



Juicio No. 11282-2018-00996

JUEZ PONENTE: RIVERA VELASCO LUIS ANTONIO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: RIVERA VELASCO LUIS ANTONIO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 10 de abril del 2023, las 14h37. **Sentencia**

VISTOS: El procesado AERCIO MAFLA IBARRA interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, la cual le culpabilizó por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole, entre otras penas, la privación de libertad de diez años.

Al haberse agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de dictar la sentencia por escrito, se considera:

PRIMERO

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

- i. Mediante resolución número 008-2021 de 28 de enero de 2021, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados de finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjuces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjuces de dicho órgano jurisdiccional.
- ii. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante resolución número 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) en su artículo 183, sustituido por la Ley Orgánica Reformativa al COFJ, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 38 del 17 de julio de 2013.
- iii. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia es competente

para conocer y resolver el recurso de casación, conforme lo establece el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), los artículos 10 inciso 2, 184, 186.1 y 192.4 del COFJ; y el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

SEGUNDO

DE LOS ANTECEDENTES

1.- Antecedentes procesales

- i. Sentencia de primer nivel dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja, de jueves 19 de septiembre de 2019 a las 15:13, mediante la cual se resuelve:

ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, teniendo la absoluta convicción, por unanimidad, declaramos al señor AERCIO MAFLA IBARRA, cuyos generales de ley constan en el considerando sexto de la presente resolución, como AUTOR Y RESPONSABLE del delito previsto en el NUMERAL 1, LITERALES C) Y D) DEL ART. 220 DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, esto es la TENENCIA O POSESION, DE SUSTANCIAS CATALOGADAS SUJETAS A FISCALIZACION, en concordancia con el NUMERAL 1 DEL ART. 42 IBIDEM, imponiéndole la pena de TRECE AÑOS DE PRIVACION DE LA LIBERTAD, que es el máximo de la pena establecida para el tipo penal, correspondiente a gran escala, conforme al Registro Oficial Nro. 615, del 26 de octubre del 2015 y Resolución Nro. 02-2019 de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 454 del 26 de marzo del 2019, que prevé: Artículo 1.- Declarar como precedente jurisprudencial obligatorio, el siguiente punto de derecho: ^aEn los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y cuya conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos rectores constantes en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción, se debe aplicar el concurso ideal de delitos, por el que se punirá únicamente la conducta más severamente sancionada en el

tipo penal, conforme al principio de absorción que rige este modelo concursal^o; y en el presente caso, la cantidad de marihuana tiene un peso neto 63.016 gramos, correspondiendo a gran escala, y la cantidad de clorhidrato de cocaína tiene un peso neto de 2.045 gramos y corresponde a alta escala, consecuentemente la gran escala del literal d), absorbe a la alta escala del literal c), con una banda entre 10 a 13 años de privación de la libertad, aplicable para el caso; pena impuesta que el sentenciado la deberá cumplir en el Centro de Rehabilitación Social de Loja, debiendo descontársele el tiempo que hubiere permanecido detenido por esta misma causa.- Asimismo, se le impone la **MULTA DE SESENTA SALARIOS BASICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL**, en base al numeral 10 del art. 70 del Código Orgánico Integral Penal, que deberá ser cancelada una vez que la sentencia cause ejecutoria de manera directa, caso contrario le corresponderá tramitar su cobro al Juzgado de Coactivas de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura en Loja.- Conforme a lo previsto en el Art. 56 ibídem, se declara la **INTERDICCION** del sentenciado mientras dure la condena, para lo cual se remitirá el oficio respectivo al Consejo Nacional Electoral.- En cuanto al procesado señor **EDWIN EDUARDO AGUILAR CORREA**, teniendo como fundamento el análisis constante en el considerando octavo de la presente resolución, si bien la Fiscalía ha demostrado la materialidad de la infracción acusada; en cuanto a la responsabilidad del referido procesado en su ejecución, quienes integramos como Jueces el Tribunal de Garantías Penales de Loja, no hemos arribado a la convicción de que el referido procesado tuvo pleno y cabal conocimiento del contenido de las baterías para vehículo por el retiradas de la terminal terrestre de Loja, las mismas que una vez abiertas, en su interior se encontró las sustancias sujetas a fiscalización, conforme se lo ha analizado en el numeral 2 del referido considerando octavo, que como se lo reitera, al no haberse probado que su accionar haya sido doloso, aquello ha creado duda en los juzgadores, y por así prescribirlo el Art. 76 de la Constitución de la República y el numeral 3 del Art. 5 del Código Orgánico Integral Penal, la misma debe aplicarse en favor del reo, por lo que atentamos a ello, **CONFIRMAMOS EL ESTADO DE INOCENCIA** del prenombrado procesado **EDWIN EDUARDO AGUILAR CORREA**, cuyas generales de ley constan en el considerando tercero de la presente sentencia; y como consecuencia de esto último, se ordena el cese de las medidas cautelares de carácter personal y real que se le hayan impuesto, disponiendo su inmediata libertad por encontrarse privado de la misma, para lo

cual se emitirá la boleta de excarcelación respectiva.¹

- ii. Sentencia de segundo nivel dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja de martes 4 de mayo de 2021, a las 16:06, mediante la cual se resuelve:

ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se rechaza el recurso de apelación propuesto por el recurrente señor AERCIO MAFLA IBARRA y si bien es cierto nada señala sobre la pena impuesta, este Tribunal, considerando el rango de la pena previsto en el tipo penal, numeral 1, literales c) y d) del art. 220 del Código Orgánico Integral Penal, que es de 10 a 13 años por unanimidad decide modificar e imponer DIEZ AÑOS DE PRIVACION DE LA LIBERTAD, correspondiente a gran escala, conforme al Registro Oficial Nro. 615, del 26 de octubre del 2015 y Resolución Nro. 02-2019 de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 454 del 26 de marzo del 2019.²

- iii. El procesado Aercio Mafla Ibarra, insistente en su afán impugnatorio, presenta recurso de casación, en atención a lo que dispone el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).
- iv. Mediante sorteo automático de causas, de lunes 26 de julio de 2021 a las 11:25, ingresado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, se conformó el tribunal de casación, el cual quedó con los jueces nacionales Luis Antonio Rivera Velasco (ponente), Daniella Lisette Camacho Herold y Marco Javier Rodríguez Ruiz.
- v. Audiencia de casación de 9 de marzo de 2023 a las 08:30.

TERCERO

AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

1 Sentencia a foja 528 del cuaderno de primera instancia.

2 Sentencia a foja 53 del cuaderno de segunda instancia.

3.1.- Singularización y extracto de las principales razones ofrecidas por la defensa del recurrente, abogado Erick Huilca Sigüenza

- Pormenoriza las fechas de los hechos.
- Presenta la indebida aplicación del artículo 220.1, en sus letras c y d, en concordancia con el 42.1, cuando se tenía que aplicar el 220.1, en sus letras c y d, en concordancia con el 39, todos del COIP.
- Explica que el error está en el 6.2. en su letra a, y en el 6.6. en sus letras b, d, j y m, porque según los hechos y pruebas todo se trató de una tentativa.
- Dice que no hay ningún tipo de grado de participación, menos como autor, pues su participación es en el grado de tentativa, pues el procesado, al acercarse al terminal terrestre de Loja, fue a retirar un pedido hecho por terceros, pedido que 10 días antes había sido incautado, lo que encajaría en un delito imposible, con lo que demuestra que su grado es de tentativa y no el de autor.
- Resalta que el verbo rector de la conducta de tener o poseer se da cuando se ejerce el control absoluto sobre la sustancia prohibida de forma directa o indirecta.
- Subraya que el error es trascendente porque la pena, de aplicarse la tentativa, habría sido menor.
- Da a saber que el fallo impugnado usa reiteradamente los vocablos *pretendía* o *pretendió*, siendo este un modo indicativo utilizado para referir eventos hipotéticos y no reales.
- Pide se declare procedente el recurso, modificándose la pena.

3.2.- Singularización y extracto de las principales contradicciones ofrecidas por el delegado fiscal Wilson Espín Gonzales

- Informa que en casación no se pueden modificar los hechos de instancia, que es justamente lo que pretende el casacionista, porque requiere que se cambie la autoría del hecho por una tentativa.

- o Asegura que en el apartado 6.6. se demuestra la responsabilidad.
- o Aclara que los hechos no referían exclusivamente a pretender retirar un paquete con droga, pues todo se trataba de una investigación más compleja que partía desde 2018.
- o Afirma que el casacionista tenía el pleno dominio de la sustancia prohibida.
- o Puntualiza que fue detenido el recurrente con la guía del envío, lo que comprueba el dominio del hecho.
- o Pide que se declare improcedente el recurso.

3.3.- Singularización y extracto de las principales réplicas ofrecidas por el abogado del recurrente

- o Señala que se ratifica en su pretensión inicial.
- o Recalca que nunca tuvo acceso a las sustancias prohibidas, dado que se encontraban en las bodegas de la policía judicial y con cadena de custodia.
- o Pide que se varía su participación de autoría directa al de tentativa.

CUARTO

ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

4.1.- Trámite

El artículo 76.7. m) de la CRE consagra el derecho a recurrir, el cual, de manera amplia, autoriza a los sujetos intervinientes dentro de una contienda legal a impugnar aquellas decisiones en las cuales están en conflicto sus derechos u obligaciones. Este derecho se genera por *“la falibilidad humana y las implicancias que ella acarrea en la labor judicial”^{3o}*, y se cumple con el establecimiento de mecanismos por los cuales el mismo emisor de la decisión, o un órgano superior, puedan revisar los errores de diversa índole que se hubiesen

³ LIBERATORE, Gloria Lucrecia. “Derecho al Recurso”. En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.) *Revista de Derecho Penal 2001.1: Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales-I*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. Año 2001. Pág. 340.

presentado al momento de dictarla.

El trámite del presente recurso está regido por el COIP, promulgado en el Registro Oficial, Suplemento número 180 del 10 de febrero de 2014, vigente en su totalidad a partir del 10 de agosto de 2014, en donde el recurso de casación se encuentra previsto en el artículo 656 y siguientes *ejusdem*.

Ahora bien, según lo dispuesto por el artículo 589 del referido cuerpo normativo, los recursos no son etapas dentro del proceso ordinario, sino expresión del derecho a impugnar las decisiones judiciales, que pueden o no ser ejercidos por sus titulares, quienes de optar por la primera de las citadas opciones, deberán cumplir requisitos de forma y de fondo.

4.2.- Sobre el debido proceso y la seguridad jurídica

El artículo 76 de la CRE, garantiza el derecho al debido proceso, que implica según sus números 1 y 3 que *“Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”*; y que *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”*.

El artículo 82 de la CRE reconoce el derecho a la seguridad jurídica que *“se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”*.

La Corte Constitucional del Ecuador, en el dictamen número 003-19DOP-CC, emitido en el caso número 0002-19-OP, estableció que el derecho al debido proceso no es una mera norma de regulación formal de los procedimientos, sino un derecho constitucional material de protección, reconocido por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Sobre el principio de legalidad, previsto en el artículo 76.3 de la CRE, la ex-Corte Constitucional para el Periodo de Transición en sentencia número 031-10-SEP-CC, caso 0649-09-EP, estableció que *“esta disposición convalida la vigencia de la seguridad jurídica que se establece en la carta magna en el art. 82, al mencionar que esta seguridad se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”*.

En el citado dictamen número 003-19-DOP-CC, la actual Corte Constitucional estableció que la CRE determina conexiones entre sus disposiciones de carácter garantista y los derechos de protección. Así, el debido proceso tiene íntima relación con el derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva y al principio de seguridad jurídica, ^a *ya que el derecho de acción para acceder y aperturar un proceso ante los órganos jurisdiccionales (acceso a la justicia), implica la debida diligencia de los operadores de justicia para asegurar las garantías procesales y la emisión de resoluciones motivadas que apliquen normas claras y previamente establecidas (desarrollo del debido proceso), culminando con el cumplimiento pleno y real de las decisiones jurisdiccionales (ejecución de los fallos)*^o.

En el mismo dictamen, sobre la seguridad jurídica, desde las garantías del debido proceso estableció:

^a 17. El art. 76 número 1 de la Constitución ecuatoriana establece como parte integrante del debido proceso "garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes", es decir, establece una interrelación de los ámbitos objetivo y subjetivo del Derecho, y de sus dimensiones normativa, axiológica y fáctica, de la que se desprende que el ordenamiento jurídico no únicamente pretende el cumplimiento fidedigno de las normas en un plano abstracto y objetivo del Derecho, sino que en la realidad, estas regulaciones generen certeza en la protección concreta y subjetiva de los derechos.

18. En este sentido, se conforma la expresión más amplia e integral de la **seguridad jurídica, que busca lograr como objetivo, la prohibición de la arbitrariedad, esto es, contar con la certidumbre de que los principios fundamentales que plasman la igualdad y la justicia material, permitirán controlar los abusos, la discrecionalidad ilimitada y los excesos**. Esto, en función de la permanencia de postulados supremos, aun cuando las normas, reglas jurídicas y circunstancias fácticas cambien, escenario en el cual, es necesaria la configuración permanente de nuevas certezas, desde un enfoque evolutivo, y no estático del Derecho, con una visión que coadyuve a la generación de certidumbres jurídicas, no solamente desde la dimensión normativa, pues la vigencia de normas claras y previas, debe plasmar la justicia de los principios apológicos para proteger los derechos, y trascender hacia la eficacia en el plano fáctico [¹/₄] [*negrillas fuera de texto*]^o.

El irrespeto al derecho al debido proceso, entonces, puede implicar vulnerar también los derechos a la defensa, a la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica, por lo que es deber de toda autoridad jurisdiccional respetar estos derechos y verificar que hayan sido cumplidos en

todas las causas puestas a su conocimiento, ya que solo así cumple su rol garantista constitucionalmente asignado.

Entre las garantías del debido proceso está el derecho a recurrir; que en nuestro sistema procesal penal se expresa a través del recurso de apelación, siendo aquel que permite la revisión íntegra de la sentencia tanto en cuestiones de hecho como de derecho.

Por otra parte, el recurso de casación no es instancia, ni grado, sino un medio de control de la legalidad de la decisión judicial (artículo 10 del COFJ), y mecanismo de tutela del derecho a la seguridad jurídica.

4.3.- Reflexiones acerca del recurso de casación

La naturaleza del recurso de casación está íntimamente ligada con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 CRE⁴; es por ello que, en efecto, las personas tienen el derecho a reclamar el debido respeto y aplicación de la normativa vigente al momento en que se presenta, en la realidad, cierta situación jurídicamente relevante que puede afectar a sus intereses y derechos. Dentro del proceso judicial, cualquier vulneración al ordenamiento jurídico que tenga como catalizador la actuación del juzgador al emitir su resolución encuentra solución mediante el recurso de casación, el cual tiene como finalidad fundamental la corrección de errores de derecho.

De lo advertido, deviene que la casación es un medio de impugnación extraordinario contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico o de formalidad, igualmente jurídica; y que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado. Es por ello, que a la casación se la considera una sede extraordinaria de control de legalidad y, por ende, de corrección de errores trascendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso.⁵

⁴ La Corte Constitucional del Ecuador, en torno a la seguridad jurídica ha señalado "... [que] se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela..." [Sentencia Nro. 006-09-SEP-CC. de 19 de mayo de 2009].

⁵ Samuel Ramírez Poveda en su obra "Los Errores de Hecho en Sede de Casación Penal" (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., 2002, p. 19) señala: "La actual casación penal ha de concebirse como un recurso extraordinario, mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico limitado de derecho, sobre los procesos de los cuales han surgido sentencias que no han adquirido el carácter de firmeza, con el propósito de hacer efectivo el derecho sustantivo y las garantías debidas a quienes intervienen en el proceso penal, unificar la jurisprudencia nacional como criterio auxiliar del derecho (...) y reparar agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado a los intervinientes. Se trata entonces coetáneamente, de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad. [-sic-] En sentido lato, se trata de un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva."

El recurso de casación como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades específicas determinadas en la ley (violación de la ley, ya por: **i**) contravención expresa de su texto; **ii**) indebida aplicación; y/o **iii**) errónea interpretación); circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo impugnado.

En cuanto a las ^acausales^o para que opere este recurso extraordinario, aquellas han sido descritas por este órgano jurisdiccional, de la siguiente forma:

(1/4) **a**) Error de omisión, que es al que se refiere el mentado artículo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; **b**) Error de pertinencia, referido por el artículo 349 ejusdem, como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia fáctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta; y, **c**) Error de interpretación, en el que el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, en definitiva, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada. (1/4) ⁶

4.4.- Técnica jurídica para la fundamentación del recurso de casación

La técnica jurídica expresada en la doctrina, y basada en los principios de taxatividad, trascendencia y autonomía, sugiere que la fundamentación del recurso de casación contenga los parámetros que se proceden a explicar, con la finalidad de que el interés para recurrir del impugnante no se encuadre en los temas que la legislación excluye del tratamiento de este recurso extraordinario:

6 CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Resolución Nro. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el Nro. 508-2013.

El tema medular de la casación es la violación de la ley ya sea por: i) contravención expresa de su texto; lo cual implica la comparación de la narración con el supuesto fáctico. Hay que señalar que cuando se alega esta causal, lo que el recurrente indica es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador; es por ello, que en este sentido, se debe hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el juzgador y el supuesto fáctico de la norma, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error; ii) indebida aplicación (error de pertinencia); la indebida aplicación es el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo. Al igual que el error anterior, se debe hacer una contraposición de estos dos elementos, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado; y, iii) errónea interpretación (error de interpretación propiamente dicho); que implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; este yerro a diferencia de los anteriores, no se provoca en la adecuación de la narración fáctica que hace el juzgador con el supuesto de hecho de la norma; cuando el recurrente alega esta causal, se acepta que la norma utilizada por el juez es la correcta, empero, se impugna la manera en la que éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.

4.4.1.- Mencionar una norma jurídica específica que se considere vulnerada en el fallo impugnado; lo cual excluye la mención genérica del cuerpo de normas que contiene la disposición concreta, o la utilización de una disposición jurídica que contiene varios números o letras con diversos contenidos, sin determinar cuál de ellos se considera vulnerado.

4.4.2.- Determinar una causa específica de aquellas contenidas en el artículo 656 del COIP; tomando en consideración que no se pueden presentar, sobre una misma norma jurídica, dos o más de ellas.

Para efectos de este requisito, se debe determinar el contenido de las causas de la siguiente forma: **a) Contravención expresa**, la cual se presenta cuando el juzgador ha dejado de utilizar una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin considerar que aquella norma omitida era la pertinente; **b) Indebida aplicación**, que existe cuando el juzgador ha utilizado una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin tomar en cuenta que tal disposición no era la pertinente; y **c) Errónea Interpretación**, que se da, cuando el juzgador ha utilizado una norma jurídica adecuada para resolver determinado caso concreto, pero interpretando de forma inadecuada su sentido y alcance.

4.4.3.- Establecer la argumentación jurídica que dote de sustento al cargo de casación; lo cual se logrará al: **a)** Determinar la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; **b)** Confrontar el razonamiento del juzgador, sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica que se considera ha provocado un error de derecho, con aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y **c)** Explicar la influencia que ha tenido el error de derecho sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia).

Ahora bien, por sobre lo dicho, el recurrente debe tener en cuenta que, con el fin de posibilitar el análisis del respectivo tribunal de casación, cada uno de los cargos deben ser fundamentados de forma autónoma (principio de autonomía).

4.5.- Estudio de la sala de casación

4.5.1.- Indebida aplicación del artículo 220.1 en sus letras c y d en relación al 42.1, cuando debía aplicarse el 220.1 en sus letras c y d en relación al 39, todos del COIP: La selección del artículo 220 (tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización) no es punto controvertido, como sí lo es la selección del artículo 42.1 (que trata sobre la participación en la infracción como autor), por lo

que sobre esta girará el análisis, pues supuestamente fue transgredida la norma porque al parecer del casacionista se tenía que usar el artículo que trata sobre la tentativa, el artículo 39.

Establecido así el reproche, lo que se evidencia es un desentender o confusión entre participación y tentativa. La primera se divide en autoría y complicidad, que se sustentan atendiendo el grado de participación en la infracción que logra consumarse. La ejecución puede ser consumada y NO consumada. La ejecución que no logra consumarse por circunstancias ajenas a la voluntad del AUTOR es lo que se conoce como tentativa. Es decir, en una tentativa solo existe la participación de autoría, mas no de complicidad, pues la esencia de la complicidad es que aunque sin la participación del cómplice una infracción podría cometerse. En efecto, las normas pertinentes dicen:

*Art. 39 COIP.- Tentativa es la **ejecución que no logra consumarse** o cuyo resultado no llega a verificarse **por circunstancias ajenas a la voluntad del autor**, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito.*

Art. 41 COIP.- Las personas participan en la infracción como autores o cómplices.

*Art. 43 COIP.- Responderán como **cómplices** las personas que, en forma dolosa, faciliten o **cooperen** con actos secundarios, anteriores o simultáneos **a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido.***

Ahora bien, más allá de la tergiversación entre ejecución de la infracción y participación, el mensaje es comprendido. De tal forma, corregimos la alegación de casación, con apego al artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial (el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente), puesto que se debió reprochar la contravención expresa del artículo 39 del COIP. Por ende, fuera del formalismo de la técnica casacional, la tesis del recurrente es que se le debió culpabilizar por tentativa de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y no por ejecución consumada de dicho delito.

Para contestar el cargo, no podemos dejar de remitirnos a la sentencia impugnada, concretamente al apartado 6.6.:

a) No podemos tomar como un hecho aislado, la acción final del recurrente, como pretende el

abogado defensor. Demos advertir que el sentenciado señor Aercio Mafla Ibarra, fue vinculado a un proceso iniciado cuyos hechos hemos señalado en líneas anteriores. Para ser claro Aercio Mafla no ha sido encausado porque se le encontró una guía de remisión, un certificado de votación y porque pretendía retirar una encomienda con sustancias prohibidas que no existía. Ha sido encausado en un proceso cuyo origen tiene otros antecedentes y que su acción final, esto es pretender retirar una encomienda que a su momento fue incautada con sustancias prohibidas lo incrimina en un evento mucho más complejo. Recordemos el recurrente ha sido vinculado a un proceso penal cuyo origen data a denuncias realizadas a la unidad de antinarcóticos, en la ciudad de Guayaquil sobre tráfico ilícito de sustancias prohibidas en la modalidad de encomienda por medio de transporte público interprovincial. Esta investigación inicio el día 2 de julio del 2018 y precisamente hubo varios envíos (marihuana y clorhidrato de cocaína). El primero a través de la Cooperativa de Transporte Loja desde el Terminal Terrestre de Quitumbe en baterías, siendo retirado el día 8 de julio del 2018, por el señor Edwin Aguilar Correa, (detenido). Posterior a ello se da un segundo envío que es depositado el día 10 de julio de 2018, pero en la Cooperativa Santa con destino a la ciudad de Loja, esas baterías son incautadas a través de una orden judicial de allanamiento. El señor Mafla es detenido precisamente por estar inmerso en todos esos hechos descritos, pues al detenerlo pretendía retirar una encomienda que contenía sustancias prohibidas, que eran parte de otras acciones que se daban en la ejecución de la acción en juzgamiento. Entonces no podemos juzgar a la acción de Aercio Mafla, como un hecho independiente como tampoco desconocer su evidente participación en este delito. Por ello tenemos pleno conocimiento que es responsable de la acción acusada por Fiscalía, esto es el NUMERAL 1, LITERALES C) Y D) DEL ART. 220 DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, esto es por posesión y tenencia.

j) La defensa de Aercio Mafla ha planteado algunas interrogantes que deben ser analizadas: que, no se ha probado la teoría inicial de Fiscalía, ya que señaló que el recurrente envió, deposito las encomiendas, además refiere que el sentenciado ha hecho constar en la guía de remisión el nombre de José Rivas y que tuvo el dominio funcional del hecho. Como lo hemos señalado en los literales anteriores está justificada la infracción acusada por Fiscalía. Recordemos que Fiscalía acusa por el delito NUMERAL 1, LITERALES C) Y D) DEL ART. 220 DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, esto es por posesión y tenencia. La Corte Nacional ha señalado en casos análogos^{1/4} Lo que sanciona este tipo penal es la

tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, comprendiéndose como el ánimo consiente de tenerlas y disponer de ellas ya que se ejerce el dominio sobre dichos alcaloides. En otro términos el núcleo o verbo rector de esta conducta antijurídica requiere de dos acciones bases el tener o poseer, con su conocimiento expreso o tácito una sustancia ilícita estupefaciente o psicotrópica, conducta que implica la potestad del sujeto activo de ejercer el control o dominio sobre la sustancia prohibida inmediata o directa en su persona, ropa o tenerla a su alcance en una esfera sujeta a su custodia, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sea propietario, arrendatario, tenedor u ocupante a cualquier título Sentencia Corte Nacional de Justicia. 1797-2015.- Juicio 333-2015 (jurisprudencia ecuatoriana, ciencia y derecho) Sin duda en el presente caso tenemos que Aercio Mafla tenía el control y dominio de la sustancia, pretendía movilizar mediante envío de un lugar a otro, se ha probado que fue inmovilizado cuando pretendía retirarla. No es lógico pensar que iba a movilizar a la sustancia con su nombre y datos reales, pero si es lógico pensar, lo que se ha probado en el presente caso, que la sustancia fue remitida a nombre de una persona fallecida, y receptada por una persona engañada, que no conocía de la sustancia, pues lo que pretende es protegerse y no ser descubierto. Sin embargo, es claro como hemos señalado en los literales anteriores fue detenido con la guía original que solo la tiene quien remite, se ha probado que pretendía que la sustancia sea retirada por una tercera persona que no tenía conocimiento de la sustancia. Es decir, tenía el dominio del hecho y la cosa porque organizaba, custodiaba y protegía la sustancia, ya que el fin era enviar y retirar la encomienda del terminal por terceras personas y una vez retirada del terminal, sin peligro de ser interceptado por las autoridades retirar su mercancía, como señala Birmania Aguilar que le llamó el señor Aercio manifestándoles que había enviado unas encomiendas a nombre de su sobrino y Wilmer Aguilar quien señala que convenció a su sobrino que retire una batería que enviaba el señor Aercio, por ende, siempre tuvo la tenencia y posesión de la cosa, encargándose de organizar custodiar y proteger dicha sustancia. No podríamos hablar de transporte o envío porque a criterio de esta Sala fueron instrumentos y medios para trasladar la sustancia de Aercio. (Negrita y subrayado realizado por el presente tribunal de casación.)

Aquí encontramos los hechos sentados por la segunda instancia, que no encaja en una tentativa, porque la ejecución logró consumarse. La acción punible del procesado fue más compleja que solo tener una guía de envío para recibir un paquete en el día de la aprensión. En términos de la sala provincial ya hubo varios envíos (marihuana y clorhidrato de cocaína). El primero a través de la Cooperativa de Transporte Loja desde el Terminal Terrestre de Quitumbe en baterías, siendo retirado

el día 8 de julio del 2018, por el señor Edwin Aguilar Correa, (detenido). Posterior a ello se da un segundo envío que es depositado el día 10 de julio de 2018, pero en la Cooperativa Santa con destino a la ciudad de Loja, esas baterías son incautadas a través de una orden judicial de allanamiento. El señor Mafla es detenido precisamente por estar inmerso en todos esos hechos descritos

En el presente marco, es imposible encajar los hechos dados por probados en una tentativa. Es pertinente recalcar que en sede de casación es imposible revisar y revalorar prueba y hechos, pues así lo manda el inciso segundo del 656 de la ley penal tantas veces mencionada. Esto último es importante, porque de manera directa el casacionista nos enrumba a aquella nueva justipreciación de los elementos de probanza cuando especificó que el delito no se consumó.

Bajo este contexto, declaramos desechado el cargo de indebida aplicación del artículo 220 en relación al artículo 42.1 y, en consecuencia, también la corrección que hizo el tribunal de casación en cuanto a la mera técnica para esta sede, es decir, la contravención expresa del artículo 39 del COIP por empujar, repetimos, a que se valore prueba y, por ende, convertir en una nueva instancia esta sede extraordinaria, irrespetándose los artículos 656 del COIP y 10 del COFJ.

4.5.2.- De la casación de oficio: Es menester hablar sobre la facultad oficiosa en sede de casación (art. 657.6 COIP). La misma se activa siempre y cuando los jueces se cercioren de que la sentencia de segundo grado ha transgredido la ley, a pesar de que el impugnante no hubiese mencionado o brindado una tesis idónea en lo que atañe al desobedecimiento legal (obviamente la casación de oficio debe respetar por igual los lineamientos de este recurso extraordinario). Pero como no se ha observado hecho atentatorio ninguno hacia la ley, imposiblemente se podría actuar por iniciativa exclusiva de este tribunal en cuanto a la casación.

QUINTO

DECISIÓN

Por lo expuesto, este tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, a tenor del artículo 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, resuelve por unanimidad:

- Declarar improcedente el recurso de casación.
- Ratificar en todas sus partes la sentencia impugnada.

RIVERA VELASCO LUIS ANTONIO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. MARCO RODRIGUEZ RUIZ
JUEZ NACIONAL

DRA. DANIELLA CAMACHO HEROLD
JUEZA NACIONAL