

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

CAUSA N°: 2066-2014 (SSI)

Sra.: DENISSE ALEXANDRA ARAY MOZO

Quito, 15 de mayo de 2015

En el Juicio Penal por TENENCIA Y POSESIÓN ILÍCITA DE ESTUPEFACIENTES, que se sigue en contra de DENISSE ALEXANDRA ARAY MOZO, se ha dictado lo siguiente:

“JUEZA NACIONAL PONENTE: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- Juicio No. 2066-2014.- CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, 15 de mayo de 2015, las 08h30.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES PROCESALES.-

1.1 Denisse Alexandra Aray Mozo, interpone, recurso de casación, contra la sentencia dictada por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, el miércoles 3 de diciembre de 2014, a las 15h00, misma que, absolviendo la consulta, revoca la sentencia subida en grado, y declara la culpabilidad de Denisse Alexandra Aray Mozo, por considerarla autora del delito tipificado y sancionado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndole la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria y la multa de sesenta salarios mínimos vitales generales.

1.2 Habiéndose agotado el trámite legal pertinente, y por ser el estado de la causa el de motivar la resolución por escrito, para hacerlo se considera:

II. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.-

2.1 De conformidad con la resolución No. 02-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; al sorteo realizado por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 28 de enero de 2015; y en atención al sorteo de ley efectuado el lunes 9 de febrero de 2015, el presente Tribunal de Casación, está integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, quien actúa como ponente en atención a lo dispuesto en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, y el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.

2.2 Las Juezas y Juez actuantes, somos competentes para conocer la presente causa, en atención a lo dispuesto en los artículos 184.1 y 76.7.k) de la Constitución de la República; 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformados por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013; 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 9 de agosto de 2014; y, de conformidad a las resoluciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia Nos. 01-2015 y 02-2015, de 28 de enero de 2015.

III. DEL TRÁMITE.-

3.1 Por la fecha en que se ha presentado el recurso de casación corresponde aplicar la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555, de 24 de marzo de 2009, en cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal^{[1][1]}, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

IV. VALIDEZ PROCESAL.-

4.1 El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75 y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto del Código de

[1][1]Código Orgánico Integral Penal, DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA: Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.

Procedimiento Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de lo actuado.

V. PLANTEAMIENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y DE CONTRADICTORIO DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

5.1 El doctor Jorge Paladines, defensor público, y abogado defensor de la recurrente, Denisse Alexandra Aray Mozo, fundamenta el recurso de casación, indicando en lo principal:

- Que hay una errónea interpretación del tipo penal, esto es, el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en tanto, este tipo penal, habla del uso indebido, el cual, está proscrito por los derechos humanos, y esto por cuatro razones: 1. Porque en nuestro ordenamiento no se necesita receta médica para usar drogas. 2. Porque el Informe del Problema de las Drogas en las Américas, publicado el 17 de mayo de 2013, envía un mensaje a los estados de evitar a toda costa la criminalización del usuario consumidor. 3. Porque hay jurisprudencia en América Latina, que ratifica el derecho al libre desarrollo de la personalidad, de usar drogas. 4 Porque el artículo 364 de la Constitución de la Republica, no exige autorización para el uso de drogas lícitas o ilícitas, y por el contrario señala que está prohibida su criminalización.

- La Ley 108 hace una especie de presunción iura in iure, ya que no basta que una persona tenga o posea, para convertirse en narcotraficante, ya que el verbo rector fundamental para el análisis de estricta legalidad es el tráfico, es lo que exige el artículo 3, letra a, apartado 3 de la Convención Internacional Contra el Tráfico de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1998, que forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad, misma que debe ser aplicada cuando se interpreta el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

- La resolución de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, hace alusión a las cantidades; ni la Organización Mundial de la Salud, ni ninguna política a nivel internacional, ha dicho cuáles son las cantidades para el uso de drogas tanto lícitas como ilícitas, lo que existen son los umbrales, que tratan de generar un

marco de tolerancia, pero no se puede decir que una persona con menos de esos gramos es consumidora o con más de esos gramos es narcotraficante.

- Que existe una indebida aplicación de la ley, porque la Fiscalía no apeló, siendo que, la Corte asume competencia, en razón de la consulta, facultad derogada por la Disposición Transitoria Séptima del Código Orgánico Integral Penal. Así, la Corte para determinar la vigencia de la consulta, lo hace con base en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal; sin embargo, la consulta no forma parte del Código de Procedimiento Penal, sino de la Ley de Drogas, derogada expresamente por el COIP.

- Se viola el principio non reformatio in pejus, establecido en el artículo 77.14 de la Constitución de la República.

- Que hay un error de interpretación, al momento de aplicar el principio de favorabilidad, que tiene una aplicación sustantiva y adjetiva, es decir se aplica también para los procesos penales que pueden ser lesivos o menos favorables; en el caso de que la acusada hubiese sido narcotraficante, la cantidad no era para mediana escala, sino mínima escala, y la racionalización de la pena es arbitraria, ya que se debía aplicar atenuantes, entonces, si la pena se reduce de un tercio a la mitad, y si el tráfico a mínima escala se sanciona de dos a seis meses, la base es 60 días, el tercio son 40 días, luego, la procesada estuvo privada de la libertad 46 días, entonces la pena estaría cumplida.

El doctor Ernesto Pazmiño, Defensor Público, y también abogado defensor de la recurrente, Denisse Alexandra Aray Mozo, en lo principal señala:

- Que en la audiencia de juicio, el fiscal a cargo de la causa, ni siquiera se limitó a demostrar que existía la infracción, por ende, no acusó. Además, la Corte Provincial, en la última parte de la sentencia, dice: "por otra parte, conminado que ha sido el señor Fiscal Provincial del Carchi para que presente su informe, quien luego de hacer un análisis de la prueba aportada en la etapa de juicio, solicita que la sentencia consultada sea confirmada" por lo tanto, no existe acusación fiscal y sin acusación, no puede haber juicio, mucho menos una sentencia condenatoria.

- En la audiencia preparatoria de juicio, el fiscal, doctor Mario Martínez, presentó dictamen abstentivo a favor de la procesada, mismo que, fue revocado por el fiscal superior, al subir en consulta; sin embargo, en la audiencia de juicio, el fiscal, Alain Rea Salgueiro, retiró la acusación, por cuanto, se justificó por parte del abogado defensor de la procesada, que esta era consumidora. En consecuencia, el tribunal a-quo, ratificó el estado de inocencia de sus defendidos, ya que no existía acusación fiscal y por ende no había juicio penal. Esta decisión es revocada por la Corte Provincial del Carchi, al subir en consulta.
- En la sentencia recurrida existe indebida aplicación de los artículos 61 y 63 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el artículo 364 de la Constitución de la República.
- Se ha violado el artículo 76.7.I) de la Carta Magna, por cuanto, los señores jueces del tribunal ad-quem, en la motivación, no determinan la base legal.
- Al no existir acusación fiscal, no existe juicio, por ende, se vulnera el numeral 2, del artículo 76 de la Constitución de la República.
- Se ha violado el principio de favorabilidad, por cuanto, la cantidad de droga encontrada en poder de su defendida es de 20 gramos de cocaína y 1,5 de marihuana y actualmente, este delito, por esta cantidad, se encuentra sancionado con pena privativa de libertad de 2 a 6 meses.
- Que se ha violado los principios pro-reo y *non reformatio in pejus*, vulnerándose así el principio de imparcialidad.

5.2 Contradicción del doctor Marco Navas Arboleda, delegado del señor Fiscal General del Estado, en lo principal expresa:

- El fiscal de instancia, en la audiencia de juicio, solicitó se declare extinguida la acción penal en este caso, por haberse comprobado que la señorita Denisse Aray, es drogo dependiente. Además, en la sustanciación de la consulta, el Fiscal encargado de la Provincia del

Carchi, solicitó que la sentencia consultada sea ratificada, es decir, se ratifique el estado de inocencia de la procesada.

5.3 La procesada Denisse Alexandra Aray Mozo, en uso de su derecho constitucional, a ser escuchada, en lo principal señala:

- Que no es traficante ni criminal, que en un momento de su vida ha sido dependiente de las drogas, y que ha sido una etapa muy difícil de sobrellevar y superar, que tiene una necesidad de restituir su vida, continuar con sus estudios, terminar su carrera y reivindicar a su familia, y que si ha cometido un error es de ser dependiente y de tener la necesidad de consumir.

6. CONSIDERACIONES JURÍDICAS RESPECTO AL DERECHO A RECURRIR Y AL RECURSO DE CASACIÓN.-

6.1 La Constitución de la República, en el artículo 76.7.m, establece que: *“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”*

6.2 El derecho de recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en el Artículo 8.2, literal h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice: *“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*.

6.3 La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, en sentencia No. 095-14-SEP-CC, dictada el 4 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP, ha señalado que: *“La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el*

establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) *Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad*”

6.4 El Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 09 de agosto de 2014, aplicable al presente caso, en el Artículo 349 establece: “Causales.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.”. Por su parte, el artículo 324 del Código adjetivo penal, consagra el principio de legalidad de los recursos, en virtud del cual, “las providencias son impugnables solo en los casos y formas expresamente establecidos en este Código.”

6.5 En este contexto, cabe indicar, que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, tal como lo afirma Orlando Rodríguez, “*La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas*”^{[2][2]} o como lo sostiene Luis Tolosa Villabona, la casación solo “*se puede formular por causales precisas previstas en la ley de forma expresa*”^{[3][3]}.

6.6 En este sentido, la contravención expresa del texto se presenta cuando el juzgador, por omisión deja de utilizar determinada disposición jurídica, que es necesaria para la resolución de un caso en concreto, resolviendo en contra de su mandato; por su parte, la indebida aplicación, ocurre cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto, por aplicar una norma que no resulta pertinente para la resolución; y, finalmente, existe errónea interpretación, cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente para la

[2][2] Orlando Rodríguez Ch., *Casación y Revisión Penal*, Temis, Bogotá, 2008, pág. 67

[3][3] Luis Armando Tolosa Villabona, *Teoría y técnica de la Casación*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, Colombia, 2005, p. 112

resolución del caso en concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal^{[4][4]}.

6.7 La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus Tribunales de Casación, al definir los parámetros para analizar el recurso de casación, ha establecido que *“Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada^{[5][5]}.”*

6.8 La Corte Constitucional al analizar el recurso de casación, en materia penal, en sentencia No. 001-13-SEP-CC, dictada el 6 de febrero de 2013, dentro del caso 1647-11-EP, determinó que: *“(…) al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 (…)”*

6.9 En concordancia con las consideraciones jurídicas antes señaladas, varios doctrinarios se han ocupado de definir al recurso de casación, en similares términos, así, respecto a la naturaleza y alcance del mismo, Luis Cueva Carrión señala que: *“...el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las*

[4][4] Véase jurisprudencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 863-2014 que por delito de violación se siguió en contra de Roberto Carlos Aguirre Cuases.

[5][5] Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014 que por delito de abuso de confianza se siguió en contra de María Inés Quishpe Pomatoca.

partes...”^{[6][6]}. Fernando de la Rúa, precisa que: “*es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica*”^{[7][7]}, mientras que, Fabio Calderón Botero, sostiene que: “*la casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido*”^{[8][8]} y también señala, parafraseando a Piero Calamandrei que: “*La casación no puede ser atendida sino por un tribunal especializado, y no implica una tercera instancia; es una prolongación extraordinaria del juicio para intentar el quebrantamiento del fallo, y no se basa sobre el derecho a obtener una nueva instancia, sino sobre el derecho a conseguir la anulación de una sentencia por determinados vicios inherentes a ella*”^{[9][9]}

6.10 De los criterios jurídicos antes expuestos, se colige, que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita, a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si en ella se ha violado la ley, por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal – contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-, es respecto a estos errores “*in iudicando*”, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación. Además, debe precisarse que en sede de casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba. De ahí que, toda alegación que no se subsuma dentro de los parámetros legales que rigen el recurso de casación, resulta improcedente, por no ser conducente, para demostrar la violación a la ley en la sentencia objetada.

VII. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:

[6][6] Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Penal*, Ediciones Cueva Carrión, 2da Edición, Quito, 2007, p. 146

[7][7] Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación*, Víctor P. de Zavalía Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20

[8][8] Fabio Calderón Botero, *Casación y Revisión en materia penal*, Segunda edición, Ediciones librería del profesional, Bogotá, p. 2

[9][9] *Ibidem*, p. 4

7.1 En la actualidad, rige en nuestro país, en materia penal, un sistema acusatorio adversarial, el cual se caracteriza, entre otros aspectos, por lo siguiente: separación de las funciones entre los sujetos procesales intervinientes en el proceso penal, a saber: investigación, acusación, defensa y resolución, garantizando así, la igualdad de armas de dichos sujetos y limitando el accionar del órgano juzgador; siendo que, cada una de estas actividades, se realizan de manera autónoma e independiente; precautelando entonces, el correcto e imparcial obrar del Estado, en su actuar punitivo. En este contexto, cabe precisar, que cuando se trata del juzgamiento de delitos de acción pública, como en el presente caso, el único sujeto encargado de realizar la facultad persecutoria y acusatoria, es la Fiscalía, quien ostenta el ejercicio exclusivo de la acción pública, por ende, encargada de investigar los presuntos hechos que con contenido delictivo se han puesto en su conocimiento, y acusar, o abstenerse de acusar según sea el caso, a los presuntos responsables. De ahí que, el órgano juzgador en materia penal, atendiendo el sistema acusatorio adversarial, vigente, y en función de los principios procesales que rigen la administración de justicia, a saber, de imparcialidad[10][10] y dispositivo[11][11], está obligado a resolver, atendiendo únicamente, la acusación formulada por el órgano acusador y en función de las prueba actuada que sustente la misma; en este sentido, el artículo 195 de la Constitución de la República, señala que: *“La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso 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. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema*

[10][10]Artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial: “PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.- La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes. Con la finalidad de preservar el derecho a la defensa y a la réplica, no se permitirá la realización de audiencias o reuniones privadas o fuera de las etapas procesales correspondientes, entre la jueza o el juez y las partes o sus defensores, salvo que se notifique a la otra parte de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 103 de esta ley.

[11][11]Artículo 186.6 de la Constitución de la República: “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”

Artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial: “PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE INMEDIACION Y CONCENTRACION.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley.”

En consecuencia, siendo que el núcleo duro del sistema acusatorio, es el principio dispositivo; el rol del fiscal o de la fiscal dentro del proceso penal, adquiere trascendental importancia, sin que pueda prescindirse de la participación de este órgano de investigación, que es el llamado a replicar la argumentación de la defensa del procesado y a desvirtuar la garantía de rango constitucional que le asiste al procesado, esto es, la presunción de inocencia, mediante la presentación de la teoría del caso y el aporte del acervo probatorio. El maestro Luigi Ferrajoli señala que: “(...) *se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción*”^{[12][12]}.

7.2 Ahora bien, si el principio dispositivo y la acusación fiscal, constituyen principios rectores, que en conjunto, con los elementos que obran de las tablas procesales, limitan la actividad del juzgador, al momento de resolver, so pena, de tomar una decisión carente de motivación, arbitraria, ilegal o viciada de nulidad; conviene precisar, que esta acusación se realiza en dos momentos procesales, el primer momento, es en la audiencia preparatoria de juicio^{[13][13]}, en la cual, el fiscal a cargo de la causa, luego de la respectiva instrucción fiscal, cuenta con elementos de convicción idóneos y suficientes que le permiten presumir la existencia de una infracción y la responsabilidad de los procesados, por ende, resuelve acusar a los sujetos procesados; siendo que, es esta

[12][12]Luigi, Ferrajoli, *Derecho y razón Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2001, p. 564

[13][13] Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal: “ (...) Cuando el fiscal estime que los resultados de la investigación proporcionan datos relevantes sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permita deducir que el procesado es autor o partícipe de la infracción, debe emitir dictamen acusatorio y requerir al juez de garantías penales que dicte auto de llamamiento a juicio. La acusación fiscal debe incluir los siguientes presupuestos: 1. La determinación de la infracción acusada, con todas sus circunstancias; 2. Nombres y apellidos del procesado; 3. Los elementos en los que se funda la acusación al procesado. Si fueren varios los procesados, la fundamentación deberá referirse individualmente a cada uno de ellos, describiendo los actos en los que participó en el hecho; y, 4. La disposición legal y constitucional que sanciona el acto por el que acusa. Formulada la acusación, el fiscal entregará al juez de garantías penales las actuaciones de investigación que sustentan su pronunciamiento.”

acusación y el correspondiente auto de llamamiento a juicio -salvo que el juez considere que los elementos en los que el Fiscal ha sustentado la presunción de existencia del delito o la participación del imputado, no son suficientes o concluya que los hechos no constituyen delito, o que los indicios existentes no conducen de manera alguna a presumir la existencia de la infracción- son los que permiten, pasar a la siguiente etapa del proceso, esto es, la audiencia de juicio, momento en el cual, obligatoriamente debe realizarse la segunda acusación; esto es, el fiscal, luego de evacuada la prueba pertinente, debe señalar de manera expresa ante el tribunal de juicio, que dicha prueba, le permite imputar al procesado ciertos hechos delictivos, así como su grado de participación; siendo que, en razón de esta acusación, al Tribunal le corresponde, calificar jurídicamente los supuestos fácticos probados y declarar la responsabilidad que corresponda, o en su defecto, ratificar el estado de inocencia de los procesados, al no tener certeza de la existencia de la infracción o de la responsabilidad del procesado. En todo caso, lo que debe tenerse en cuenta es que, de no existir acusación fiscal, por mandato expreso del artículo 251 del Código de Procedimiento Penal[14][14], vigente hasta el 9 de agosto de 2014, no hay juicio. En este supuesto, y atendiendo el momento en que se presente esta falta de acusación, al órgano jurisdiccional penal, no le corresponde sino, dictar un auto de sobreseimiento -cuando la abstención de acusar se da en la audiencia preparatoria de juicio- o una sentencia ratificatoria del estado de inocencia -cuando la abstención de acusar se presenta en la audiencia de juzgamiento-. En definitiva, una sentencia condenatoria, solo puede obedecer a una pretensión acusatoria de Fiscalía, sin que, la falta de acusación, pueda ser suplida de manera oficiosa por el juzgador.

7.3 En este contexto, en el caso sub iudice, se advierte que, en la audiencia de juzgamiento, el fiscal actuante, doctor Alaín Rea Salguero, expresamente solicita que: “*se declare extinguida la acción penal*”[15][15]. Pretensión ratificada, por el representante de la Fiscalía, ante el tribunal de consulta, cuando señala que: “...en aplicación del Art. 364 de la Constitución de la República, de conformidad con lo establecido en el Art. 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, solicito que la sentencia consultada sea confirmada en todas su partes”[16][16]

[14][14]Artículo 251: “La etapa del juicio se sustanciará a base de la acusación fiscal. Si no hay acusación fiscal, no hay juicio”.

[15][15] Cuaderno del Tribunal Primero de Garantías Penales del Carchi, fs 132 vta.

[16][16] Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, fs. 3

De lo antes expuesto, se colige, que el fiscal actuante en la audiencia de juzgamiento, momento procesal en el cual, luego de haber evacuado la prueba pertinente, está obligado a formular su acusación, en el sentido de precisar cuál es el delito que considera se ha probado, así como el grado de responsabilidad de la procesada en el mismo; *no esgrime pretensión punitiva alguna, en contra de la ciudadana procesada*, en tanto, solicita se declare extinguida la acción penal; pretensión ratificada en la sustanciación de la consulta dispuesta por ley, cuando, el fiscal en su escrito, solicita *que se ratifique la sentencia de primer nivel, misma que es ratificatoria del estado de inocencia de la procesada*. Es decir, que el órgano encargado de acusar a la procesada, expresamente ha señalado su voluntad de no acusar, por ende, al tenor de los principios de imparcialidad y dispositivo, que rigen la administración de justicia; y, de conformidad con los artículos 195 de la Constitución de la República y 251 del Código de Procedimiento Penal, la decisión que correspondía, era la de ratificar el estado de inocencia de la procesada, como en efecto así lo ha realizado el tribunal de juicio, puesto que, la falta de acusación, no puede ser suplida por el órgano juzgador. Sin embargo, el tribunal ad-quem, desatendiendo los mandatos constitucionales y legales antes desarrollados, dictan una sentencia condenatoria, lo cual deviene en un fallo que soslaya los artículos antes referidos; más aún cuando, los propios jueces de la Corte Provincial, reconocen expresamente que *“conminado que ha sido el señor Fiscal Provincial de Carchi, para que presente su informe, luego de hacer un análisis, de la prueba aportada en la etapa de juicio, solicita que la sentencia consultada”*[17][17] supliendo esta decisión de no acusar, bajo el argumento que esto contraviene la lógica jurídica, pues en todas las etapas del proceso penal, el fiscal de la causa acusó a la procesada, por tanto, no es legal, ni procedente la petición realizada[18][18]; argumento este, que resulta arbitrario, carente de objetividad y de sustento jurídico; pues, a los juzgadores solo les compete, calificar las actuaciones y pretensiones de la Fiscalía cuando así la ley lo dispone; sino únicamente, actuar en función de sus pretensiones y alegatos, por tanto, la decisión condenatoria adoptada, al no existir acusación fiscal, se contrapone con las características propias del sistema penal acusatorio y los principios dispositivo y de imparcialidad que gobiernan la actividad de los operadores de justicia. Es así que, la actuación de los jueces del tribunal ad-quem, representa una intromisión

[17][17] *Ibíd*em, fs. 8

[18][18] *Ibíd*em

en la esfera, independencia y autonomía de sujeto acusador del sistema procesal penal; pues, tal como ha quedado expuesto, cada uno de los sujetos procesales en el proceso penal, desarrolla su actividad de manera independiente y autónoma; siendo obligación de los órganos jurisdiccionales, de acuerdo en la etapa procesal que intervengan, controlar la legalidad de las actuaciones y tutelar los derechos de los sujetos procesales, resolviendo en función de sus pretensiones, y de las constancias procesales; sin que estén facultados, para entrar a cuestionar la decisión de algunos de estos sujetos y mucho menos suplir la falta de acusación en el juicio; pues, la decisión que adopta el fiscal a cargo de la causa, la hace en función de su autonomía constitucional y legal, de acuerdo con su razonamiento jurídico y en razón de los elementos probatorios con los que cuenta, los mismos que a su criterio, en el caso en concreto, no le permiten sostener una acusación; sin que quepa que esta decisión, sea revisada por el órgano jurisdiccional, como en efecto así se lo ha hecho por parte de los jueces de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, por cuanto, esto representa una violación a la garantía de imparcialidad y a los derechos de los procesados, en tanto, el órgano jurisdiccional interviene como juez y sujeto acusador a la vez.

Por las consideraciones jurídicas antes expuestas, este Tribunal de Casación, llega a la conclusión de que, al no existir acusación fiscal dentro del presente proceso penal, tal como ha quedado demostrado; el fallo dictado por la Corte Provincial de Justicia del Carchi, contraviene expresamente el texto de los artículos 195 de la Constitución de la República y 251 del Código de Procedimiento Penal, que deviene en una errónea interpretación del artículo 303 *ibidem*. Además, se debe tomar en consideración que en sede de casación, el delegado del señor Fiscal General del Estado, se ha pronunciado en el sentido de retirar la pretensión punitiva de la Fiscalía.

7.4 Una vez que se ha determinado que, en el caso sub *judice*, no existe acusación fiscal, y que esto vulnera las normas constitucionales y legales antes citadas; este Tribunal de Casación, considera inoficioso, entrar a analizar las demás pretensiones del recurrente, en el sentido que existe errónea interpretación del tipo penal, la ilegalidad de la consulta, la violación del principio *non reformatio in pejus*, y la graduación de la pena; pues todos estos alegatos guardan relación con la responsabilidad penal de la procesada, responsabilidad que precisamente, se ha declarado que no ha sido probada en la especie, por ende, la decisión de ratificar el estado de inocencia de la procesada, deja sin

sustento, las restantes pretensiones expuestas por la recurrente; sin que quepa un análisis mayor al respecto

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, al tenor de lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, declara procedente el recurso de casación interpuesto por la ciudadana Denisse Alexandra Aray Mozo, en tanto, se ha demostrado la violación a la ley en la sentencia objetada, por contravención expresa del texto de los artículos 195 de la Constitución de la República y 251 del Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 9 de agosto de 2014, que deviene en una errónea interpretación del artículo 303 ibídem. Enmendando el error de derecho, se ratifica el estado de inocencia de la ciudadana Denisse Alexandra Aray Mozo. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. **Notifíquese y cúmplase.** Actúe la doctora Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. **f)** Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional Ponente, Dra. Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, Dr. Jorge M. Blum Carcelén Msc., Juez Nacional, Dr. Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator”.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines legales pertinentes.

Certifico.-

Dr. Milton Álvarez Chacón

SECRETARIO RELATOR