.3.Principio de mínima intervención penal**

#### **1.3.1. Generalidades doctrinales**

El principio de mínima intervención penal, debido a su importancia ha ido motivo de estudio de varios juristas expertos en la materia, pues, como figura dentro del marco constitucional y procesal, protege y otorga garantías no solo a los procesados sino al mismo derecho penal

Como primer jurista se cita al El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, (2009)<sup>6</sup>, que señala a este principio dentro del contexto de que el derecho penal es un derecho de mínimos:

El Derecho Penal es un derecho de mínimos, que ha de inmiscuirse allí donde no haya más remedio, cuando la ausencia de alternativas sancionadoras más eficientes se revele como la única respuesta viable frente a proceder reprochables que perturben a los bienes jurídicos más preciados. (p.16).

Por otro lado el reconocido Ferrajoli<sup>7</sup>, sobre el principio de mínima a intervención penal ha puesto en manifiesto que: *“este principio se llamaría de necesidad y estaría dirigido al legislador”*. (Ferrajoli, 1998).

---

<sup>6</sup> Zambrano Pasquel, Alfonso. (2009), *Estudio Introductorio a las Reformas al Código de Procedimiento Penal*. 1era edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi. (1998). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 3ra edición. Madrid: Editorial Trotta.

Indagando al ecuatoriano Cruz, (2010)<sup>8</sup>, señala que:

En la actualidad el principio de intervención mínima se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. Supone que el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. (p. 67).

Bustos, (1997)<sup>9</sup>, acerca de este principio enseña:

Del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de subsidiariedad o ultima ratio y fragmentariedad del Derecho Penal. Juntos, representan una garantía de limitación del ius puniendi del Estado, que justifica esta intervención estatal sólo cuando resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política en un sistema. (p.66).

Tal como lo señala el jurista mencionado, del principio de mínima intervención penal se dependen dos particularidades o caracteres:

- 1) Ultima ratio o subsidiariedad
- 2) Fragmentariedad

Remitiendo la investigación nuevamente a la obra de Zambrano Pasquel, se registra el argumento emitido por este experto a favor del principio de mínima intervención penal, así se mencionan los siguientes:

- Dota de carácter flexible al derecho penal.

---

<sup>8</sup> Cruz Riofrio Fernando. (2010) *“El Modelo Adversarial en el Sistema Procesal Penal”*. 1ra edición. Loja, Ecuador: Editorial UTPL.

<sup>9</sup> Bustos Ramírez, Juan, y otros. (1997) *Lecciones de derecho penal*. Vol, I. Madrid, España: Editorial Trotta.

- Impide que la pena de cárcel se convierta para el delincuente en un instituto del delito.
- Descongestiona la actividad judicial.
- Aplaca el poder punitivo gubernamental y por ende establece el cimiento de un Estado de Derecho.
- Gestiona economía social, mediante la cual, se pretende la búsqueda del mayor bien social con el menor costo social.

### **1.3.2. Caracteres del principio de mínima intervención penal**

Como se mencionó en líneas anteriores, el derecho penal mínimo representado por el principio de mínima intervención penal, envuelve dos caracteres principales, como lo son: la última ratio o subsidiariedad y la fragmentariedad.

#### **Ultima ratio o subsidiariedad**

La última ratio, envuelve el carácter subsidiario del derecho penal, que significa el último recurso del Estado, la Dra. Castiñeira, (2011)<sup>10</sup>, profesora de derecho penal en la Universidad Autónoma de Barcelona, sostiene que:

(...) Carácter subsidiario o de última ratio simboliza que sólo se ha de acudir al derecho penal cuando los demás medios de que dispone el estado resultan ineficaces o insuficientes. Si existen otros medios no es lícito acudir al derecho Penal. Esta exigencia deriva de la constatación de que la pena y la medida de

---

<sup>10</sup> Castiñeira Palou, Teresa. (2011). "*Ventas a plazos y apropiación indebida*". [En línea]. Consultado: [26, febrero, 2018]. Recuperado de: <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/f8d2a0b5ee4651a386256d44006c123c/5e7954a6894d2a0306256b3e0073e957?OpenDocument>

seguridad no son los únicos medios de protección del orden social de que dispone un Estado moderno. (¶).

Entonces de acuerdo a la autora citada, el contexto de la subsidiariedad del principio de mínima intervención penal como último recurso del derecho penal ha de entenderse que únicamente se ha de utilizar la vía penal cuando los otros recursos de que dispone el Estado sean inútiles, ello por ser el medio más grave. Así también lo expresa Muñoz Conde, citado por Milanese<sup>11</sup>:

(...) La subsidiariedad radica en recurrir al Derecho penal, como representación de control social, únicamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes, es decir, "cuando han de fracasar las demás barreras protectoras del bien jurídico que proporcionan otras ramas del derecho. (p.5).

Entonces la subsidiariedad es aquella que dentro del principio de mínima intervención penal se exterioriza cuando la agresión cometida no haya sido de gravedad, o el bien jurídico no sea considerado tan importante, o cuando el conflicto legal pueda ser resuelto con medidas menos radicales que las sanciones penales propias o por otras vías como por ejemplo la civil, administrativa, etc.,.

En efecto, es posible el plantear la cuestión de si la sanción penal puede coexistir con una sanción de naturaleza no penal, como la civil o administrativa. Es importante anotar, que el hecho de que se haya reconocido el carácter subsidiario del Derecho penal frente a las demás disciplinas no significa, ni mucho menos, que el Derecho penal sea

---

<sup>11</sup> Milanese, Pablo. (s/f). *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención*

*Mínima*. [En línea]. Consultado: [26, febrero, 2018]. Recuperado de: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_33.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf)

accesorio, esté por debajo, o de inferior jerarquía respecto a las demás ciencias, sino simplemente que como ya se ha precisado.

En este contexto mediante esta particularidad, constituye el último recurso, “la última ratio”, a la que se debe acudir para resolver el conflicto con la ley cuando sea de sobrada inutilidad los otros mecanismos legales con que cuenta el Estado para la posible corrección de la conducta que se encuentra en franco enfrentamiento con el ordenamiento legal.

### **Fragmentación del derecho penal**

Por esta característica que también está envuelta en el principio de mínima intervención penal se manifiesta que el Derecho penal como tal, no puede patrocinar todos los intereses sociales, sino que ha de limitarse a resguardar exclusivamente los intereses esenciales, lo que significa que, no se resguardan todas las agresiones posibles sino que, el Derecho penal ha de limitarse a protegerles de los ataques más graves.

En este contexto, la intervención penal mínima, representa elementalmente reservar la sanción penal para aquellos procesos que reúnan dos realidades:

- 1) Que los bienes jurídicos lesionados por las infracciones, ha de ser de especial importancia.
- 2) Que los otros recursos legales de un Estado hayan sido declarados como insuficientes.

Para concluir lo registrado respecto del principio de mínima intervención penal, se deja en claro, que la aplicación de este principio es primordial porque cumple con el deber del derecho penal mínimo, que no intercede de cara a la reglamentación de todas las conductas del individuo en sociedad, sino directamente en disposición a evitar los atentados más graves o peligrosos que han de dirigirse hacia bienes jurídicos significativos.

#### **1.4.El tipo penal**

El tipo penal dentro del contexto del derecho procesal penal es la descripción del comportamiento ilícito contenida en la ley. Así lo menciona el tratadista Enrique Bacigalupo<sup>12</sup>: “El tipo penal es la descripción de la conducta prohibida por una norma” (Bacigalupo, 2014, p. 31).

Para el Dr. Alfonso Reyes, citado por Zambrano<sup>13</sup>, marca; “el tipo penal es la abstracción descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible”. (Zambrano, 2014, p.33). Entonces conforme las definiciones, el tipo penal es aquel elemento que describe literalmente la configuración de una infracción penal., lo que quiere decir también, que está ligado al principio de legalidad.

Para que se configure el tipo penal, el individuo ha de efectuar la conducta típica que es la adecuación de ésta al tipo penal. El tipo penal y la conducta típica pertenecen al

---

<sup>12</sup> Bacigalupo, Enrique. (2014) “*Lineamientos de la Teoría del Delito*”. Argentina: editorial Hammurabi.

<sup>13</sup> Zambrano Pasquel, Alfonso. (2008). *Manual de Derecho Penal, parte general*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

primer elemento de la teoría del delito que es la tipicidad, este elemento que es definido por el mismo COIP en la legislación ecuatoriana y por varios juristas y tratadistas. Así Muñoz<sup>14</sup>, manifiesta que: “Es “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley pena” (Muñoz, 2004, p.251).

Mencionado que fue el COIP<sup>15</sup>, su artículo 25, expone: “Artículo 25.- Tipicidad.- Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes” (Coip, 2014). El jurista ecuatoriano, Albán<sup>16</sup>, sostiene en su obra que: “La tipicidad, el segundo elemento esencial del delito, es justamente la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley. En ese caso estaremos frente a un acto típico”. (Albán, 2009, p.174).

Revisando documentos en línea, se encuentra una exposición de Ticona<sup>17</sup>, quien de la tipicidad presenta:

(...) Tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación se denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base al bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo pena (p.2).

Revisando a Peña y otros, (2010)<sup>18</sup>, en relación al tipo penal y tipicidad mencionan:

---

<sup>14</sup> Muñoz Conde, Francisco y García. (2004). “*Derecho Penal. Parte General*”. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.

<sup>15</sup> Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial N° 180.

<sup>16</sup> Albán Gómez, Ernesto. (2009). “*Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*”. Quito, Ecuador: Ediciones legales.

<sup>17</sup> Ticona Zela, Eufacio. (s/f). “*Teoría de la tipicidad*”. [En línea]. Consultado: [26, febrero, 2018]. En: [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2206\\_02\\_ticona\\_zela.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2206_02_ticona_zela.pdf)

Es la acomodamiento del hecho humano voluntario consumado por el individuo a la figura relatada por la ley penal como delito. Es el acomodamiento, el encaje, adecuación, la subsunción del suceso humano voluntario al tipo penal. Si se ajusta es señal de que es delito. Si el ajuste no es completo no hay delito. La adecuación ha de ser jurídica, no ha de ser una adecuación social (p.131).

De todo lo manifestado, se anota entonces que el tipo penal en efecto, en el contexto de representación de la tipicidad ha de desempeñar un papel significativo, esto debido a que, ejecuta las funciones de garantía en el ámbito procesal y penal. En el ámbito procesal, por cuanto, si el supuesto de hecho se ajusta a la descripción se ha de entender que ocurren indicios de culpabilidad.

Recurriendo nuevamente a la obra de Albán Gómez, (2009)<sup>19</sup>, expone:

(...) Para comprobar lo primero hace falta que el acto reúna los elementos descriptivos y normativos previstos en la ley; pero es indispensable, sostiene, que se compruebe también la presencia del tipo subjetivo, es decir si la conducta es dolosa; o, en los casos en que excepcionalmente la ley lo prevé, si la conducta es culposa (o imprudente, como generalmente la califica la doctrina). Bajo este esquema el análisis del dolo y de la culpa no se realiza al estudiarse la culpabilidad, sino en el examen de la tipicidad. Por ello de no comprobarse la existencia de dolo o culpa, el acto es irrelevante para el derecho penal ni se requiere dar inicio a un proceso. (p. 145).

Para que se adecue una conducta al tipo han de cumplirse todos sus elementos, objetivos, subjetivos, verbales, etc., con la finalidad que no se llegue a mover todo el aparato judicial, de no ser una conducta típica la que llega al conocimiento del Fiscal que investiga un suceso, éste no tiene por qué seguirla en razón y aplicación de la

---

<sup>18</sup> Peña Gonzales, Oscar. y otros. (2010). *“Teoría del delito: Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso”*. Perú: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L

<sup>19</sup>Albán Gómez, Ernesto. (2009). *“Manual de derecho penal Ecuatoriano: Parte general”*. Quito, Ecuador: Editorial Ediciones legales S.A.

subsidiaridad penal, uno porque podría haber: errónea aplicación del tipo o ausencia del tipo.

#### **1.4.1. Ausencia del tipo penal**

En los párrafos sobre el tipo penal se ha puesto en manifiesto que de no existir una conducta que se adecue al tipo no se consumará la infracción penal, no habrá delito o contravención, pues, han de cumplirse los elementos del tipo para que se configure el delito, de lo contrario se estaría frente a una ausencia del tipo penal que tipifica la ley.

Citando a Jiménez de Azua<sup>20</sup>, manifiesta respecto de la ausencia del tipo: “El hecho no está descrito en el Código Penal como delito. La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley (Jiménez, 2005, p.578).

Volviendo a citar otra obra del jurista Bacigalupo, (1999)<sup>21</sup>, en relación a la ausencia del tipo penal ha dicho:

Quando en la acción falta cualquiera de los elementos detallados en la ley, y sabe darse por falta de calidad en el sujeto activo, calidad en el sujeto pasivo, componente valorativo en el objeto del delito; referencias temporales o espaciales; medio previsto; elementos subjetivos del injusto. Lo que acarrea como consecuencia la imposibilidad de que la acción se adecue a todos los elementos que el legislador ha empleado para hipotetizar el delito (p.219).

---

<sup>20</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. (2005). “*La ley y el delito. Principios del Derecho penal*”. 4ª edición. Buenos aires. Editorial Abeledo-Perrot.

<sup>21</sup> Bacigalupo, Ernesto. (1999). “*Derecho penal Parte General*”. 2da. Edición. Buenos Aires Editorial Hammurabi.

La ausencia del tipo ocurre pues, cuando de todos los elementos que contiene un determinado tipo penal no se cumple uno, falta uno, ya que el derecho penal se maneja por la teoría del delito, y si no hay tipo no hay tipicidad porque no existe el presupuesto usual del delito.

### **1.5. Dolo penal y dolo civil.-**

En relación al estudio de caso se hace una breve aportación de las diferencias que existen en el dolo penal y civil siendo materias diferentes, si bien es cierto una conducta de carácter civil puede tener un carácter penal, pero por lo general los mismos cuerpos civiles mencionan cuando y en que circunstancias ese dolo pasa a ser materia penal, por lo general se encuentra en los incumplimientos contractuales.

Para tener en consideración que el contratante no dio cumplimiento al contrato y ha incidido en una infracción de naturaleza penal, es puntual acreditar que dicho sujeto, desde el momento en el que hizo la celebración del contrato había decidido dolosamente no cumplirlo, cuestión que ha de demostrarse, luego, que la operación aparentemente civil fue generada por el dolo penal de una de las partes. En el caso que nos ocupa se observa que el incumplimiento de lo pactado por parte del procesado, fue una circunstancia que sobrevino posterior al acto inicial en el que predominó la voluntad de cumplir con el acuerdo al que habían llegado, este asunto visto así corresponde a la jurisdicción civil, y por ello su incidencia en el principio de mínima intervención que los jueces obvian, al no considerar éste como la última ratio, viendo que el problema partía del área civil, y allí en donde debió solucionarse.

Como lo menciona Jacobo Gómez<sup>22</sup>, “La diferencia entre dolo civil y dolo penal no puede derivarse sin más de si el engaño es o no “bastante para producir error” del engaño”

Como lo menciona Suárez Tejera, La diferencia entre el dolo civil como vicio de la voluntad y el delito de estafa en el derecho cubano, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, marzo 2011.

## **1.6. Delito de abuso de confianza**

### **1.6.1. Generalidades**

Antes de registrar lo que dice el cuerpo legal sobre este delito, se anota que en lo personal este delito se configura cuando una persona a la que se la confiado alguna cosa de cualquier especie, para que estas cosas fueran devueltas y para que les dé un uso específico y que esta tercera persona haga uso de mala fe de estas cosas, por ejemplo dañarlos, malgastarlos, o darle otro fin que sea fraudulento. Es decir, que esa persona abusa de la confianza que los dueños de las cosas han puesta en ella.

Para Abello<sup>23</sup>, (2010):

El abuso de confianza consiste en apropiarse de la cosa de la cual el sujeto agente tiene la posesión a nombre de otro (mera tenencia), o sea en incorporar al dominio del sujeto activo la cosa que es del pasivo; es convertir arbitrariamente en dominio lo que es una mera tenencia, para transformar una relación posesoria legítima. (p.183).

---

<sup>22</sup> Gomez, Jacobo. (2012). Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación. S.L: S.E.

<sup>23</sup> Abello Gual, Jorge. (2010). *El abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza en la responsabilidad penal empresarial en Colombia*. [En línea]. Consultado: [27, febrero, 2018]. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/876/87617271011.pdf>

Cornejo<sup>24</sup> respecto de este tipo penal menciona en un artículo de la revista judicial

“derechoecuador lo siguiente:

(...) El Diccionario de la lengua lo define como la infidelidad que consiste en burlar o perjudicar a otro que, por inexperiencia, afecto, bondad excesiva o descuido, le ha dado crédito. (...) Cabe puntualizar, que el abuso de confianza es un delito autónomo y no una circunstancia agravante o una modalidad del robo, figura con la que en un principio estuvo confundido y posteriormente con el fraude. Se configura cuando alguien adquiere la tenencia de una cosa mueble (no la propiedad) y el que goza de esa tenencia dispone de la cosa para sí o para otro, perjudicando a alguien.(...) También se equipara a esta figura el caso del poseedor o propietario que disponga de su cosa mueble, cuando no podía hacerlo, por haber constituido sobre ella algún derecho a favor de un tercero, o al que hace pasar como propio un depósito.(párr. 1)

### **1.5.2. Configuración del tipo penal de abuso de confianza**

El Artículo 187 del Coip determina que para que se configure este delito como tal, la persona ha de disponer, para sí o una tercera persona, dinero, bienes o activos patrimoniales facilitados con la condición de que serán restituidos o usados de una forma determinada. De incurrir en este delito cumplirá con una sanción de uno a tres años de pena privativa de libertad.

El mismo artículo en su segundo párrafo también impone la misma pena cuando el individuo abusa de una firma de otra persona, en algún documento que se halle en blanco.

---

<sup>24</sup> Cornejo Aguilar, Jose. (2015). [En línea]. Consultado: [27, febrero, 2018]. Recuperado de: <https://www.derechoecuador.com/delito-de-abuso-de-confianza>

## **1.7. Inadecuada adecuación del tipo**

Como se ha manifestado, uno de los elementos del delito como lo es la tipicidad, lo que se refiere a la adecuación de una conducta a un tipo penal, es de vital importancia tener en claro que es la tipicidad y cuáles son los elementos constitutivos de un delito para así en un futuro como profesionales no incurrir en una errónea adecuación de un tipo penal, como se presume ha ocurrido en el caso objeto del estudio

Como se menciona en el apartado anterior la conducta típica del abuso de confianza se basa en la confiscación fraudulenta en provecho de la propia persona o de un tercero de una cosa, mueble, elementalmente ésta tiene que ser ajena, la misma que he de ser recibida del dueño sin que se tope con un título no traslativo de dominio, y para un uso determinado. Este delito para su adecuación al tipo penal demanda la acción de la apropiación o sustracción del bien tutelado, que disminuye el patrimonio de la víctima por la pérdida de sus bienes, pues el bien jurídico tutelado de éste es el patrimonio.

## CAPÍTULO II

### ANÁLISIS DEL CASO

#### 2.1. Hechos de interés

Antes del inicio del análisis puntual de los fallos que han llevado a que una persona esté pagando prisión por una deuda porque se ha hecho una errónea aplicación de tipo penal y se ha obviado la aplicación de la mínima intervención penal en el contexto de la subsidiaridad, ya que se ha seguido un proceso penal cuando el conflicto pudo haber sido resuelto por otra vía, es importante anotar los hechos facticos que fueron presentados en el proyecto de pre defensa para partir de la idea principal de lo que se va defender.

Entre los hechos facticos o hechos de entenderes del caso tenemos que: El caso penal No. 13283-2015-01325, inicia con la denuncia de las víctimas de un supuesto abuso de confianza, donde el Fiscal acusa a los procesados porque vendieron una carro a los denunciantes, los cuales al momento de realizarse la compraventa acordaron pagar con cheques el valor de 20.000.

De dicho auto, se hizo la compraventa delante un notario, la Fiscalía alega en las audiencias que las víctimas al momento de ir a cobrar los cheques se los protestan por cuenta cerrada, por lo que expresa que la conducta se adecua al tipo penal del delito de abuso de confianza tipificado en el artículo 187, por que los procesados no han cumplido con lo pactado respecto al pago.

En esta primera instancia la defensa técnica de los procesados en su teoría del caso enuncia que hay improcedencia de la acción penal, por cuanto el hecho fáctico en la presente causa es de tipo mercantil, la cual tiene una vía expedita y natural en la legislación ecuatoriana que es la vía civil.

La Fiscalía, con el fin de probar su alegato inicial hizo comparecer a rendir testimonio a las víctimas y al Abogado de éstos que estuvo presente en el negocio de la compraventa quienes en audiencia manifiestan fehacientemente los procesados compraron el auto, que pagaron con cheques, que al momento de cobrar fueron procesados por cuenta cerrada.

La fiscalía con los elementos probatorios que practica en la audiencia de juicio alega que indica que se cumple en forma contundente lo indicado en el Artículo 455 del COIP, pues, no tan solo se demostró la materialidad o la existencia jurídica de la infracción y la responsabilidad penal de las pruebas incorporadas, sino también el vínculo jurídico mediante la judicialización de las pruebas incorporadas.

El fiscal asegura que la conducta es la establecida en el artículo 187, Inciso 1 del COIP, sugiriendo la pena de DOS AÑOS, en calidad de autores directos conforme al artículo 41, literal a). Mientras que la defensa manifiesta que no existe tal abuso de confianza que hay de por medio un cheque, hay un título ejecutivo, se dice que se debió haberse reclamado en la vía Civil o en la vía mercantil, pero no lo penal.

El fiscal dice que esto es equivocado porque, no toda deuda es civil, ni todo acto es mercantil y que estos tipos penales, como la estafa y el abuso de confianza siempre se presta para alegar este tipo de situaciones pero la Fiscalía no ha venido a reclamar por una deuda, por un cheque o por algo que no se pagó, ya que en este caso se ha demostrado la existencia del dolo, del designio de causar daños del sujeto activo para con el sujeto pasivo.

El tribunal al hacer su análisis determina que efectivamente existe un título traslativo de dominio como lo es la compraventa donde las supuestas víctimas firman y en dicho documento se imprime: la vendedora manifiesta haber recibido el valor de contado, y a su entera satisfacción y contento y en moneda de curso legal en el país ; lo que evidencia que por la compraventa del vehículo la compradora canceló en dinero en efectivo la totalidad del valor pactado con la vendedora, perfeccionándose así el traspaso del dominio del vehículo.

Señala el Juez que en la especie no se demostró el delito de confianza que se caracteriza por la apropiación del bien mueble ajeno por parte de quien lo ha recibido por un título no traslativo de dominio de la cosa, lo cual constituye el presupuesto esencial del delito y en la audiencia de juicio no se demostró el acto de "apropiación" en el cual consiste el momento consumativo del abuso de confianza, con esta motivación decide resolver a favor de los procesados ratificando su estado de inocencia.

La Fiscalía le hace conocer al Juez que se equivoca en su resolución y apela esta sentencia a la Sala de lo penal en la que los jueces revocan la sentencia venida en grado y

declara culpable a los procesados y las condenas a 3 años de prisión, los jueces de la sala, no en su totalidad, pues hay un voto salvado, señalan que si hay abuso de confianza porque se cumplen todos los elementos del tipo así como el núcleo, verbo rector y el elemento subjetivo.

El Tribunal de Alzada considera que efectivamente el contrato de compraventa del vehículo, ha sido utilizado para perjudicar a la vendedora, que es lo que en derecho se conoce como el dolo contractual; y que por haber incurrido en el engaño de que se le iba a cancelar con cheques y que no se lo hizo se configura el delito de bausa de confianza.

Con el relato de los hechos de interés, se explica que en el presente caso el problema principal que se ha encontrado es que, no se aplica el principio de mínima intervención penal, principio que se aplica siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos.

## **2.2. Sentencia de la unidad judicial penal**

En el presente caso el problema principal que se ha encontrado es que no se aplica el principio de mínima intervención penal, principio que se aplica siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos, el problema principal se ha evidenciado en la sentencia de segunda instancia, pero se considera importante revisar la primera resolución para determinar si los jueces han practicado este principio en su fallo, aunque

antes de empezar el análisis cabe señalar que en primer lugar a quien le corresponde la sujeción y aplicación del principio en un primer plano es a la Fiscalía que es la encargada de la investigación en todas sus fases.

Como se ha mencionado la causa motivo del presente fallo llega a conocimiento del Tribunal Penal de la ciudad de Portoviejo con el Auto de llamamiento a Juicio dictado por el Juez en contra de los procesados como presuntos AUTORES DIRECTOS del delito de ABUSO DE CONFIANZA de conformidad con el Art. 187 COIP en perjuicio de la víctima, esta primer sentencia ratifica el estado de inocencia de los procesados.

Para llegar a la conclusión de que los procesados son inocentes hay que analizar de manera puntual en que se ha fundamentado el tribunal para llegar a esa convicción, así, como en toda sentencia primero se pronuncian sobre la jurisdicción, competencia y validez del proceso:

(...) PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- Este Tribunal de Garantías Penales de Manabí en virtud del respectivo sorteo es competente para conocer y resolver la situación jurídica de los ciudadanos CLARA AURORA SOLÓRZANO ZAMBRANO y JHON MARCELO SOLÓRZANO ZAMBRANO de acuerdo al Reglamento de Sorteos y de lo establecido mediante Resolución 190-2013 del Consejo de la Judicatura, publicada en el R.O. # 182 del día miércoles 12 de febrero del 2014, en la que se crea el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Portoviejo provincia de Manabí, y en razón de los Artículos 398, 399, 402 y 404.1 del Código Orgánico Integral Penal en concordancia con los Artículos 156, 163.1, 220, 221 y 222 del Código Orgánico de la Función Judicial, y Arts. 172, 177 y 178 de la Constitución de la República. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Dentro de la sustanciación de este proceso se han observado los lineamientos procesales y constitucionales vigentes, no se ha vulnerado ninguna garantía básica del debido proceso consagrado en la Constitución de la República, así como los Convenios y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, por lo que al no advertir ningún vicio u omisión de

solemnidad sustancial que pudiera acarrear la nulidad de la causa, este Tribunal declara la validez procesal. (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

En primer plano puede parecer innecesario que se registre esta parte de la sentencia por cuanto podría no ser de interés en el análisis del caso, pero cabe indicar que es inclusive una formalidad en donde los jueces manifiestan que hace uso y aplicación de los principios constitucionales, pero en algunos casos a pesar de expresar aquello hacen omisión principios sustanciales.

Ahora toca hacer el análisis de lo anotado en el fallo, para ello toca hacer la revisión de la teoría del caso que planteó la fiscalía para solicitar tres años de prisión a los procesados, así en la sentencia del expediente se registra lo siguiente:

(...) TEORÍA DEL CASO.- EL FISCAL CANTONAL, que el 27 de noviembre del 2014, la ciudadana de nombres Clara Aurora Solórzano Zambrano se hizo entregar un vehículo marca Mazda 6, de placas GUV-0393, ofreciendo entregar a cambio la cantidad de \$. 20.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, lo cual realizó la entrega de los cheques N° 0000512 y 0000558, uno por \$.5000 dólares y el otro por \$.15.000 dólares, para poder ser cobrados en fechas posteriores, esto es, febrero 24 del 2015, y marzo 13 del 2015 respectivamente, firmados por la acusada Clara Aurora Solórzano Zambrano, de su cuenta personal N° 1005022226 del Banco Bolivariano y entregados a la víctima y propietaria del vehículo quien en vida se llamó Olivia Proaño Villavicencio, por todo aquello existe una carta de venta del mencionado vehículo, esto por la estrecha relación de confianza por la amistad que mantenían de tantos años, por intermedio de su hermano John Marcelo Solórzano Zambrano, en todo este tiempo la ciudadana que se encuentra en calidad de acusada utilizó y utiliza el mencionado vehículo, para su beneficio propio. Con fecha 7 de abril del 2015, quien en vida se llamó Olivia Mariana Proaño Villavicencio realizó el cobro de ambos cheques, siendo devueltos por cuenta cerrada, por lo cual procedió a realizar un sinnúmero de llamadas y mensajes en diferentes fechas y horas a los ciudadanos acusados, manifestándole con diversos e ínfimos engaños que le devolvería el dinero que jamás pudo ser cobrado, pese a que la víctima manifestó que solo quería devuelto su dinero, jamás se le restituyó ni el bien mueble entregado, ni el indicado dinero, abusando de la confianza por parte de los señores acusados a quien en vida se llamó Olivia

Mariana Proaño Villavicencio. Una vez que se ha establecido la teoría del caso, la Fiscalía se encuentra en la posibilidad de demostrar con elementos contundentes que la conducta de los hoy acusados se adecua a lo establecido en el Art. 187 inciso primero del COIP, de igual forma, respecto al Bien jurídico tutelado en el momento oportuno la Fiscalía lo va a identificar, con el grado de participación establecido en el Art. 42 numeral 1, literal a), esto es, la autoría directa. (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

De este primer extracto se puede observar que la Fiscalía ha formulado cargos, ha hecho su dictamen fiscal en la etapa de evaluación y preparatoria a juicio hasta acusar en esta audiencia de juicio por el delito de abuso de confianza, pero como se puede leer en la parte del fallo que se ha anotado y como consta en el expediente lo que la fiscalía denuncia que, los cheques con los que han cancelado el auto vendido (con justo título) fueron protestados por cuenta cerrada.

Como este caso comenzó con la acusación particular de las supuestas víctimas, la acusación particular se da mediante el profesional del derecho que representa a la misma, que en su alegato inicial o su teoría del caso, hace mención a los mismos hechos que ha manifestado la fiscalía.

(...) LA ACUSADORA PARTICULAR, ABOGADA ÁNGELA VILLAVICENCIO ALCÍVAR, representada legalmente por el Abogado Franklin De la Cruz Intriago manifestó que con fecha martes 22 de diciembre del 2015 se presentó la respectiva acusación particular ante la Unidad Judicial Penal, la misma que fue firmada en ese entonces por la señora Olivia Mariana Proaño Villavicencio, quien falleció el día 12 de febrero del 2016, lo que se hizo conocer a las autoridades y con fecha martes 23 de febrero del 2016, el Tribunal autorizó a la señora Mariana Villavicencio Alcívar para que asuma la representación de los derechos de su hija; indicó que en este caso, la acusación particular se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por Fiscalía, pues existen los elementos de convicción, tanto en el expediente del Tribunal como en las investigaciones respectivas, lo que se demostrará en el desarrollo de esta diligencia. Haciendo una breve síntesis, manifestó que Olivia Mariela Proaño Villavicencio

con la finalidad de poder vender su vehículo y poder obtener otro vehículo más, ya que ella tiene un hijo con síndrome de down, por esa razón quiso hacer otra compra de vehículo para obtener el beneficio de su hijo, pero sin embargo, por las circunstancias que ocurrieron no se efectivizó la compra del vehículo, toda vez que, los cheques que fueron emitidos por la señora Clara Solórzano Zambrano, a través de su hermano John Marcelo Solórzano Zambrano quien está procesado en este acto, quienes entregaron dos cheques, uno por el valor de \$.15.000 dólares y otro por el valor de \$.5.000 dólares, con la finalidad de efectivizar la compra- venta del vehículo antes mencionado, esto es, el Mazda 6, placas GUV-0393, una vez que se cumplió con la fecha de cobro, los cheques salieron protestados por cuenta cerrada, con esta finalidad, la acusación particular en el momento oportuno va a demostrar con pruebas y elementos de convicción para que lleguen a la certeza que existe el delito de abuso de confianza tipificado en el Art. 187 del COIP. 3).

Como se observa la teoría del caso es la misma identificada por la fiscalía, las supuestas víctimas reclaman y asumen que hay un abuso de confianza por cuanto, los cheques que han sido entregados al momento de la **compraventa**, se subraya y resalta con negrita la compraventa, porque como consta en el expediente y es mencionado tanto por la fiscalía y acusación particular, la venta se hizo cumpliendo con todas las formalidades y solemnidades para la ejecución de la misma.

Lo antedicho, quiere decir que al firmarse el contrato de compraventa, se pasó la propiedad del auto al ahora procesado, por lo que, ya; el bien desde ese momento no tenía la condición de ser devuelto o restituido, que es un elemento para que se adecue el tipo penal del delito de abuso de confianza, más o menos así también lo manifiesta en el juicio la defensa:

(...) LA DEFENSA de las personas procesadas CLARA AURORA SOLÓRZANO ZAMBRANO y JHON MARCELO SOLÓRZANO ZAMBRANO, representados por el Defensor Público Abogado Rolando Briones Mera anunció como teoría del caso improcedencia de la acción penal, por cuanto el hecho fáctico en la presente causa es de tipo mercantil, la cual tiene una vía expedita y natural en la legislación ecuatoriana que es la vía civil (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

Estos investigadores concuerdan con la teoría y alegatos de la defensa técnica de los procesados, más adelante se fundamentará de manera legal, doctrina jurisprudencial el por qué. En los hechos facticos de manera resumida se indicó que la Fiscalía con las pruebas practicadas afirma que se cumplen los presupuestos para la conducta típica del delito de abuso de confianza, estas pruebas que practicó el Fiscal fueron:

El testimonio de la acusadora particular, abogada en libre ejercicio profesional y madre de la víctima en la presente causa. En relación a los hechos manifestó que tiene conocimiento que su hija vendió un vehículo a los señores procesados, lo que conoce porque prácticamente convivía con su hija, que la hija le dijo que iba a dar en venta este vehículo, que le dijeron que los procesados le iban a dar \$.10.000 dólares, y a los días, ella escuchaba a su hija enojada diciendo que no le habían cumplido con el pago y su hija les dijo “vamos a juicio, ustedes no son de palabra”, que la conversación que ella estaba escuchando era con el señor John, porque le decía “eres mentiroso, no me cumples”. Que su hija no se dedicaba a la compra y venta de vehículos, solo el de ella lo dio en venta. (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

Como segunda prueba testimonial, se practica por la fiscalía el testimonio del señor Jorge Luis Sornoza Barreiro, de profesión abogado y ex esposo de la señora Olivia Proaño; indicó que acudió a esta audiencia por motivo de la venta de un vehículo que nunca fue pagado; que su esposa vendió el carro al señor Jhon Marcelo por la amistad que tenían, en el cual él (testigo) estaba en medio, entonces se le vendió el carro incluso con la carta de venta, él dio dos cheques uno de \$.15.000 y otro de \$.5000 dólares posfechados, y

al llegar el tiempo fue a cobrar los cheques que salieron protestados por cuenta cerrada y hasta el día de hoy no se ha dado solución. (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

El tercer testimonio le corresponde al TESTIMONIO del investigador de la Policía Judicial quien fue delegado para realizar las pericias establecidas en el Art. 44, numerales 4, 5 y 6 del Código de Procedimiento Penal; procedió a receptar la versión de la víctima, así como el reconocimiento del lugar de los hechos, donde la señora afirmó haber entregado su vehículo y recibido los cheques de parte del señor que se encuentra procesado, dijo haber recibido dos cheques de la cuenta No. 100502222-6 del Banco Bolivariano: el cheque No° 000512 por un valor de \$.5000 dólares y el cheque 0000558 por \$.15.000 dólares, a nombre de Clara Solórzano Zambrano. La señora dijo que en su teléfono tenía varios mensajes de texto que había recibido pocos días antes, por tal razón se tomó una foto y solicitó que la información sea extraída por personal de Criminalística para que sea anexada al proceso, no se anexó ninguna fotografía del teléfono. (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

El cuarto testimonio que será transcrito es el Testimonio De La Señora Cabo Primero De Policía María De Los Ángeles Zambrano Mendoza, perito de la Unidad de Apoyo de Criminalística quien manifestó haber realizado una pericia de audio y video a un teléfono que le fue entregado mediante cadena de custodia por parte de la víctima, cuyo objeto de la pericia era la extracción de la información de los mensajes que había en el teléfono, exclusivamente de la aplicación mensajería instantánea whatsapp con el usuario “Marcelo Mazda 6”, realizó la transcripción de un archivo de video que constaba en la memoria del teléfono donde intervenían tres personas, dos de sexo femenino y una

de sexo masculino. No se procede a registrar lo contenido de los mensajes por considerarlos demasiado extensos, pero en lo principal son mensajes de la señora que venció el auto cobrando la deuda de los cheques a los procesados, y estos últimos pidiéndole tiempo y diciéndole que le iban a pagar.

Como Prueba Documental, la Fiscalía practica:

1. La denuncia presentada por víctima.
2. Los cheques con los que se justifica la teoría del caso.
3. El contrato de compra venta del vehículo, realizada en la notaria Segunda de Portoviejo.
4. La copia certificada de la tarjeta índice, tarjeta dactilar y certificado biométrico remitida por la Dirección General de Registro Civil de los ciudadanos Clara Aurora Solórzano Zambrano y Jhon Marcelo Solórzano Zambrano.
5. El Certificado emitido por el Ministerio de Trabajo, el certificado de Aportaciones de la procesada Clara Solórzano en el IESS, la certificación del vehículo emitida por la empresa Pública Portovial
6. Certificación emitida por el Banco Bolivariano en relación al cheque por un valor de \$.15.000,00,
7. El certificado del Servicio de Rentas Internas en donde consta que el vehículo perteneció a la víctima.
8. Informe de Reconocimiento de lugar de los hechos y de investigaciones

Por su lado la defensa técnica de los procesados practican como prueba documental, la certificación en donde consta que en relación a la señora clara no se encontraron coincidencias en materia penal; en cuanto al procesado JHON se encontraron varias coincidencias, por delito de abuso de confianza y por delitos de Estafa.

El fiscal en su alegato final expresa que existe cierta interpretación respecto al abuso de confianza, pues muchas veces, cuando de por medio hay un cheque, hay un título ejecutivo, se dice que se debió haberse reclamado en la vía Civil o en la vía mercantil, pero no lo penal, lo cual es totalmente equivocado, porque no todas las circunstancias son iguales, no toda deuda es civil, ni todo acto es mercantil. (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015). Con lo dicho afirma:

(...) En varias otras causas similares se ha mencionado el Reglamento de Facturación de comprobantes emitido por el Servicio de Rentas Internas, que trata sobre comprobantes de ventas, facturas, cheques; también se suele invocar el Código Orgánico Monetario Financiero Art. 478, 497 517, 566, para desvirtuar la teoría lo de la Fiscalía; se invoca al Código Civil, Código de Procedimiento Civil, actos de comercio, que es la teoría de la defensa técnica para intentar desviar la causa hacia otra vía pero la historia nos ha enseñado y nos ha demostrado que no todo en la vida es civil o mercantil, estos actos, estos tipos penales, como la estafa y el abuso de confianza siempre se presta para alegar este tipo de situaciones pero la Fiscalía no ha venido a reclamar por una deuda, por un cheque o por algo que no se pagó, ya que en este caso se ha demostrado la existencia del dolo, del designio de causar daños del sujeto activo para con el sujeto pasivo. (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

En este punto cabe indicar que si bien la Fiscalía tiene razón al decir que “no toda deuda es civil, ni todo acto es mercantil”, está en lo cierto así lo establece la doctrina y la jurisprudencia, pero no es menos cierto que así mismo no todo acto es penal, y es el Fiscal que en conformidad con las facultades que le otorga la misma Constitución quien debe investigar que hechos ameritan una acusación en materia penal.

Se llega al punto del fallo del tribunal en el que se pronuncian sobre el análisis para determinar si la conducta se ha adecuado al tipo o no en este caso, para la motivación del mismo el tribunal invoca a La Constitución en el artículo 76, numeral 7 literal l) Art. 621 del COIP:

(...) para hacer este análisis, partimos del hecho que el delito que nos ocupa es el denominado Abuso de confianza, tipificado y sancionado en el Art. 187 del Código Orgánico Integral Penal, en donde el bien jurídico protegido por la Constitución de la República es el patrimonio, conforme lo determina el Art. 66, numeral 26 que indica: (...) de igual forma, el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes y que ninguna persona puede ser privada de los mismos de manera arbitraria. Bajo este contexto procedemos a realizar un minucioso análisis conforme lo dispone el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal. En el caso que estamos analizando, se trata de establecer si se comprueba o no el delito de abuso de confianza que motivó el presente enjuiciamiento y por cuyo delito el Juez de la Unidad Judicial Penal dictó auto de llamamiento a juicio, el mismo que se encuentra tipificado y sancionado en el Art. 187 del Código Orgánico Integral Penal y que textualmente indica: “La persona que disponga, para sí o una tercera, de dinero, bienes o activos patrimoniales entregados con la condición de restituirlos o usarlos de un modo determinado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años” (lo subrayado no es del texto original); lo que permite colegir, que la conducta humana realizada por el sujeto activo, para que se configure el delito de abuso de confianza, debe en primer lugar realizar el verbo rector del tipo, que es disponer, de dinero, bienes o activos patrimoniales, y en segundo lugar, que el dinero, bienes o activos patrimoniales del que se dispuso, le hayan sido entregados con la condición de restituirlos; es decir, entre sujeto activo y pasivo del delito debe existir una relación legal que los vincule, lo que hace que el sujeto pasivo u ofendido, confíe en las obligaciones y responsabilidades que el sujeto activo debe realizar en virtud del acuerdo y, producto de esa confianza, se le entregue dinero o bienes para que eventualmente los restituya o les dé un uso determinado, el cual, lo dispone para sí, en perjuicio del sujeto pasivo sin reponerlo (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

En este punto del análisis del tribunal, se mencionan los elementos del tipo penal de abuso de confianza que de lo que se desprenden del artículo mencionado del COIP, en palabras de estos investigadores se resumen en tres:

- a. Ha de existir una apropiación de una cosa ajena, en este caso el carro debía ser ajeno, lo que es un elemento del tipo que no se cumple, pues, como la misma fiscalía lo ha demostrado, el contrato de compraventa del vehículo fue efectuado de forma legal, y en el mismo contrato consta el traspaso de dominio del carro, es decir los procesados son dueños del auto, ya no es una cosa ajena.
- b. Que la cosa donde ha recaído la apropiación lo tiene que haber recibido la persona, en función de la confianza en él depositada o por razón de un título no traslativo de dominio, así lo menciona el, ecuatoriano, Dr. M.Sc. Giovanni Criollo Mayorga<sup>25</sup>.
- c. Que la apropiación le cause un beneficio personal al agente o a un tercero.

Desde los puntos arriba descritos se puede decir que la conducta delictiva, si no se adecua a estos elementos no se configura el delito de abuso de confianza, cabe mencionar lo que registran los jueces del tribunal en la sentencia:

(...) la confianza como tal, no es la que surge de conocer a una persona o de ser su amiga (presupuesto para la estafa) sino porque existe entre ambas partes una relación jurídica que las vincula y hace que en virtud de ella una debe confiar en que la otra cumplirá con las obligaciones impuestas en el acuerdo. La obligación que se genera en virtud del acuerdo es legal, lo que se configura como abuso de confianza y por lo tanto como figura delictiva, es el incumplimiento de la

---

<sup>25</sup> Criollo Mayorga, Giovanni. (2017). *Abuso de confianza*. [En línea]. Consultado: [01, marzo, 2018]. Disponible en: <https://www.derechoecuador.com/abuso-de-confianza>

obligación futura, nacida de ese acuerdo legítimo (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

Respecto de las pruebas el tribunal acertadamente menciona que:

(...) En relación a dicho Contrato de compra venta, este Juzgador observa que se trata de un documento público que da fe de la voluntad de las partes para realizar el traspaso de dominio del vehículo, los cuales fueron juramentados en legal y debida forma; se observa también que los intervinientes en la transacción comercial firmaron el documento y reconocieron sus firmas ante la señora Notaria, quien da fe de la transacción, afirmando que las firmas estampadas en el documento es la misma que utilizan en sus actos públicos y privados, lo que demuestra que su consentimiento fue libre y voluntario, tal como quedó plasmado en el contrato, lo que permite dar por acreditado la compra venta del vehículo referido, cuya transacción se efectivizó con la señora Clara Aurora Solórzano Zambrano, no con el señor Jhon Solórzano como lo afirmó el testigo Jorge Luis Sornoza Barreiro; de igual manera, en el contrato de compra venta analizado se observa que en el mismo se hace constar: “...LA VENDEDORA MANIFIESTA HABER RECIBIDO EL VALOR DE CONTADO, Y A SU ENTERA SATISFACCIÓN Y CONTENTO Y EN MONEDA DE CURSO LEGAL EN EL PAÍS...” ; lo que evidencia que por la compraventa del vehículo la compradora canceló en dinero en efectivo la totalidad del valor pactado con la vendedora, perfeccionándose así el traspaso del dominio del vehículo, cuya transacción goza de presunción de legalidad, toda vez que la misma se realizó ante un Notario Público que dio fe de dicha convenio (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

Así mismo expone en el fallo que la Fiscalía practicó la certificación de la empresa Pública Municipal “EPM PORTOVIAL” al que se acompaña un registro de archivo del vehículo, en donde consta que dicho vehículo pertenecía a la víctima, y con fecha 03 de diciembre de 2014 se perfeccionó el traspaso de dominio a favor de la ciudadana hoy procesada, menciona el Juzgador que estas pruebas al igual que el documento del SRI solo prueban que la procesada es la actual dueña del vehículo porque efectuó la compra legal del mismo, menciona en una parte relevante del fallo:

(...) lo que permite colegir que la compra venta del vehículo descrito no estuvo sujeta a condición alguna para que el traspaso del dominio se realice de manera

legal, como quedó evidenciado con las pruebas presentadas por Fiscalía, pues de existir algún tipo de condición por parte de la vendedora para que se perfeccione el contrato, éste evento debió quedar plasmado en el documento suscrito por los intervinientes ante Notario público, lo que impediría que el traspaso del vehículo se perfeccionare, lo que en la especie no sucedió, por lo tanto, mediante un documento público practicado como prueba por la propia Fiscalía, se demostró que la señora Clara Aurora Solórzano Zambrano realizó el pago en efectivo por la compra del vehículo que le pertenecía a la víctima y por el contrario, no ha podido justificarse que la señora Clara Solórzano hubiere cancelado el valor pactado como precio por el vehículo con dos cheques del Banco Bolivariano y abusando de la confianza de la vendedora Olivia Mariana Proaño Villavicencio se hubiere hecho entregar el vehículo tipo automóvil marca Mazda de color plomo, de placas GQV0393, conociendo que la cuenta corriente que mantenía en el Banco Bolivariano se encontraba cerrada y con ello perjudicar a la vendedora, toda vez que se encuentra probado que dicho vehículo fue cancelado en efectivo y a entera satisfacción de la vendedora, como se hizo constar en el contrato de compra venta realizado para el efecto ante la señora Notaria del cantón Portoviejo, por lo tanto el mismo goza de presunción de legalidad, lo que deja sin sustento lo afirmado por el testigo Jorge Luis Sornoza Barreiro en el sentido de que los cheques protestados fueron recibidos por él y por su esposa Olivia Mariana Proaño Villavicencio como pagos de la venta del vehículo ya descrito; adicionalmente, el señor Jorge Luis Sornoza Barreiro en su testimonio acreditó ser abogado de profesión y afirmó haber suscrito la carta de compra venta del vehículo en calidad de vendedor, por lo que, como profesional del derecho conocía y entendía el contexto del contrato de compra venta que suscribió, excluyéndose la posibilidad de que se tratara de una persona rústica o sin preparación académica que por desconocimiento o ignorancia hubiera podido ser víctima de cualquier engaño por parte de la compradora para abusar de la confianza de él y de su cónyuge y hacerse entregar de manera fraudulenta el vehículo lo que en la especie no se demostró, toda vez que el delito de confianza se caracteriza por la apropiación del bien mueble ajeno por parte de quien lo ha recibido por un título **NO TRASLATIVO** de dominio de la cosa, lo cual constituye el presupuesto esencial del delito y en la audiencia de juicio no se demostró el acto de "apropiación" en el cual consiste el momento consumativo del abuso de confianza. (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

El Tribunal concluye su análisis mencionando que, existe una errónea tipificación por parte de la Fiscalía, al haber elegido como teoría jurídica el artículo 187 del COIP, ya que en ningún momento, como lo ha afirmado el propio acusador particular, se entregó el

vehículo a alguno de los procesados con el propósito de que se lo devuelvan o que le den un uso determinado, así demás agrega:

(...) por el contrario, el vehículo se lo entregaron al existir un acto comercial de compraventa, lo que no se encasillaría en el delito de abuso de confianza; por citar varios ejemplos fácticos para ser más didácticos, se considera abuso de confianza, la cajera que trabaja para una institución financiera y en virtud de su rol recibe dinero de los depositantes, pero en vez de depositar dichos valores en las arcas de la institución, dispone del dinero para sí, defraudando la confianza depositada por la entidad financiera en virtud de una relación jurídica; o, la persona a la cual se le ha encomendado la recaudación de valores por motivos de cobro a varios clientes, y de forma arbitraria dispone de dicho dinero en perjuicio de la confianza y patrimonio de la empresa contratante; **ya en el caso en concreto, el delito de abuso de confianza se hubiera concretado, en el evento de que el vehículo entregado a los procesados hubiera sido por motivo de alquiler, de garaje o cualquier otra condición que genere la obligación por parte de estos de devolverlo; sin embargo, en la presente causa, se ha demostrado que el vehículo fue objeto de un contrato de compraventa como título traslativo de dominio**, sin que exista de por medio la condición de devolverlo por parte de los procesados, razones por las cuales no se podría aplicar el tipo penal invocado por la Fiscalía. (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

De la sentencia se ha anotado los puntos más relevantes, con ello, el Tribunal, concluye que no se ha demostrado la materialidad de la Infracción ni la responsabilidad de los procesados en el delito acusado por la Acusación Particular y por la Fiscalía, por unanimidad ratifica el estado de inocencia. Cabe destacar que en este primer fallo el Juez resuelve como lo indica en parte del mismo en aplicación al principio de mínima intervención penal, subsidiaridad del derecho penal y fragmentación del derecho penal.

## **2.2. La sentencia de la Sala**

A pesar de que la sentencia de primera instancia fue clara con respecto a que no se cumplen los elementos del tipo penal de abuso de confianza, el Fiscal apela la sentencia,

ojo, en este punto ya la acusadora particular desistió de seguir con esta causa. El recurso de apelación es admitido por los Jueces que revocan la sentencia y condenan al procesado a tres años de prisión.

No se ha hecho mucha mención a la aportación de la defensa técnica de los procesados, pero es menester indicar que el Defensor público apoyado en la doctrina, la ley y la jurisprudencia ha manifestado que hay ausencia de tipo e improcedencia de la acción penal, que el Fiscal no ha sido objetivo en el presente caso haciendo caso omiso a la aplicación del principio de mínima intervención penal. A nuestro criterio el defensor público ha efectuado una defensa técnica intacta.

El análisis que ha hecho la sala para determinar que efectivamente si se configura el abuso de confianza se basa en los siguientes hechos, dice:

En dicho contrato de compraventa se determinaba que la venta del vehículo era por un valor de veinte mil dólares americanos, los mismos que debían ser cancelados por parte de la señora Clara Aurora Solórzano Zambrano por medio de cheques girados con fecha posterior, es decir cheques post- fechados, los mismos que al momento de ser cobrados, se encontraban en cuenta cerrada, perjudicando a la víctima en la cantidad de veinte mil dólares, demostrándose la materialidad del delito de abuso de confianza con el contrato de compraventa suscrito entre la dueña del vehículo y el procesado medio utilizado por los procesados para disponer del vehículo que se le fue entregado a cambio de pagar un precio; que no fue cancelado valiéndose de la entrega de cheques que al momento de ser cancelados se encontraban en cuenta cerrada. (...) igualmente consta las certificaciones pertinentes de las que se evidencia que efectivamente el vehículo fue registrado a nombre de la procesada sin que se haya verificado el pago de lo pactado. En lo que tiene que ver con la responsabilidad penal de los señores, esta está debidamente demostrada con los testimonio de la acusadora particular y del vendedor del vehículo, quienes claramente manifiestan que se procedió a la suscripción del contrato y a entregar el vehículo ante el supuesto pago de lo pactado a través de los cheques que cubría el valor de 20.000 dólares, que al

momento de ser presentados al cobro fueron protestados por cuenta cerrada; igualmente refieren los testigos que los procesados pese a los constantes reclamos no entregaron el valor pactado ni procedieron a la entrega del vehículo pese a las reiteradas reclamaciones efectuadas (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

En esta primera parte del análisis de la sala hay que analizar lo que se ha subrayado por cuanto, los jueces hacen referencia al título traslativo de dominio, recordemos que como se citó para que hay abuso de confianza no tiene que existir dicho título, por lo que ahí hay una errónea interpretación, de ese contrato de compraventa, dicen los jueces se pactó un valor que debía ser cancelados por los compradores por medio de cheques girados con fecha posterior, los mismos que al momento de ser cobrados, se encontraban en cuenta cerrada según los jueces con ellos se demuestra demostrándose la materialidad del delito de abuso de confianza con el contrato de compraventa. Pero aquí decimos que el contrato de compraventa es una negociación, ya firmado y cumplido las solemnidades transfiere el dominio del carro, la negociación está finalizada, el medio de pago es independiente sino se ha declarado en el mismo contrato.

Ahora, los jueces dicen que hay el delito porque los procesados no cancelaron lo pactado ni procedieron a la entrega del vehículo. Aquí hay que recalcar que uno de los elementos del tipo penal de abuso de confianza es que se manifieste la condición de restituir el bien, los procesados no tenían por qué restituir el auto porque el negocio estaba hecho, y en el contrato no se estableció ninguna condición, por lo que contrario a lo que estiman los jueces, no se perpetra la vulneración del derecho de propiedad y sin esta vulneración no hay abuso de confianza, pues el auto es de dominio de los procesados, no solo lo tienen o lo usan, es de ellos según el contrato de compraventa.

Para defender lo antedicho se cita a Fernando Castellanos que enseña que el abuso de confianza se configura cuando existe la disposición para sí o para otro, en detrimento de alguien, de cualquier bien ajeno del que **se le ha traspasado la tenencia y no el dominio**, es decir cuando se apropia el bien en forma ilícita.

La Sala erróneamente pone en manifiesto que se evidencian los elementos objetivos y subjetivo de este tipo penal, indicando que en este caso en concreto es la intención dolosa de disponer de lo que pertenecía a los vendedores valiéndose de un contrato de compraventa en el que se pacta un precio, que debía ser satisfecho por la compradora y su hermano que quien también intervino en la negociación, por medio de los cheques entregados, que al ser presentados al cobro fueron protestados por encontrarse la cuenta perteneciente a la compradora, cerrada por falta de fondos, constituyendo tal hecho un perjuicio al patrimonio de quien en calidad de vendedora entrega un vehículo que no fue cancelado ni restituido. (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

El Tribunal de alzada, menciona que a revalorado la prueba actuada por la fiscalía, la misma que ha su criterio, ha conseguido fraccionar el estado de inocencia del que gozaban los procesados. Para finalizar los argumentos de la sentencia los jueces culminan desvirtuando los argumentos de la defensa y exteriorizan:

(...) La defensa técnica de los procesado, tanto en la audiencia de juzgamiento como ante esta Sala alega, que lo ocurrido no constituye delito sino un acto meramente civil, ya que existe un contrato suscrito entre las partes, legalmente notariado, y en el que se establece la voluntad de proceder a la venta del vehículo, y que en el mismo se ha hecho constatar que el valor ha sido cancelado al contado, que en tal virtud no existe la posibilidad de iniciar un juicio penal por la calidad de ultima ratio del derecho penal, y que pues cualquier tipo de reclamo en base al contrato de venta de vehículo, debe hacérselo por la vía Civil, ante tales alegaciones, este Tribunal de Apelaciones, observa que efectivamente hay un contrato de vehículo, el mismo que se perfecciona, como bien refiere la defensa, al

tratarse de un bien mueble con la mera entrega de la cosa, sin embargo, la jurisprudencia y la norma determina al dolo cuando hay la intención de causar daño por medio de un ardid o engaño es así que este tribunal de Alzada considera que efectivamente el contrato de compraventa del vehículo, ha sido utilizado para perjudicar a la vendedora, es lo que en derecho se conoce como el dolo contractual; la defensa manifiesta que los cheque girados no pertenecen a este negocio comercial, sino a otro tipo de negocios que habían realizados con el vendedor señor Jorge Luis Sornoza Barreiro, y si bien es cierto los testimonios de las personas procesadas son un medio de defensa, también es cierto que las aseveraciones que refieren en sus testimonios deben ser demostradas y comprobadas con otros elementos probatorios que no han sido aportadas en la audiencia de juzgamiento, evidenciándose exclusivamente que los cheques que fueron dados por parte de uno de los procesados no pertenecían a otro tipo de negocio comercial, más aún cuando de los testimonios de la acusadora particular queda muy claro la forma en que la que compradora manifestaba y solicitaba a la vendedora que proceda a dar el dinero como producto de la compraventa. Por último, del análisis del contrato de compraventa, se colige que el precio debía ser entregado en forma inmediata, sin que se haya establecido una forma de pago, lo que fácilmente demuestra que la víctima entregó su vehículo y puso a disposición de la compradora, por cuanto en forma dolosa los procesados por medio de los cheques entregados hicieron creer a la compradora que se había satisfecho el precio. (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

Con lo antedicho, manifiestan su decisión e imprimen:

(...) En virtud de las pruebas analizadas, se determina en forma clara y precisa, que se ha procedido a desvanecer EL ESTADO DE INOCENCIA de los procesados antes nombrados , puesto que la Fiscalía General del Estado ha probado la existencia material de la infracción que consiste en lo que resulta del presupuesto del hecho acusado, y lo que se emplea para alcanzar un resultado doloso o culposo; así como también la responsabilidad, como se ha considerado en el artículo 66 numeral 3 del Estatuto de Roma que establece que: Por otro lado se evidencia que en la tramitación de la causa se ha cumplido con las normas del debido proceso previstas en el Art. 76 del a C.R.E.,. Por todo lo anteriormente expuesto, y sin entrar en otro tipo de análisis, y en aplicación a los principios de tutela judicial efectiva de los derechos, seguridad jurídica, obligatoriedad de administrar justicia consagrados en la Constitución de la República del Ecuador en los Arts. 75, 76 numeral 1, 3 y 82, con arreglo a los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República, establecidos en los Arts. 23, 25 y 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, habiéndose justificado en legal y

debida forma la existencia del delito y la responsabilidad de los procesados, esta Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en atención a lo previsto en el Art. 138 del Código Orgánico de la Función Judicial, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA” con voto de mayoría, acepta el Recurso de Apelación interpuesto por el Representante de la Fiscalía General del Estado, revoca la sentencia absolutoria y en su lugar declara la culpabilidad de los procesados CLARA AURORA SOLÓRZANO ZAMBRANO, ecuatoriana, con cédula de ciudadanía No. 130417099-4, nacida en el cantón Chone el 07 de septiembre de 1960, actualmente de 56 años de edad, divorciada, de educación secundaria, comerciante; y JHON MARCELO SOLÓRZANO ZAMBRANO, ciudadano ecuatoriano, con cédula de ciudadanía No. 130760472- 6, nacido en el cantón Portoviejo el 21 de diciembre de 1975, actualmente de 41 años de edad, de estado civil soltero, de instrucción secundaria, de ocupación comerciante y domiciliado en ésta ciudad de Portoviejo; como AUTORES DIRECTOS DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA tipificado en el art. 187 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, a quienes se les impone la pena privativa de libertad de DOS AÑOS. (...) Como reparación integral, independientemente de las acciones civiles iniciadas o que se pudieran iniciar, este tribunal de Alzada establece el pago de CINCO MIL DOLARES por parte de los sentenciados a favor de la víctima. Ejecutoriada la presente sentencia devuélvase el proceso al Tribunal de origen para que, en caso de no presentarse voluntariamente los procesados a cumplir la pena impuesta se envíe los respectivos oficios para su captura y detención. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.- (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

Con la resolución de la sala se evidencia que, hay una inadecuada aplicación del tipo penal en el contexto de la subsidiaridad del principio de mínima intervención penal, como lo menciono el Juez de primera instancia no se adecua conducta al tipo penal, porque como se ha dicho, el abuso de confianza es el delito en el que una tercera persona que no es propietaria del bien, se favorece del mismo abusa de la confianza depositada por la víctima.

En este caso existiría el abuso de confianza si los procesados se hubieran apropiado del carro de forma indebida, lo que no fue así, pues se realizó la compra de forma legal, los jueces dicen que hay abuso porque los valores no fueron cancelado conforme a lo pactado, esto es un incumplimiento independiente que podía ser reclamado por la acusación particular en la vía judicial correspondiente, no siendo la vía penal el medio idóneo para ese efecto en virtud del principio de mínima intervención penal, subsidiaridad penal y fragmentario del derecho penal.

En el desarrollo de la audiencia lo que la fiscalía demuestra es un hecho mercantil, pues existe un documento emitido por la Notaría Segunda, en donde claramente se manifiesta que hay un contrato de venta que también fue firmado por el procesado, este documento es prueba plena por tratarse de un documento público suscrito ante un Notario Público, quien da fe de la voluntad de las partes de vender un vehículo. En la parte pertinente de la carta de compra venta, la vendedora manifiesta haber recibido el valor de contado y a su entera satisfacción y contento en moneda de curso legal en el país, y atrás del documento consta el reconocimiento de firma ante el Notario. Estamos de acuerdo con lo manifestado en el caso por la defensa:

(...) El hecho inicial de esta causa fue por la venta de un vehículo, pero ese valor fue cancelado; aquí existe una relación comercial de fondo en donde no han tenido el medio necesario tal vez el mal asesoramiento para el cobro de esos cheques, lo cual tiene su vía natural, que es la vía civil. (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

Entrando en el análisis, el estudio define como tema, la inadecuada aplicación del tipo penal en el contexto de la subsidiaridad del principio de mínima intervención penal”. Primero se tiene entonces que una inadecuada aplicación de un tipo penal acarrea efectos

jurídicos lesivos, como en este caso, donde el tipo penal no se ha subsumido al delito y como consecuencia se ha encarcelado por una deuda a dos personas.

La inadecuada adecuación del tipo a más de una pena equivocada, vulnera de principios constitucionales, en este caso el derecho de la libertad en lo principal porque no se ha aplicado el principio de mínima intervención penal en el contexto de la subsidiaridad que manifiesta que la acción penal es de ultima ratio, el fiscal en su investigación inicia un proceso que se pudo haber resuelto por otra vía.

Cabe indicar que es este caso existió un voto salvado donde los jueces de minoría desechan el recurso por evidenciar que existe el contrato de compraventa, que ningún momento, como lo ha afirmado el propio acusador particular, se entregó el vehículo a alguno de los procesados con el propósito de que se lo devuelvan o que le den un uso determinado, por el contrario, el vehículo se lo entregaron al existir un acto comercial, lo que no se encasillaría en el delito de abuso de confianza (187 Abuso de confianza, INC.1, 2015).

## CAPÍTULO III

### 3.1. CONCLUSIONES

En el presente caso el problema principal que se ha encontrado es que no se aplica el principio de mínima intervención penal, principio que se aplica siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferentes, porque son menos lesivos. El Juez de primera instancia en su resolución que ratifica el Estado de inocencia hace referencia a este principio y considera que la vía para cobrar la deuda que reclama era la civil.

Los jueces de la sala sentencian a 2 años de prisión a los procesados cuando por principio constitucional en este Estado de derechos nadie puede ir preso por deudas, porque lo que los denunciantes reclaman es el pago de una deuda por un vehículo que además fue comprado legalmente con contrato de compraventa que traspasa el dominio. Cabe indicar que en el caso hay un voto salvado que ratifica el estado de inocencia e inclusive pone un ejemplo de cómo se hubiese configurado el abuso de confianza en este caso.

En el proceso analizado también se evidencia una inadecuada aplicación del tipo penal, esto es, en la tipicidad del delito, pues; la tipicidad como elemento del delito es la adaptación o adecuación de un hecho que acaecido al tipo penal previsto por la ley sustantiva que en este caso es el de abuso de confianza en el contexto de la aplicación de

la subsidiaridad propio del principio de mínima intervención penal que indica que la acción penal es de ultima ratio.

En el caso específico como manifiestan los jueces del tribunal y el voto salvado el abuso de confianza se configuraría si el auto hubiese sido cedido a los procesados por motivo garaje, o de arrendamiento o cualquier otra condición que conciba el deber por parte de estos de restituirlos; sin embargo, en la presente causa, se ha verificado que el carro fue objeto de un contrato de compraventa como título traslativo de dominio, sin que exista de por medio la condición de devolverlo por parte de los procesados, motivo por el cual no se podría aplicar el tipo penal invocado por la Fiscalía.

La no aplicación del principio de mínima intervención penal que ha sido obviado en inicio por el Fiscal y luego por los jueces de la sala no garantiza el enjuiciamiento penal ni la plena vigencia de los derechos fundamentales, y mantiene esa idea inquisitiva que mira al delincuente como un simple ente de persecución penal y no como a un sujeto que goza de derechos plenos en todo un procedimiento seguido en su contra.

Para terminar se expone que la subsidiaridad propia del derecho penal es calificada como la norma que exige a la instancia más amplia a no suceder a otra de menor esfera hasta que no se manifieste la invalidez de esta última para perpetrar una determinada acción o alcanzar el efecto pretendido. Lo que no significa que no tiene la obligación de actuar de inmediato cuando se halla constatada dicha invalidez.

El principio de mínima intervención penal, en el contexto de la subsidiaridad solicita la necesidad de limitar al máximo la intervención de la ley penal, lo que significa

que ha de reservarla exclusivamente para casos de irrupciones graves a las normas de convivencia social que no consiguen ser eficientemente intervenidos por otros mecanismos menos perjudiciales.

Los Fiscales y Jueces deben entender que en materia penal no se ha de intervenir de cara a la ordenación de todas las actuaciones del ser humano, sino únicamente en orden a evitar los daños que representan un riguroso peligro que se destinan contra sustanciales bienes jurídicos, cosa que no ha ocurrido en el presente caso, donde se ha llegado hasta las últimas instancias por un proceso que se pudo haber resuelto en otra vía.

Cabe mencionar que en este actual momento el proceso se encuentra en la Sala Especializada de la Corte Nacional en espera de ser o no casada, y en este tiempo los procesados siguen privados de su libertad, resultados que pudieron ser evitados de haberse aplicado por las autoridades la lógica jurídica de la necesidad, que instaura el castigo más duro será subsidiario, por ende, únicamente valdrá aplicarle en los asuntos en los que la alternativa menos grave no baste.

## BIBLIOGRAFÍA

Abello Gual, Jorge. (2010). El abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza en la responsabilidad penal empresarial en Colombia. [En línea]. Consultado: [27, febrero, 2018]. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/876/87617271011.pdf>

Albán Gómez, Ernesto. (2009). “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General”. Quito, Ecuador: Ediciones legales.

Armenta, Deu. (2009). “Lecciones De Derecho Procesal Penal”. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.

Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N° 180.

Bacigalupo, Enrique. (2014) “Lineamientos de la Teoría del Delito”. Argentina: editorial Hammurabi.

Bacigalupo, Ernesto. (1999). “Derecho penal Parte General”. 2da. Edición. Buenos Aires Editorial Hammurabi.

Bustos Ramírez, Juan, y otros. (1997) Lecciones de derecho penal. Vol. I. Madrid, España: Editorial Trotta.

Castiñeira Palou, Teresa. (2011). “Ventas a plazos y apropiación indebida”. [En línea]. Consultado: [26, febrero, 2018]. Recuperado de: <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/f8d2a0b5ee4651a386256d44006c123c/5e7954a6894d2a0306256b3e0073e957?OpenDocument>

Criollo Mayorga, Giovanni. (2017). Abuso de confianza. [En línea]. Consultado: [01, marzo, 2018]. Disponible en: <https://www.derechoecuador.com/abuso-de-confianza>

Cruz Riofrio Fernando. (2010) “El Modelo Adversarial en el Sistema Procesal Penal”. 1ra edición. Loja, Ecuador: Editorial UTPL.

Ferrajoli, Luigi. (1998). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. 3ra edición. Madrid: Editorial Trotta.

Jiménez De Asúa, Luis. (2005). “La ley y el delito. Principios del Derecho penal”. 4ª edición. Buenos aires. Editorial Abeledo-Perrot.

Luzón Peña, Diego. (20013) “Curso de Derecho Penal Parte General”. S.L: Editorial Universitas S.A.

Milanese, Pablo. (s/f). El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención Mínima. [En línea]. Consultado: [26, febrero, 2018]. Recuperado de: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_33.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf)

Muñoz Conde, Francisco y García. (2004). “Derecho Penal. Parte General” .Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.

Parraguez Ruiz, Luis. (2004). Manual de derecho civil Ecuatoriano. Quito, Ecuador: Editorial UTPL

Peña Gonzales, Oscar. y otros. (2010). “Teoría del delito: Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso”. Perú: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L

Ticona Zela, Eufracio. (s/f). “Teoría de la tipicidad”. [En línea]. Consultado: [26, febrero, 2018].En: [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2206\\_02\\_ticona\\_zela.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2206_02_ticona_zela.pdf)

Zabala, Jorge. (2005). “El proceso penal en el sistema acusatorio”. [En línea]. Consultado: [26, febrero, 2018]. Recuperado de: <https://www.derechoecuador.com/el-proceso-penal-en-el-sistema-acusatorio>

Zambrano Pasquel, Alfonso. (2009), Estudio Introductorio a las Reformas al Código de Procedimiento Penal. 1era edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Zambrano Pasquel, Alfonso. (2008). Manual de Derecho Penal, parte general. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

## Anexos