



**CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA**
*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta*

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO PENAL**

JUICIO PENAL: No. 433 - 2012 - GTS

RESOLUCION: No. 73 - 2014 - SPPMPPT

**PROCESADO: VILLAVICENCIO SOLEDISPA ROBERTO
EMILIANO**

OFENDIDO: ESTADO ECUATORIANO

RECURSO: CASACION

**POR. TENENCIA Y POSESION ILICITA DE
ESTUPEFACIENTES**

**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**



Justicia que se ve

JUEZA PONENTE

Dra. Gladys Terán Sierra

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO.- Quito, 17 de enero 2014. Las ..09h00

VISTOS: El ciudadano Roberto Emiliano Villavicencio Soledispa, interpone recurso de casación en contra de la sentencia, dictada por la Tercera Sala de lo Penal Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que el 2 de diciembre del 2011, a las 15h10, confirma en todas sus partes el fallo dictado por el Tribunal Décimo Segundo de Garantías Penales del Guayas, el 30 de junio del 2010, a las 08h30, en el que declara la culpabilidad del recurrente, en el grado de autor del delito tipificado y reprimido en el artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el artículo 42 del Código Penal, imponiéndole la pena modificada de ocho años de reclusión mayor ordinaria.

Por el sorteo realizado, le corresponde conocer el presente recurso a este Tribunal de Casación, integrado por la Doctora Gladys Terán Sierra como Jueza Nacional Ponente, Doctora Lucy Blacio Pereira y Doctor Vicente Robalino, como Jueza y Juez Nacionales miembros del Tribunal; por lo que, al haberse agotado el trámite legal pertinente, y al ser el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

2. COMPETENCIA.

Este Tribunal, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, es competente para resolver los recursos de casación y revisión, conforme a lo dispuesto en los artículos 184.1 y 76.7.k de la Constitución de la República, artículos 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (reformados mediante la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 17 de julio de 2013); artículo 349, del Código de Procedimiento Penal; y, acorde al artículo 5 de la Resolución No. 04-2013 de la Corte Nacional de Justicia, de 22 de julio de 2013.

Este recurso de casación ha sido tramitado conforme las normas procesales de los artículos 349 al 358, del Código de Procedimiento Penal, vigente al 23 de marzo del 2009¹ asimismo se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3, de la Constitución de la República del Ecuador.

2.- ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y ACTUACIÓN PROCESAL

Del parte de aprehensión, elaborado por el Cabo primero Luis Acosta, se conoció que el 30 de mayo del 2006, encontrándose de servicio en las agencias de correos paralelos, se acercó hasta la agencia de correo SUR EXPRESS, ubicada en las calles José de Antepara y Hurtado, para revisar paquetería que proviene de otras provincias y que iban a ser enviadas hacia el exterior; específicamente hacia España; que en presencia de la señora encargada de la agencia se percataron de la existencia de una encomienda sospechosa consistente en dos frascos plásticos, color gris, con el logotipo de "Productos Naturales", encontrando en su interior una sustancia líquida color transparente, camuflada, la que al ser sometida a la prueba de campo dio como resultado positivo para cocaína, con un peso bruto de 600 gramos; procedió a la aprehensión de dicha encomienda y al traslado a la Jefatura Provincial Antinarcóticos del Guayas; adjunta una factura de la Agencia PRONT-SERVICES, en la que consta, como dirección de la remitente Katuska Karina Suárez Parreño, ciudadela Huancavilca-Guayaquil, teléfono 370849, y, una copia de cédula de ciudadanía de la remitente de la encomienda, cuyo destino era la ciudad de Madrid-España, y el destinatario Roberto Emiliano Villavicencio, con teléfono 664267423, de esa ciudad.

El 29 de noviembre del 2006, se llevó a cabo la audiencia preliminar, como consecuencia de esto, el 19 de enero del 2007, el Juez Décimo Tercero de lo Penal del Guayas, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Katuska Katerine Suarez Parreño y de Roberto Emiliano Villavicencio, por considerarles presuntos autores responsables del delito que tipifica y reprime el artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, (tráfico ilícito de sustancias estupefacientes), continuando la etapa del juicio en contra de Katuska Katerine Suárez Parreño, y se suspende con relación a Roberto Emiliano Villavicencio Soledispa, por encontrarse prófugo.

¹ La tramitación del proceso corresponde al Código anterior a las reformas de 24 de marzo del 2009, publicadas en el R.O. 555

El auto es apelado por la procesada Katuska Katherine Suárez Parreño, y la Tercera Sala de lo Penal, Colutorio y de Tránsito de la ex Corte Superior del Guayas, reforma el auto de llamamiento a juicio, en el sentido de que la conducta que se le atribuye a la imputada se encuentra tipificada y sancionada por el artículo 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, (transporte ilícito de estupefacientes).

Por haberse caducado la prisión preventiva, la procesada recupera su libertad; concomitantemente, es detenido el procesado Roberto Emiliano Villavicencio, quien es puesto a órdenes del Tribunal Décimo Segundo de Garantías Penales del Guayas. Este Tribunal, realiza la audiencia del juicio con relación al procesado Roberto Emiliano Villavicencio Soledispa, en virtud de que Katuska Karina Suárez Parreño, por estar libre, no comparece a la audiencia; el Tribunal por su parte, lo declara autor del delito tipificado y reprimido en el artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el artículo 42 del Código Penal, y le impone la pena modificada de ocho años de reclusión mayor ordinaria, de conformidad con el artículo 72 del Código Penal.

El Tribunal Décimo Segundo de Garantías Penales del Guayas, llega a comprobar la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, con base a los siguientes medios probatorios:

1. Testimonio del Cabo primero Luis Marcelo Acosta Cortés, quien informa haber sido quien encontró la droga en la agencia SUR EXPRESS, en una encomienda sospechosa que iba a ser enviada a España, la que contenía dos frascos, con una sustancia líquida, que al realizar la prueba de campo dio positivo para cocaína, con un peso bruto de 600 gramos; el testigo señaló que la persona que remitía la encomienda a España, era la ciudadana ecuatoriana Katuska Katherine Suárez Parreño, y el destinatario Roberto Emiliano Villavicencio, ecuatoriano residente en España;
2. Testimonio del Cabo primero Darling Ortiz Ulloa, quien realiza el pesaje y toma de muestras de la droga decomisada, consistente en dos frascos de plástico, conteniendo una sustancia líquida, que al ser sometida a la prueba preliminar de campo dio positivo para cocaína, con un peso bruto de 600 gramos incluida su envoltura;
3. Testimonio del Ingeniero Gonzalo Enrique Almeida Murillo, quien recibió las muestras para realizar la pericia química, de dos frascos de color gris conteniendo una sustancia líquida, cuyo contenido es cocaína.

4. Testimonio del procesado Roberto Emiliano Villavicencio Soledispa, quien en lo principal expresa, que no entiende de lo que se le acusa, que a esa chica no la conoce, que nunca ha recibido encomiendas de ninguna clase en España, que pueden verificar si en alguna agencia de correos consta alguna factura donde haya retirado encomiendas, que en España vivía en la calle Viejo Lujanés 444-A, que en la ciudad de Madrid vivió por seis años, hasta el 23 de junio que fue deportado por indocumentado, ya que no estaba legalmente en España, que no recuerda los números telefónicos que tenía en España; sostiene que nunca tuvo conocimiento de que alguna persona le haya enviado una encomienda, que en Guayaquil ha vivido por el Quinto Guayas, Cooperativa Simón Bolívar, en el Barrio del Seguro, en la calle 44 y la J, que la dirección de su mamá es la Cooperativa Simón Bolívar, que se quedó en el Ecuador dos años y medio, desde el mes de febrero o marzo del 2004 y regresó a España en abril del 2006, que ha venido en total dos veces al Ecuador; deja constancia de haber estado detenido por 27 horas en Quito, antes de trasladarlo a la ciudad de Guayaquil, alega su inocencia.

Mediante consulta, y con base al criterio emitido por el Doctor Antonio Gagliardo Loor, Fiscal Provincial del Guayas, la Sala de Conjuces de la Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, confirma la sentencia, de la cual se impugna por casación y que es objeto de este fallo.

3.- ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO

3.1 DEL RECURRENTE ROBERTO EMILIANO VILLAVICENCIO SOLEDISPA

En la fundamentación del recurso interpuesto, conforme a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Penal, vigente al 23 de marzo del 2009, el recurrente manifestó que ha solicitado el recurso de casación, de acuerdo a lo que dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, por haber hecho una falsa aplicación y por haberse interpretado erróneamente la ley.

Argumenta que en los últimos días del mes de marzo de 2010, junto con otros ciudadanos, fue deportado desde España por haberse encontrado residiendo ilegalmente en dicho país y que al llegar al aeropuerto Mariscal Sucre de Quito, la Interpol lo detuvo.

Desmiente las acusaciones, y trata de desacreditar las pruebas presentadas por la fiscalía; hace referencia al parte policial realizado en el año 2006, en el que se detalla un operativo realizado a una agencia de correos privada, donde encontraron una encomienda dejada por una señorita de nombres Katuska Suárez y cuyo destinatario era el casacionista, que en su interior han encontrado una cantidad de 600 gramos de cocaína; que, el fiscal actuante, dictó la instrucción fiscal y el juez dictó auto de llamamiento a juicio en contra de los sindicados, suspendiéndose el mismo por no haber detenidos; que, a los pocos meses fue detenida Katuska Suárez por falsificación de documentos; que, esta ciudadana recobró su libertad por caducidad de la prisión preventiva; que, correspondió su conocimiento y la continuación del juicio, al Tribunal Décimo Segundo de Garantías Penales del Guayas, que lo sentenció; que de las investigaciones realizadas a Katuska Suárez, y de la lectura del auto de llamamiento a juicio se desprende que nunca se conocieron entre ellos.

Alega su inocencia, sostiene que se trata de un juicio en el que se acusa a una persona, sin el soporte legal del fiscal, del juez y de los ministros respectivos; que su prisión es arbitraria e ilegal, se le acusa de un delito en el que no tuvo participación alguna y que tampoco conoció; que se ha dictado erróneamente una sentencia en su contra; que, en el supuesto caso, de haber conocido de dicho envío, el trámite se adecuaría a la intermediación o corretaje sancionado por el art. 59 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas y no con el artículo 60 como falsamente aplicó el tribunal de primera instancia, lo que de por sí transgrede el principio de inocencia amparado por la Constitución de la República.

3.2 DEL SEÑOR FISCAL GENERAL DEL ESTADO

La Doctora Cecilia Armas Erazo de Tobar, Fiscal General del Estado, Subrogante, al contestar el escrito de fundamentación del recurrente, señala que:

3.2.1 El delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacentes y psicotrópicas está tipificado en el artículo 60 de la Codificación de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas que señala: "Quienes compren, vendan o entreguen a cualquier título, distribuyan, comercialicen, importen, exporten o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacentes, psicotrópicas y otras sujetas a fiscalización, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de

doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales”;

3.2.2 El recurrente en la fundamentación y en lo principal: **1.-** Impugna y rechaza la sentencia dictada en su contra por ser alejada de la realidad procesal y jurídica; asegura que existe errónea aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a las reglas de valoración de la prueba, lo que ha conducido al juzgador a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia, es decir, aplicación indebida o errónea interpretación de normas de derecho. **2.-** Que su prisión es ilegal y arbitraria, que ha sido acusado de un delito en el que no ha tenido participación, que en el supuesto caso de haber conocido, su intervención se adecuaría a la intermediación o corretaje, sancionado por el artículo 59 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y no se adecúa a la infracción tipificada y sancionada por el artículo 62 y con la circunstancias atenuantes justificadas, la pena sería de cuatro a ocho años según la Constitución y el artículo 72 del Código Penal, por la pequeña cantidad de droga que consta de autos. Concluye señalando que mantiene su inocencia debido a la errónea interpretación del Tribunal.

3.2.3 Finalmente, considera que las normas procesales invocadas por el juzgador han sido correctas, tanto en su aplicación como interpretación, sin que se halle contravención alguna a su texto en la sentencia impugnada; que, la Tercera Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en la sentencia dictada el 2 de diciembre del 2011 a las 15h10, llega a la conclusión, en uso de la certeza y convicción tanto de la existencia del hecho antijurídico y la determinación de responsabilidad del acusado en calidad de autor; por lo cual, la sentencia impugnada cumple con las exigencias establecidas en el artículo 76.7.I de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal. En tal virtud, considera que debe ser desechado el recurso interpuesto por el señor Roberto Emiliano Villavicencio Soledispa, por no haber demostrado, que en la sentencia impugnada se violó la ley.

4.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA.

4.1 Del Recurso de Casación

La casación es uno de los mecanismos de impugnación por medio de los cuales se cumple con el derecho de recurrir, consagrado en el art. 76.7.m de la Constitución de la República, así como también en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, en el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este derecho de impugnación, en el ámbito judicial, se traduce en la capacidad de presentar "(...) peticiones para que el mismo juez que profirió la providencia, o un superior, la revise con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento que en ella se haya cometido (...)")²

Nuestro sistema procesal Penal, en sus artículos 349 y 358 del Código de Procedimiento Penal define su ámbito de aplicación, estableciendo que las potestades correctivas del Tribunal de Casación se debe utilizar "(...) cuando en la sentencia se hubiera violado la ley (...); además, añade que *"Si la Sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada"*.

Respecto del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, mencionado, debemos decir que, si bien, el precepto es claro en cuanto a la única providencia judicial (la sentencia), que es revisable mediante este recurso, no establece restricciones en cuanto a si la violación de la ley debe darse por vía directa o indirecta; por lo que, tomando en cuenta lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la interpretación del artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, debemos concluir que "La posibilidad de *"recurrir el fallo"* debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio dicho derecho", lo cual se traducen que si la norma jurídica, no provee limitaciones en este sentido, tampoco lo debe hacer este Tribunal de Casación; por lo tanto, del artículo mencionado, se puede desprender que a este órgano jurisdiccional le compete la revisión de aquellas violaciones legales directas, "(...) cuando el juez yerra en la aplicación de la norma legal, de la norma pura, independientemente de los errores que pueda cometer en relación con los hechos y con las pruebas (...)")³ así como de las indirectas, que "(...) no transgreden directamente la norma, sino a través del error

² Mejía Salazar, Alvaro. Los Recursos Administrativos. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. Año 2011. Págs. 113, 14.

³ Cueva Carrión, Luis. La Casación en Materia Penal. Ediciones Cueva Carrión. Quito-Ecuador. Año 2007. Pág. 253

fáctico y probatorio: luego de errar en la apreciación de los hechos, de las pruebas y en su valoración legal (...) ⁴

No procede la valoración de la prueba, en este estado procesal, con base a una simple diferencia de criterios con el juzgador de instancia; pues, cuando el Tribunal de Casación analiza íntegramente la sentencia recurrida, no puede expresar simplemente una valoración nueva de la prueba, pues eso convertiría a la institución casacional en una tercera instancia; no así, cuando al presentarse una violación indirecta de la ley, le corresponde a este órgano jurisdiccional, expresar el error en la aplicación de la sana crítica, que ha sido cometido por el juzgador de instancia; pues, son la arbitrariedad, o la negligencia, que se presenten en su valoración probatoria, las que causan la vulneración de las garantías judiciales de las partes; además, debe pronunciar la manera en la que esta violación, ha influido en la decisión de la causa y en la aplicación del derecho.

Nada se contrapone, a que el Tribunal de Casación, pueda analizar la correcta aplicación de la sana crítica por parte del juzgador de instancia; si bien es cierto, que quien *"(...) en desacuerdo con las circunstancias fácticas tal como ellas fueron establecidas, ataca la apreciación, que de la prueba hizo el tribunal, plantea una cuestión sobre los hechos que no es susceptible de revisión (...) "*⁵, no es menos cierto, que quien establece la violación de los principios de la sana crítica, se está amparando en la existencia de una norma jurídica vigente (artículo 86 del Código de Procedimiento Penal), que debió haber sido aplicada por el juzgador de instancia, y cuya omisión resulta susceptible del análisis del Tribunal de Casación, pues *"(...) el problema de si una norma ha sido correcta o incorrectamente aplicada representa una cuestión de derecho"*⁶.

Con relación al igualmente citado artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, se establece la posibilidad de que el órgano jurisdiccional, case de oficio la sentencia impugnada, al haber encontrado un error de derecho que, inclusive sin haber sido mencionado por el recurrente, lesiona sus derechos, posibilidad que obedece a los resultados propios del proceso penal, en que el error judicial, puede provocar la privación

⁴ Op. Cit. *Supra*. Pág. 266

⁵ Klug, Ulrich. *Lógica Jurídica*. Editorial Temis. Bogotá-Colombia. Año 1990. Pág. 203

⁶ Klug, Ulrich. Op. Cit. *Supra*. Pág. 203

de la libertad de una persona inocente, razón por la cual el órgano jurisdiccional está en el deber de revisar la sentencia del juez de instancia, inclusive rebasando aspectos planteados por los recurrentes; esto se entiende, por cuanto al ser la privación de la libertad, consecuencia de habersele declarado a una persona culpable de un acto típico y antijurídico, sin esa libertad, que es un derecho fundamental, el ser humano no puede hacer efectivo el goce y disfrute de otros derechos fundamentales como en el caso subjudice.

Son estos dos aspectos (violación indirecta de la ley y casación de oficio) sumados a la actividad clásica del recurso de casación, los que conforman la totalidad de la actividad revisora de éste Tribunal de Casación, cuyo deber se concreta en la protección de los derechos que se han vulnerado por la aplicación incorrecta de la ley por parte del juzgador, y no solo por la mala interpretación de la ley por si misma; así, en virtud del "agotamiento de la capacidad de revisión", no le es limitado al Tribunal de Casación el análisis de la aplicación de la sana crítica, en la valoración probatoria; más aún, cuando en este caso no hubo apelación de la sentencia del aquo; pues la mayoría de prueba, queda documentada y registrada en el proceso mediante acta, así como las razones que da el juzgador para aceptarla o rechazarla; es solo aquella parte en que le hubiera sido imposible la percepción de las circunstancias en las cuales el juzgador de instancia basa su decisión, en virtud del principio de inmediación, lo que le queda prohibido a su revisión, teniendo que ejercer inclusive sobre éstos, un control en cuanto a la motivación que el juzgador expresa para considerarlo como elementos determinantes para la condena o absolución del procesado.

4.2 De la Fundamentación del recurso y violaciones legales invocadas por el recurrente

En la especie, y apartándonos del tema de la apreciación y valoración de la prueba, aclarada *supra*, entramos a analizar el ordenamiento jurídico, que según el casacionista, afirma en su escrito de fundamentación, que en la sentencia se ha violado la ley, por la falsa aplicación e interpretación errónea; causales contempladas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

4.2.1 De las alegaciones del recurrente, se desprende que esta se encamina a conseguir que se case la sentencia y se ratifique su estado de inocencia; se manifiesta, que no se ha comprobado conforme a derecho, la existencia del delito y su responsabilidad en el ilícito que se le imputa, que no existe soporte probatorio alguno por parte del fiscal, las pruebas presentadas en la audiencia del juicio, no son suficientes para acusarlo de un delito que ni ha conocido y en el que no ha tenido participación alguna; alega que su prisión ha sido arbitraria e ilegal.

Hace hincapié en que se han violado las causales del Artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en lo que se refiere a la falsa aplicación e interpretación errónea de la ley, ya que ha sido sentenciado sin ningún soporte jurídico ni probatorio.

En este contexto y para los fines de poder resolver el recurso planteado por el recurrente, se hace necesario ir a los conceptos de falsa aplicación y errónea interpretación de una norma jurídica.

La falsa aplicación de una norma consiste en la aplicación efectiva de una norma jurídica que ha realizado el juez, a una situación de hecho que no es la que ésta contempla. Al respecto se señala:

“ (...) la falsa aplicación de la ley viene a ser una violación que consiste en una *incorrecta elección* de la norma jurídica aplicable (...)”⁷

La errónea interpretación de una norma jurídica, es aquella que se materializa en el fallo cuando el sentenciador, aun eligiendo la norma correcta para la resolución de la controversia, yerra acerca del contenido y alcance de la misma.

4.2.2 En el caso sub iudice, si bien se ha comprobado la existencia de la infracción, con la aprehensión de la droga, el recurrente alega falta de comprobación de la responsabilidad que se le imputa; al respecto, cabe analizar el contenido del Artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, el mismo que se refiere a que serán reos de este delito, *“Quienes compren, vendan o entreguen a cualquier título, distribuyan, comercialicen, importen, exporten o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacentes, psicotrópicas y otras sujetas a fiscalización, (...)”*

En el presente caso, se ha delatado la falsa aplicación y errónea interpretación del ámbito de las circunstancias del artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, que tipifica y sanciona el “tráfico ilícito” de sustancias no autorizadas, y que en su parte pertinente dice: “Se

⁷ Sarmiento Núñez, José Gabriel. Casación Civil. Portal Jurídico Legal. 2011. Pàg.130

entenderá por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas u otras sujetas a fiscalización toda transacción mercantil o toda entrega, a cualquier título, de dichas sustancias, realizada en contravención a los preceptos de esta ley”.

Para que la conducta del sujeto activo, se encuadre en la norma prevista, deberá en primer lugar estar en posesión de la droga, retirando o entregando la “encomienda” que contenía la sustancia prohibida; o, a su vez, realizando transacción comercial alguna, habida cuenta que el verbo rector de este ilícito es traficar, que implica importar o exportar, sustancias sujetas a fiscalización, situación que no se ha podido verificar en el proceso, y que el recurrente sostiene no haber conocido del particular, así como ninguna relación existente entre este y la remitente, circunstancia que debió haber sido investigada por el fiscal de la causa, en virtud de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 65, del Código de Procedimiento Penal: “ Es obligación del Fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no solo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado”.

En contraposición del obsoleto sistema inquisitivo que le antecedió, el actual sistema procesal penal acusatorio, ha dividido las funciones de investigación y juzgamiento en dos órganos estatales, encargándole el ejercicio de la acción penal a la Fiscalía General del Estado, esto se ve corroborado con lo consagrado en el artículo 195 de la Constitución de la República, que le da las atribuciones a la institución mencionada, de dirigir “... *la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercer(...) la acción pública (...) De hallar mérito **acusar(...)** a los presuntos infractores ante el juez competente, e **impulsar(...)** la **acusación en la sustanciación del juicio penal**” (lo resaltado no es del texto).*

En este sistema, el juzgador recibe todos los elementos de juicio de un tercero encargado de su producción; en tales circunstancias, dedica totalmente sus capacidades al control del proceso penal, garantizando que los derechos de las partes sean respetados en todo momento y vigila que la contienda que se desarrolla entre ellas (sin que el órgano juzgador participe activamente en la formulación de la teoría del caso de los sujetos procesales) lo sea en una forma legítima y encuadrada en el ordenamiento jurídico positivo, que en virtud del principio de legalidad, les ha otorgado el legislador.

Como lo mencionamos, la titularidad de la acción penal conferida a la Fiscalía, implica varias funciones, entre ellas la de acusar, que no se entenderá cumplida si no se logra establecer de

manera clara y completa: “... una hipótesis fáctica –acción u omisión según se sostenga que lesiona una prohibición o un mandato del orden jurídico– atribuida al imputado, la cual, a juicio de quien la formula, conduce a consecuencias jurídico-penales, pues contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, de un hecho punible”⁸.

Para llegar a cumplir a cabalidad la actividad de acusar, como queda señalado, el fiscal debe fijar un fundamento fáctico y un fundamento jurídico, sustentado con un fundamento probatorio; el primero de ellos estará basado en la narración “... *íntegra, clara, precisa y circunstanciada del hecho concreto que se atribuye al imputado*”⁹; el segundo, se cumple con la adecuación de ese hecho concreto a uno de los tipos penales consagrados dentro del ordenamiento jurídico nacional, no solo con la mención de su *nomen juris*, sino con la constatación de que cada uno de sus elementos constitutivos se desprenden de la narración del hecho imputado, que se concreta con el fundamento probatorio con el cual el juez o tribunal de garantías penales podrá declararlo culpable o ratificar su estado de inocencia.

En cuanto a la acusación que realiza Fiscalía, tomando en cuenta las directrices del sistema, el órgano jurisdiccional cumple simplemente una actividad verificadora, en tanto comprueba si de la argumentación jurídica y probatoria realizada por el titular de la acción penal, éste ha logrado justificar su acusación.

En el caso que nos ocupa, el órgano juzgador dice haber comprobado la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, mediante los testimonios de los: Cabo segundo de Policía Luis Marcelo Acosta, Cabo primero Darling Ortiz Ulloa e Ingeniero Gonzalo Enrique Almeida Murillo; el primero de los nombrados encontró una encomienda sospechosa que contenía dos frascos con cocaína; el segundo manifestó haber realizado el acta de verificación, pesaje y toma de muestras, de la sustancia líquida, dando un peso bruto de 600 gramos; y, el Ingeniero Almeida Murillo realizó la pericia química, de las muestras entregadas para el efecto, consistentes en dos frascos de una sustancia líquida que dio como resultado positivo para cocaína, droga que se encontraba en la encomienda aprendida en la Agencia de Correos SUR EXPRESS, y que iba a ser enviada hacia el exterior, a cuya remitente, únicamente se la conocía, en razón de haber consignado sus datos

⁸ MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal, Tomo I, Parte General. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. Año 2004. Pág. 553.

⁹ MAIER, Julio. Óp. Cit. *Supra*. Pág. 560.

en la factura correspondiente y una copia de su cédula de ciudadanía; igualmente, solo se tiene referencias de un destinatario, al que se le acusó y juzgó del delito de tráfico ilícito de esta droga.

Al respecto, los artículos 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal, se refieren a la finalidad y apreciación de la prueba para poder determinar el tipo penal al que se ajusta la conducta del sujeto activo, así como a las presunciones que debe obtener el juez sobre indicios que han de ser presentados por los sujetos procesales como prueba y que le hagan presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, como lo dispone el artículo 88 *ibídem*; esto significa, en resumen, que el juez de instancia, para valorar la prueba con base a las reglas de la sana crítica, debe emplear la razón, la lógica y la experiencia y con ello tomar su decisión sobre la existencia del nexo causal entre las pruebas y el ilícito que se juzga; actividad, que como ya lo dijimos, solamente la puede realizar el juzgador que apreció directamente la prueba bajo los principios *inter alia*, de inmediación, contradicción y publicidad.

Asimismo, al dictar sentencia de culpabilidad en contra del procesado, el tribunal a-quo, no ha analizado ni valorado las circunstancias del artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas que tipifica y sanciona el delito de “tráfico ilícito”, de sustancias no autorizadas, como reza este artículo, lo que ha dado lugar a que se declare la responsabilidad del acusado en este ilícito; recalcando, que “la existencia del delito y la responsabilidad del acusado se obtiene de las pruebas de cargo y descargo que aportan los sujetos procesales en la etapa del juicio”; en el caso *sub iudice*, los juzgadores no han valorado el acervo probatorio con un examen crítico, reflexivo que impone la ley, que es la esencia de la sana crítica; que no es un sistema arbitrario, pues si bien le deja al juzgador la capacidad de valorar libremente los elementos probatorios que se le presenten en el proceso, le exige que establezca los motivos por los cuales llega a sus conclusiones respecto a la mentada valoración, siendo entonces en la fundamentación que hace el juzgador de sus decisiones, en donde reside la diferencia entre la arbitrariedad y el respeto al derecho.

No podemos asumir que en el caso que se analiza, se haya podido determinar el nexo causal; pues, para poder atribuirle un resultado a una persona como producto de su acción, es necesario establecer si aquel aparece ligado a ésta por una relación de causalidad, de tal manera que se pueda predicar la existencia de un vínculo de causa a efecto entre uno y otra ¹⁰.

¹⁰ Velásquez, Fernando / *Manual de Derecho Penal* - Temis, Bogotá, 2004, Pág. 268

Con todos los elementos y circunstancias que se desprenden de las pruebas presentadas en la audiencia de juicio, y que constan del proceso, el tribunal juzgador debía declarar la inocencia de Roberto Emiliano Villavicencio Soledispa, la que debió haber sido dada mediante una motivación lógica y jurídica, por la inexistencia de prueba de cargo que lo incrimine; por el contrario, se hace evidente el apareamiento de la "certeza" de su responsabilidad, cuando en el considerando noveno de la sentencia, el tribunal toma del Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas el siguiente concepto, para expresar que: *"Se está ante el consentimiento expreso cuando se formula la palabra, por escrito o con signos inequívocos de la voluntad, que puede ser por la afirmativa o por la negativa o por cualquiera de las modalidades sugeridas o aceptadas"*; asimismo, enuncia el artículo 33 del Código Penal que dice: "Reputanse como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario, excepto cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo"; a renglón seguido, se refiere al artículo 32 del Código Penal (dolo): "Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia".

En este contexto, cabe entonces analizar las alegaciones del sentenciado, que tienden a desvanecer la existencia del tipo penal contenido en el artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, ya que el juicio penal, que el tribunal de instancia concreta con su sentencia, debe responder a una serie lógica y derivada de pensamientos racionales, secuencia en la que se debe comprobar en primer lugar, la existencia del delito, y solo una vez comprobado este elemento, pasar a la consideración de la responsabilidad del procesado; este orden se debe seguir también, al momento de resolver el recurso de casación; en el presente caso, el recurrente alega que llegó al país deportado desde España, por indocumentado, que no conocía a la persona que enviaba la encomienda a su nombre, y a una dirección que no concuerda con la que tenía su residencia, que nunca recibió encomienda alguna y que pidió que se verifique si en alguna agencia en España, consta factura de haber retirado encomiendas; que su dirección en España era la calle Viejo Luganés 444-A; que tampoco conoció de la existencia de la droga; la defensa del acusado alega que no hay ninguna evidencia en contra de su defendido, que le acusan con base a un parte policial; que jamás ha tenido antecedentes penales, por tanto, su testimonio debió haber sido considerado como medio de prueba y de defensa a su favor, más aún cuando no existe un solo medio probatorio que lo incrimine, excepto un testimonio que dice que el destinatario era un ciudadano con sus nombres y apellidos que residía en España

Consta del acta de audiencia de juicio, que es parte de la sentencia que se impugna, de 29 de junio de 2010, fojas 133 a 134 y vuelta, que la Fiscalía, en el debate, se refiere a los hechos ya conocidos y a "las pruebas rendidas durante la audiencia", pues sin mayores argumentos y sin fundamentación alguna que revele su decisión de acusar al recurrente, éste lo hace como responsable del delito que tipifica el artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en calidad de autor; habida cuenta que, "en el tráfico ilegal se castiga su elaboración, su ofrecimiento, su venta e incluso su simple tenencia, cuando por las cantidades descubiertas se intuya que el objetivo de las mismas no era el consumo si no la venta"¹¹, situaciones que no se encuentran presentes en el caso sub iudice.

Por su parte, la Sala de Conjuces de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, al absolver la consulta de la sentencia dictada por el Décimo Segundo Tribunal de Garantías Penales del Guayas, en contra de **Roberto Emiliano Villavicencio Soledispa**, acoge el informe del Fiscal Provincial del Guayas, en el que relata los hechos y expresa "b).- (...) la existencia de la infracción materia de la especie, se encuentra legalmente comprobada en base (sic) tanto al contenido de los respectivos partes de aprehensión de Katuska Katerine Suárez Parreño (...) y del también procesado **Wilson Fernando Valverde Supo**, (el nombre del procesado en esta causa es **Roberto Emiliano Villavicencio Soledispa**, como consta en líneas anteriores), más adelante dice: (...) se percató de la existencia de una encomienda sospechosa la misma que se trataba de dos frascos plásticos de color gris con el logotipo de productos naturales, se refiere entre otras cosas al "INFORME PERICIAL QUÍMICO DE LA SUSTANCIA SUJETA A FISCALIZACIÓN (fs. 16 a 18)", cuaderno de la instancia, del que recoge las Conclusiones que dicen: "LAS MUESTRAS No. 1 al 10

¹¹ Antes de referirnos a los tipos de tráfico de droga que existen, es necesario definir lo que se entiende por tráfico de droga. El tráfico de drogas es un delito consistente en facilitar o promocionar el consumo ilícito de determinadas sustancias estupefacientes y adictivas que atentan contra la salud pública con fines lucrativos, aunque esta definición puede variar según las distintas legislaciones penales de cada Estado. Por tráfico de drogas se entiende no sólo cualquier acto aislado de transmisión del producto estupefaciente, sino también el transporte e incluso toda tenencia que, aun no implicando transmisión, suponga una cantidad que exceda de forma considerable las necesidades del propio consumo, ya que entonces se entiende que la tenencia tiene como finalidad promover, favorecer o facilitar el consumo ilícito (entendiéndose como ilícito todo consumo ajeno). En algunas legislaciones se considera delito solamente el tráfico, pero no la tenencia de drogas en cantidades reducidas a las necesidades personales del consumidor, mientras que otras tipifican como conductas delictivas tanto el tráfico como la tenencia.

Existen tres modalidades dentro del tráfico de drogas, establecidas en base a los medios que se utilizan para realizar el tráfico de drogas. Estos tres tipos son los siguientes: a.- **Tráfico Aéreo**: Consiste en aquel que utiliza como medio de tránsito, naves o aeronaves públicas o privadas, para que transporten vía aérea sustancias estupefacientes o psicotrópicas; b.- **Tráfico Marítimo**: Consiste en aquel que utiliza como medio de transporte buques, barcos, etc, para que transporten vía marítima sustancias estupefacientes o psicotrópicas depositadas en container u otros lugares del buque; c.- **Tráfico Terrestre**: Consiste en aquel que utiliza como medio de tránsito, vehículos o cualquier medio de transporte vial, para que trafique vía terrestre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cualquiera sea su forma de ser embalada.

Pero existe otra figura excepcional aparte de estas tres ya mencionadas, y es el tráfico de drogas por medio de humanos, la cual es una nueva modalidad bien conocida con el nombre de narcomulas intraorgánica, en la cual se introduce en el estómago de un individuo cierta cantidad de dediles para facilitar el tráfico de varios gramos de droga, que en muchos casos resultan infructuosos debido a la ruptura de dediles, que pueden ocasionar hasta la muerte del narcomula; todo esto con la finalidad de evadir las medidas de seguridad que cada día son más rigurosas e intensas, sobre todo en los aeropuertos, en pro de la lucha contra el tráfico de drogas.

ANALIZADAS, CONTIENEN BASE DE COCAINA” y que corresponden a “muestras de sustancias en polvo (...) tomadas de sobres de papel cuaderno”; este informe según el número de fojas que señala, corresponde a la Instrucción Fiscal No. 025-2006, cuyos imputados son: FREDDY FRANCISCO TORRRES FLORES, MARTIN FABIAN FALCONES VANEGAS Y JOSE LUIS PERALTA RUIZ y no a la Instrucción Fiscal No. 023-2006 que corresponde al caso que nos ocupa, en el que la droga aprehendida era líquida y se encontraba en dos frascos plásticos; elementos que conforman el apretado resumen de los hechos, contenido en diez renglones y que sirvieron para que, como expresa textualmente: “el suscrito considere que de lo actuado existen los elementos de convicción fehacientes (...)”; es decir, lo expresado por el fiscal, no tiene fundamento alguno, existen serias equivocaciones cuando menciona que consta de los respectivos partes de aprehensión de Katuska Katerine Suárez Parreño (...) y del también procesado, **Wilson Fernando Valverde Supo**, cuando debió referirse a **Roberto Emiliano Villavicencio Soledispa**, además, dicho parte de aprehensión realizado por el Cabo segundo Acosta Cortés Luis Marcelo, fojas 2 y 3, se refiere a la aprehensión de la droga, y no constituye prueba alguna.

El ad quem, en su sentencia de consulta, ha basado su decisión, en la presunción de dolo en la acción que se juzga, por lo que cabe hacer ciertas precisiones: pues, si bien es cierto, que el artículo 33 del Código Penal, mencionado anteriormente, prevé una presunción respecto a la conciencia y voluntad, así como de la intención de quien ha realizado un acto ilícito, ésta se da solo en virtud de un hecho concreto, debidamente probado, y no puede ser extendida a aquello que le es desconocido al acusado; en el presente caso, el hecho sobre el cual se ha basado la investigación, es la existencia de una encomienda sospechosa, encontrada en la Agencia de Correos Sur Express, respaldada por una factura y una copia del documento de identidad de la persona que enviaba, -Katuska Katerine Suárez Parreño- y en la que se encontró los dos frascos de plástico que contenían una sustancia líquida, que luego se comprobó que se trataba de cocaína, la misma que ha sido aprehendida, como se ha hecho constar en el parte policial; sustento, con el que se ha pretendido establecer que el procesado fue consciente del ilícito que se estaba cometiendo con dicho envío – él no envió la droga, su nombre constaba como destinatario en España-; argumento, que presenta graves defectos en la lógica con la que se ha aplicado; pues no obstante, que el verbo rector del tipo penal analizado es el de traficar, la comprobación de este tráfico debe estar acompañado de la prueba, ya sea de la compra, venta, entrega, distribución, comercialización, importación, exportación de sustancias sujetas a fiscalización; y ésta a su vez,

debe estar encaminada a establecer la relación de cualquiera de estas actividades ilícitas tanto con la remitente como con el destinatario a quien se le realiza la imputación, lo que no está probado.

Finalmente, es importante señalar que se ha hecho caso omiso del principio de inocencia, cuando como constancias procesales, solo se cuenta con un indicio –testimonio del policía que dice que el destinatario en España era el procesado- pues no se hizo ninguna investigación al respecto, sin embargo se declara al recurrente reo del delito de tráfico ilegal de sustancias sujetas a fiscalización, pronunciamiento recogido sin más trámite por los juzgadores de la instancia respectiva y de consulta.

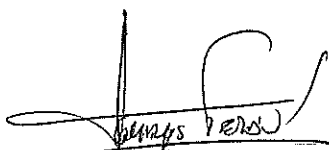
Como corolario, el juzgador no ha aplicado las reglas de la lógica y la experiencia componentes de la sana crítica, al momento de valorar la prueba, que ni siquiera resulta contundente, respecto al tráfico del que se le acusa al recurrente, pues él no estuvo en el Ecuador para que se pudiera presumir que tuvo preparación de este acto ilícito; no existe, ningún recaudo procesal del que se desprenda la relación existente entre el procesado y la droga encontrada, más aún, cuando de la sentencia recurrida ha sido una persona diferente a éste, quien ha transportado la sustancia ilícita camuflada en la encomienda, que aprehendió la Policía en la agencia de correos SUR EXPRESS, en la que se encontraba la droga, por lo que, mal pudo, con base a suposiciones, subsumir esta prueba a un acto típico y antijurídico, que se define a actos ilícitos para que esta conducta sea adaptada al tipo contenido en el artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Derivación lógica, de lo expresado, es el hecho de que ante la falta de comprobación del ilícito, no había presunción que el juzgador haya podido aplicar para condenar, con base a una conducta no probada, violando de esta manera las disposiciones del artículo 86 de la Ley Procesal Penal.

Por estas consideraciones, se hace importante la motivación prescrita en el Art. 76.7.I) de la Constitución de la República; sin embargo, por ser una motivación sofística puede ser objeto de casación y no de nulidad conforme el mandato constitucional, solo con los razonamientos explicativos de los hechos y normas jurídicas que aplica al caso, el juzgador justifica su decisión.


RESOLUCION.-

Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL

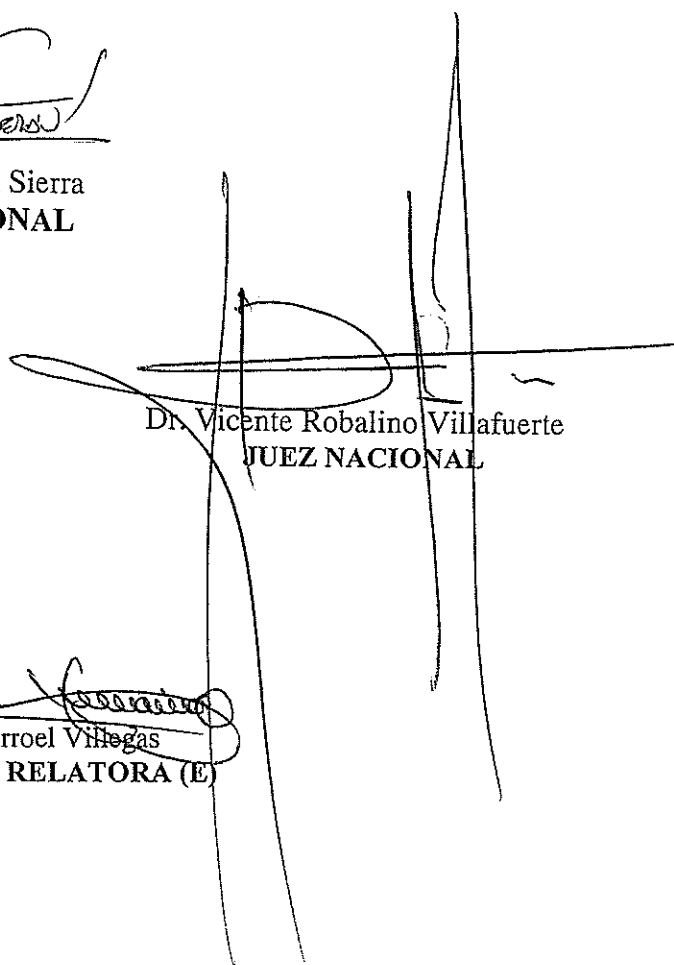
PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, casa la sentencia dictada por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 2 de diciembre del 2011, que confirma la sentencia condenatoria emitida por el Décimo Segundo Tribunal de Garantías Penales del Guayas, para en su lugar ratificar la inocencia del procesado ROBERTO EMILIANO VILLAVICENCIO SOLEDISPA, por lo que se ordena su inmediata libertad. Devuélvase el proceso al Tribunal que dictó el fallo recurrido, para la ejecución de la sentencia. **Notifíquese y Cúmplase.-**



Dra. Gladys Terán Sierra
JUEZA NACIONAL




Dra. Lucy Bladio Pereira
JUEZA NACIONAL



Dr. Vicente Robalino Villafuerte
JUEZ NACIONAL

Certifico:



Marta Villarroel Villegas
SECRETARIA RELATORA (E)