



Juicio No. 11318-2016-00114

**JUEZ PONENTE: DR. IVAN PATRICIO SAQUICELA RODAS, JUEZ NACIONAL
(PONENTE)**

AUTOR/A: DR. IVAN PATRICIO SAQUICELA RODAS

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL
MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.** Quito, martes 11 de junio del 2019, las 16h13.

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja, a través de sentencia de 07 de febrero de 2017, las 14h17, dentro del proceso penal No. 11318-2016-00114, dictó condena en contra de MARCO MELECIO ROGEL CAMPOS, Edgar Andrés Yela Pantoja y HERNANDO EBER YELA ERAZO, declarándolos autores del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el Art. 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndoles una pena privativa de libertad de 17 años y 4 meses, en consideración a la existencia de la circunstancia agravante del Art. 47.5 *ibídem*. Además, a los procesados se los sancionó con lo siguiente: a) el pago de una multa de 40 salarios básicos unificados del trabajador en general a cada uno; b) la multa a prorrata de 3.489 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, en aplicación de lo establecido en el segundo inciso del literal e) del numeral 2 del Art. 69 *ibídem*; c) el comiso penal del 50% del avalúo del vehículo de placas PBC-6449 y de unos teléfonos celulares; y, d) la pérdida de sus derechos políticos.

Los procesados, al no estar conformes con la decisión adoptada, interpusieron recurso ordinario de apelación de la sentencia de primer nivel. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, mediante fallo de 04 de julio de 2017, las 14h44, resolvió aceptar los recursos interpuestos por Marco Melecio Rogel Campos y Hernando Eber Yela Erazo, reformando la sentencia impugnada, en consecuencia, estableciendo la pena de 13 años de privación de libertad para cada uno de los procesados, al estimar que no existen circunstancias agravantes que considerar, y dejando sin efecto la multa por la falta de comiso penal establecida en contra de Marco Melecio Rogel Campos.

Marco Melecio Rogel Campos, Edgar Andrés Yela Pantoja y Hernando Eber Yela Erazo, en desacuerdo con el fallo del Tribunal de alzada, por considerar que el mismo ha sido dictado sobre la base de errores de derecho, presentan recurso extraordinario de casación contra aquel.

A través de auto de 13 de diciembre de 2018, las 11h14, el Tribunal de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, integrado por los Jueces Nacionales: Dr. Iván Saquicela Rodas (Ponente), Dr. Edgar Flores Mier y Dra. Daniella Camacho Herold, admitió parcialmente a trámite los recursos de casación interpuestos por Marco Melecio Rogel Campos y Hernando Eber Yela Erazo, únicamente por el cargo de errónea interpretación del Art. 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal, mientras que por otra parte inadmitió a trámite el recurso de casación incoado por Edgar Andrés Yela Pantoja.

Por medio de auto de 25 de febrero de 2019, las 09h37, se convocó a audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación de recurso de casación, la misma que se desarrolló el miércoles 27 de marzo de 2019 a partir de las 09h00.

II. COMPETENCIA

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182 determina que la Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un período de nueve años. El Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 172 establece que la Corte Nacional de Justicia tendrá su sede en la ciudad de Quito y ejercerá su jurisdicción en todo el territorio nacional. Respecto de la competencia, el artículo 184 ibídem determina que las mencionadas salas conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, conforme con el artículo 186 del Código Orgánico de la Función Judicial, es competente para conocer:

^a [1/4] 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera; [1/4]°

Mediante las resoluciones No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 411 de 08 de enero de 2015, y No. 209-2017 de 20 de noviembre de 2017, publicada en Registro Oficial No. 149 de 28 de diciembre 2017, el Pleno de Consejo de la Judicatura resolvió designar a siete (7) Jueces para la renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, mediante la resolución No. 01-2018 de 26 de enero de 2018, publicada en el Registro Oficial No. 202 de 16 de marzo de 2018, resolvió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, por las juezas y jueces: Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dr. Iván Saquicela

Rodas, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz y Dr. Edgar Flores Mier.

A través de oficio No. 438-SG-CNJ-ROG de 19 de marzo de 2019, suscrito por la Dra. María Rosa Merchán Larrea, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia Encargada, constante a fojas 33 del cuaderno procesal de casación, se llamó al Dr. David Jacho Chicaiza, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, a remplazar al Dr. Edgar Flores Mier, Juez Nacional, por licencia concedida a él, con sus mismas atribuciones y deberes. En virtud del antecedente expuesto y de conformidad con el acta de sorteo electrónico realizado el 12 de marzo de 2018, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el presente Tribunal de Casación se encuentra integrado por los señores Jueces Nacionales Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas (Ponente) y Dra. Daniella Lisette Camacho Herold, y el Conjuez Nacional Dr. David Isaías Jacho Chicaiza.

III. VALIDEZ PROCESAL

Una vez revisado el trámite seguido en el presente recurso de casación no se observa vicio u omisión de solemnidad alguna que pudieran acarrear su nulidad, ha sido debidamente tramitado de conformidad con lo que establece el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal y se ha aplicado lo determinado en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara la validez de lo actuado.

IV. FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.1. Fundamentación del recurso de casación de Marco Melecio Rogel Campos

Marco Melecio Rogel Campos, a través de su defensa técnica, el Abg. Jaime David Álvarez Bazurto, en la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación de recurso de casación, sustentó su medio de impugnación de acuerdo a lo siguiente: *ª Se ha admitido el recurso de casación por el cargo de errónea interpretación del Art. 220, numeral 1, literal d) del COIP. Se trata de los hechos que el 06 de julio del 2016, en un operativo en la ciudad de Zapotillo, en el cantón Loja, en el cual se aprehendió a tres personas, donde estaba también mi defendido, resulta que se le encuentra con aproximadamente 47 mil gramos de clorhidrato de cocaína, transportándolos, es por esto que el Tribunal de la ciudad de Loja les impone a los tres procesados una pena de 17 años 4 meses, mismos que recurrieron a la*

Corte Provincial de Loja, y la Sala Penal admite los recursos de apelación parcialmente, y en lo que se refiere al señor Rogel Campos, modifica la pena y le impone 13 años al encontrar que no habían circunstancias agravantes y según el Tribunal de apelación tampoco atenuantes. Esta sentencia es la que ha sido atacada vía recurso de casación por los siguientes motivos: como decía, el Tribunal de apelaciones de la Sala Penal de Loja dicta la sentencia de fecha 04 de julio de 2017, donde le impone a mi defendido y coprocesado la pena de 13 años de privación de libertad por el delito tipificado en el Art. 220 numeral 1 literal d) del COIP; sin embargo, una vez notificada esta sentencia se solicitó una ampliación a dicho fallo, mismo que fue dado mediante auto de fecha 21 de julio de 2017, dentro de lo que se pidió al Tribunal de apelaciones es que indique y motive porque circunstancia se les impuso a los procesados la pena de trece años, considerando que este tipo penal establece un rango de pena de diez a trece años, con la particularidad de que Fiscalía tanto en la audiencia de juicio como en la de apelación, solicitó la pena mínima de diez años. Ante este pedido de ampliación, mediante auto emitido el 21 de julio de 2017, el Tribunal de apelaciones de Loja indica en el numeral 2 literal c) el motivo por el cual impuso la pena de 13 años, y es en esta parte de la sentencia donde existe una errónea interpretación del Art. 220, numeral 1, literal d). Específicamente el Tribunal de apelaciones manifiesta lo siguiente: [§/4] en el caso en concreto sería entonces que la proporcionalidad de la pena se ubicaría en el Art. 220.1.d) del COIP, fluctuando entre un mínimo de 10 años y un máximo de 13 años de privación de libertad. Entonces sería proporcional sancionar con la pena mínima esto es 10 años a quien esté traficando la cantidad que está en la base de la Gran Escala (5.000 gramos), pero en el presente caso la cantidad de droga atribuible al tráfico de los procesados corresponde a 47.118.4 gramos, es decir casi diez veces más a la cantidad base mínima de la gran escala, por tanto la petición del Fiscal de pedir la pena mínima de 10 años es arbitraria e inmotivada y hasta sospechosa. Esta es la parte de la sentencia dictada por el Tribunal de apelaciones de la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja, donde hace una interpretación tomando en consideración que la gran escala, y por la que fueron sentenciados los procesados, establece que en el clorhidrato de cocaína, que es el tipo de droga que se le encontró a mi defendido, cuando el transporte o el tráfico sea superior a cinco mil gramos se le denomina gran escala y la pena es de 10 a 13 años, hasta allí; sin embargo, ellos van más allá, eligen bien la norma, pero le dan otro sentido que incluso es ilegal porque están haciendo una interpretación extensiva a vista y paciencia de la

defensa, por ejemplo indican que como la base es cinco mil, dan a entender que si se le hubiese encontrado con cinco mil gramos le ponen la pena de diez años, pero como se le encontró con casi diez veces más, es decir 47 mil, le corresponde la pena máxima de trece años. Esta interpretación es errada, porque me pregunto: ¿qué pasa si se le encuentra con una tonelada?, ¿qué pasa si se le encuentra a una persona con 10 toneladas?, ¿13 años?, ¿y mi defendido también 13 años?; esta interpretación es sesgada y va en contra de lo que establece el Art. 13 del COIP, que indica la forma cómo se debe interpretar la normas penales, sobre todo los tipos penales y las penas. El Art. 13 en el numeral 2 y 3 establece claramente cómo se debe interpretar esta norma, lo que no hizo o lo hizo erradamente el Tribunal de apelaciones de Loja, esa es la interpretación errada y el yerro de derecho que contiene la sentencia. Ahora bien, la defensa indica que la interpretación correcta que debió haber dado el Tribunal de apelaciones al momento de graduar la pena es considerar lo que dice el Art. 54 del COIP, es decir, la individualización de la pena, que para establecer la pena individual a cada persona se observara lo siguiente: las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes; si bien es cierto, que ni en el Tribunal Penal, ni en la Corte Provincial existieron atenuantes declaradas, ni agravantes, nos encontramos dentro del rango de 10 a 13 años, lo que debió observar el Tribunal de apelaciones y como debió interpretar este artículo al momento de establecer y graduar la pena es que si no existen circunstancias atenuantes se debió haber observado las circunstancias del proceso, esto es que desde un principio, desde el día de la detención el señor Rogel Campos y los demás procesados, han colaborado con la investigación, sin embargo, no se calificó como atenuante, pero en todo caso eso debió haber observado el Tribunal para establecer la graduación de la pena entre 10 y 13 años, incluso existen acuerdos probatorios, mi defendido jamás contradijo la posición de Fiscalía, en todo momento siempre estuvo colaborando y si no se lo calificó como atenuante, entonces el Tribunal de apelación debió interpretar el Art. 220 numeral 1 literal d), la graduación de la pena de 10 a 13 años, tomando en consideración estas circunstancias del hecho e imponer la pena mínima de 10 años, más aún cuando Fiscalía, tanto en el Tribunal Penal como en la audiencia de apelación, y actuando con objetividad hasta ese momento, pidió la pena mínima de 10 años, y si bien es cierto, no es vinculante para el órgano jurisdiccional tomar en cuenta lo que dice Fiscalía, si se lo debió haber considerado porque Fiscalía es quien conoce el proceso desde que inició la investigación, conoce si de verdad los procesados han colaborado o qué tipo de

conducta han tenido en el proceso, por lo tanto, la defensa cree que la interpretación correcta de esta norma de parte del Tribunal de apelación debió haber observado que no hay agravantes, tampoco atenuantes es verdad, pero que en todo caso habiendo una colaboración suficiente y que ha ayudado a Fiscalía a conseguir una sentencia condenatoria. Por otro lado, la influencia que ha tenido este error de derecho de los Jueces Provinciales es que en la parte dispositiva de la sentencia, obviamente tomando en cuenta esta interpretación errónea los Jueces Provinciales de Loja, aplican la pena máxima de 13 años al señor Rogel Campos, como a los demás procesados, lo que afecta directamente a los derechos de mi defendido, ya que le correspondía una pena de diez años según las circunstancias del hecho y haciendo una interpretación correcta de la Ley, y el Tribunal en base a esta violación a la Ley ha impuesto una pena de 13 años. Por lo tanto, desde ya la defensa solicita que verificadas que sean estas alegaciones dentro del proceso, sobre todo de la sentencia de segunda instancia como del auto de ampliación de fecha 21 de julio del 2017, que es donde se encuentra la errónea interpretación según la defensa técnica, puedan verificar los hechos y puedan enmendar y corregir esta violación a la ley que se ha dado en dicha sentencia, a fin de que casen la sentencia e interpreten de forma correcta la norma legal antes mencionada, el Art. 220 numeral 1 literal d) del COIP, y gradúen la pena conforme a la realidad del proceso.º

4.2. Fundamentación del recurso de casación de Hernando Eber Yela Erazo

Hernando Eber Yela Erazo, por intermedio de su defensa técnica, el Abg. Leonidas Aníbal Moreno Ordoñez, fundamentó su recurso de casación en los siguientes términos: *ª Voy a hacer una pequeña ampliación del relato de las circunstancias en las que se dieron los hechos. El día 05 de julio de 2016, mi defendido sale de la ciudad de San Miguel de los Bancos con destino a Zapotillo, en Loja, pero previo a su viaje a Zapotillo llega a la ciudad de Sto. Domingo de los Colorados, con la finalidad de solicitar a su sobrino, el otro procesado, Andrés Yela, que le ayude a conducir un vehículo Vitara por cuanto él se encontraba delicado de salud y el viaje era largo. Así que el día señalado ellos salen con destino a la ciudad de Zapotillo, la noche del mismo 05 pernoctan en la ciudad de Naranjal de la provincia del Guayas, el día 06 que es el día de los hechos, a partir de las seis de la mañana, ellos salen de la ciudad de Naranjal y se dirigen a la ciudad de Zapotillo, pero en el transcurso de la carretera entre Sta. Rosa y Arenillas uno de los neumáticos del vehículo*

*Vitara se desprende. Lo que quería manifestar para concluir esta etapa del relato, es que la droga, los 47 kilos aproximadamente, fueron encontrados en poder del señor Rogel Campos. Por otra parte, debo indicarle que la errónea interpretación que ha hecho la Sala Penal de Loja respecto de esta sentencia, la debo ejemplificar en unas audiencias que también ya se han dado en la Corte Nacional de Justicia respecto a la proporcionalidad de la pena, y es así, y aquí la Corte Nacional, la Sala Especializada de lo Penal en la causa 13284-2015-01135, que es recurso de casación dictado el miércoles 28 de marzo de 2018, hace referencia en este proceso que en la ciudad de Manta se procedió a incautar dos millones doscientos cincuenta y un mil ochocientos gramos de clorhidrato de cocaína, y en el caso específico de Milton Darío Escobar Pérez se le modifica, porque en primera instancia le dieron la connotación de cómplice, luego de coautor, le sentencian por ése delito con ésa cantidad de clorhidrato de cocaína, lo sentencian a diez años exactamente al procesado Milton Darío Escobar Pérez, sentenciándolo en calidad de coautor del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado en el Art. 220 numeral 1 literal d) del COIP, imponiéndole la pena de diez años de privación de libertad, por más de dos millones de gramos le dan diez años y cuando llega este caso aquí a casación no es observado y se ratifica la sentencia dictada por el anterior juzgador. Además, hay un caso muy similar tratado también en la Corte Nacional de Justicia, en la Sala Especializada de lo Penal, el juicio 09281-2014-0810, auto dictado el lunes 22 de enero del 2018, en el cual dice: **En el que se lo declara culpable en calidad de autor del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el Art. 220 numeral 1 literal d) del COIP** condenando por ello a cada uno de los precitados ciudadanos a una pena de diez años de privación de la libertad, cuando fueron aprehendidos con la cantidad de ochocientos tres mil a ochocientos quince gramos de clorhidrato de cocaína. Ante éstas evidencias me permito acogerme a todo lo manifestado con el abogado que estamos asumiendo esta defensa y solicitar que se case la sentencia imponiendo la pena mínima que establece el Art. 220 numeral 1 literal d) del COIP, con lo que se estaría dando un acertado cumplimiento al principio de proporcionalidad. Para finalizar, en virtud de que el recurso de casación interpuesto por el procesado Edgar Yela Pantoja no fue admitido, solicito que se haga extensiva la resolución que tomen en función del Art. 652 del COIP.º*

4.3. Contradicción por parte de Fiscalía General del Estado

El Dr. Raúl Garcés Llerena, delegado de la señora Fiscal General del Estado Encargada, en ejercicio de su derecho a la contradicción, habiendo escuchado la fundamentación de los recursos de casación por parte de la defensa técnica de los recurrentes, se ha pronunciado sobre los mismos de la siguiente manera: ^a *Respecto al auto de admisibilidad, mismo que ha sido aceptado en este recurso de casación, se debe manifestar lo siguiente: Fiscalía considera que no existe la errónea interpretación del Art. 220, numeral 1, literal d) del COIP, esto porque no existe una interpretación equivocada ni tampoco una inexacta valoración jurídica del caso respecto a la norma indicada. Ya refiriéndonos al recurso que ha sido interpuesto por Marco Rogel Campos, y que ha hecho la relación de admisibilidad respecto a la pena que se aplicó de 13 años, en relación al Art. 220, numeral 1, literal d) del COIP, Fiscalía estima que la pena que se aplicó es la que corresponde a los hechos y al caso, al contrario, Fiscalía estima que el juzgador de instancia, esto es la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, al haber reformado la pena del Tribunal de Garantías Penales del cantón Loja, lo hace de una forma indebida, pues no considera la agravante contenida en el Art. 47 numeral 5 del COIP, esto es, cometer la infracción con participación de dos o más personas, y es lo que consideró el Tribunal y le impuso la pena de 17 años 4 meses, es decir, que respecto a lo solicitado por el recurrente Marco Rogel Campos, no tiene el fundamento legal este recurso de casación. Se ha hablado de que no hay atenuantes, efectivamente, pero como había manifestado la agravante está plenamente establecida, sin embargo, considerando que Fiscalía no ha interpuesto el recurso prevalece el principio de favorabilidad y debe ser considerada la pena de 13 años que se le impuso. Por lo tanto, Fiscalía solicita que este recurso sea rechazado por improcedente. Por otra parte, respecto al recurso de Eder Yela Erazo, igualmente ha hecho alusión a otras cusas, otros hechos que no vienen al caso y efectivamente el recurso de casación se refiere únicamente a la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja; así mismo, Fiscalía estima que no procede lo solicitado, debido a que la pena que se le ha impuesto es respecto a los hechos del caso en concreto que es el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificada en el Art. 220 numeral 1 literal d) del COIP, considerado de gran escala por la cantidad de 57,620 gramos de clorhidrato de cocaína, que fue decomisado en poder de los tres procesados, esto es que participaron tres personas. Además, no existe lo que se ha manifestado en esta audiencia sobre la colaboración respecto al Art. 46 del COIP, por lo tanto, en consideración a que tampoco se ha explicado de qué manera existe el yerro,*

y más bien se adhiere a lo indicado por el abogado defensor del otro procesado, Fiscalía también solicita que el recurso que ha sido planteado por el señor Eder Yela sea desechado.^o

4.4. Réplica por parte de Marco Melecio Rogel Campos

Marco Melecio Rogel Campos, por intermedio del Abg. Jaime David Álvarez Bazurto, en uso del derecho a la réplica, señalo lo siguiente: ^aFiscalía ha indicado que no existe errónea interpretación de la norma aludida; sin embargo, no les ha dado los elementos de por qué eso es incorrecto. La defensa del recurrente ha manifestado que es incorrecta porque le da un sentido que no es el legal a la norma, creando incluso una nueva tabla sobre la tabla, porque es clara la norma que dice que más de 5 mil gramos es gran escala, de 10 a 13 años, el Tribunal de apelación dice: como es 5 mil la base, 10 años, como son 47 mil, son trece años, se está creando una tabla sobre la tabla. Además, lo otro que ha dicho Fiscalía es que se habla de una agravante del Art. 47 numeral 5, esa situación no está en discusión, por cuanto ese error que cometió el Tribunal Penal ya fue corregido por el Tribunal de apelación, por lo tanto, esa alegación no se debería tomar en cuenta.^o

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN SOBRE LA IMPUGNACIÓN, EL DERECHO A RECURRIR, Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION

5.1. La impugnación y el derecho a recurrir.-

La impugnación puede ser definida, como aquel derecho abstracto con el que cuentan las partes procesales para contradecir o refutar una decisión judicial, con la cual no se encuentran de acuerdo, debido a que la misma le causaría un agravio al encontrarse afectada de error o vicio, y que tendrá por objeto revocar o anular la decisión jurisdiccional. (*JORDÁN, Hernán, Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: Una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional, Lima, 2014, p. 15*).

Valentín Héctor Lorences al respecto señala: ^a [1/4] *la vía impugnativa importa una actividad expresa y voluntaria de la parte afectada por una resolución judicial que, dentro de ese mismo proceso, planteada en forma oportuna, tiene como pretensión una nueva resolución -del mismo órgano de jurisdicción o de un superior jerárquico- rectifique, modifique total o parcialmente, amplíe o directamente anule la resolución que ha colocado crisis.*^o (LORENCES Valentín. *Recursos en el Proceso Penal*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2007, pág. 25). En este contexto, la finalidad de la impugnación está enfocada hacia la posibilidad de corregir el error de un juez en su decisión; error que puede llevar a un estado de indefensión a la parte procesal afectada, si no tuviera posibilidad de

recurrir.

Empero, la impugnación no puede ser concebida como una prerrogativa absoluta; y, en este sentido, adquiere relevancia comprender la finalidad de este derecho, a fin de no tornarla en una institución ilimitada y muchas veces abusada, situación que puede presentarse, si se permite a las partes procesales impugnar toda decisión judicial. Un correcto ejercicio de los medios impugnatorios tiene un límite cierto y relevante, no prolongar la pendency del litigio hasta el punto que las expectativas de finalización de la parte que resulte vencedora sean inejecutables o líricas; equivale decir que el sistema jurídico debe mantener un equilibrio entre el derecho de impugnar, la búsqueda de la verdad procesal, la respuesta judicial oportuna, y, la certeza jurídica.

5.1.1. Fundamentos del derecho de impugnación

El fundamento del derecho de impugnación se encuentra regido por las siguientes consideraciones: a) se concibe al mismo como una prerrogativa de las partes a refutar una resolución objetivamente errónea, es decir, la facultad de cuestionar la posible falibilidad del juez; b) constituye una garantía de orden público para afianzar el cumplimiento y aplicación correcta de las leyes en las resoluciones judiciales, reduciendo al mínimo la posibilidad de error, a través de un nuevo examen de aquellas por un tribunal distinto del que las ha emitido.

En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 10 determina lo siguiente: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 establece el derecho a impugnar a los condenados en materia penal: *“ [1/4] 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley [1/4]”*

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sigue el mismo criterio: *“ Art. 8°.- Garantías Judiciales [1/4] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [1/4] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior [1/4]”*

En congruencia con los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 numeral 7 literal m), consagra como una garantía básica del

debido proceso, el derecho a recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Adicionalmente, sobre este derecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha pronunciado en reiterada jurisprudencia estableciendo que:

^a [1/4] La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. [1/4]. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo [1/4] no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso [1/4] Es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia [1/4]. (Caso: Carlos Ayala Corao, Pedro Nikken y Fernando Guier vs. República de Costa Rica, página 182).

5.2. El recurso extraordinario de casación

La doctrina es generalmente coincidente en concebir a la casación como un medio de impugnación extraordinario, que tiene por fin revisar exclusivamente los yerros de derecho en que pueda incurrirse en una sentencia, partiendo de que los elementos fácticos que constituyen el objeto del proceso han sido dados por ciertos, mediante la valoración probatoria realizada por los jueces de instancia. Por lo tanto se debe tener claridad del objeto limitado que tiene el recurso de casación y sus finalidades referidas al imperio del derecho y a la uniformidad de la jurisprudencia.

Para el maestro Roxin: *^a La casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal.^o (ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editora del Puerto. Buenos Aires: 2000, p. 466.)*

Respecto de la función uniformizadora de la jurisprudencia que cumple el recurso de casación, el jurista Nieva Fenoll manifiesta que debe señalarse que el fin-consecuencia o fin mediato de la casación penal, es la preservación del principio de igualdad, ya que si existe una función protectora de la norma que trata de garantizarse a través de la creación de una jurisprudencia uniforme, el principio

de igualdad saldrá indudablemente beneficiado, pues si la interpretación de la norma es única, es porque no se hace distinciones entre los diferentes recurrentes. (NIEVA FENOLL, Jorge. *El Hecho y el Derecho en la Casación Penal*. José María Bosch Editor. Barcelona: 2000, p. 84.)

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN SOBRE LOS RECURSOS INTERPUESTOS

Como se dejó indicado al revisar los antecedentes de la causa, a través de auto de 13 de diciembre de 2018, las 11h14, el Tribunal de Casación de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los Jueces Nacionales: Dr. Iván Saquicela Rodas (Ponente), Dr. Edgar Flores Mier y Dra. Daniella Camacho Herold, admitió a trámite los recursos interpuestos por Marco Melecio Rogel Campos y Hernando Eber Yela Erazo, únicamente por el error de errónea interpretación del Art. 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal. Habiendo sido aceptado a trámite este mismo cargo propuesto por ambos impugnantes por cumplir con todos los requisitos para el efecto, estos son: señalar una disposición vulnerada, encuadrar la violación en una de las modalidades del Art. 656 *ibídem* y desarrollar una argumentación jurídica que dote de sustento al mismo; los recurrentes se encontraban obligados a realizar la fundamentación de aquel en audiencia, consistente en replicar las razones que habían deducido en sus escritos contentivos del medio de impugnación.

Acerca de la causal seleccionada por los recurrentes, esto es, la errónea interpretación, se ha expuesto: ^a*En esta clase de error se elige la norma adecuada al caso concreto, pero se yerra en su interpretación al darle al precepto un sentido jurídico o alcance que no tiene, o se le atribuyen consecuencias extrañas a su contenido [1/4]º* (FERNÁNDEZ VEGA Humberto. *El Recurso Extraordinario de Casación Penal*. Editorial Leyer. Bogotá, D. C., 2002, pág. 143).

La norma jurídica que los casacionistas consideran infringida es la contenida en el Art. 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal: ^a*Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente: 1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera: [1/4] d) Gran escala de diez a trece años.º*

Los procesados plantean que el error de derecho se produce en el literal c), numeral 2 del auto de 21 de julio de 2017, las 15h10, mediante el cual se resuelve el recurso de ampliación presentado por

Marco Melecio Rogel Campos contra la sentencia de 04 de julio 2017, las 14h44, dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja; fragmento de dicho auto que forma parte de la misma y en el que se establece lo siguiente: *ª La Corte Constitucional del Ecuador en varios de sus fallos ha señalado que el principio de proporcionalidad de las penas lo encontramos en las leyes que tipifican los diferentes delitos, en el caso en concreto sería entonces que la proporcionalidad de la pena se ubicaría en el Art.220.1. d) del COIP, fluctuando entre un mínimo de 10 años y un máximo de 13 años de privación de libertad. Entonces sería proporcional sancionar con la pena mínima esto es 10 años a quien esté traficando la cantidad que está en la base de la Gran Escala (5000 gramos), pero en el presente caso la cantidad de droga atribuible al tráfico de los procesados corresponde a 47.118.4 gramos, es decir casi diez veces más a la cantidad base mínima de la gran escala, por tanto la petición del Fiscal de pedir la pena mínima de 10 años es arbitraria e inmotivada y hasta sospechosa.º*

Marco Melecio Rogel Campos señala que el vicio en la sentencia se ocasiona en virtud de que, si bien el Tribunal de alzada selecciona correctamente el Art. 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal para sancionar, le da una interpretación extensiva en el sentido de que manifiestan que correspondería aplicar una pena privativa de libertad de 10 años a quien trafique 5.000 gramos, consistente en la cantidad base de la gran escala, pero como en el presente caso a los procesados se los habría encontrado con una cantidad representativa de casi diez veces el peso mínimo, se debe reprimir con una pena privativa de libertad de 13 años, equivalente al máximo de la pena dentro del rango establecido para la gran escala del tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, siendo esta interpretación errada, en consideración a que, bajo ese escenario, ¿cuál es entonces la pena que se debería aplicar en otros casos en los que se encuentra a la persona responsable de la comisión de dicho ilícito con cantidades significativamente mayores a las que él poseía?, contrariando de esta forma el Art. 13 *ibídem*, cuando por el contrario debía haberse graduado la pena privativa de libertad de conformidad con el Art. 54 *ejusdem*, ya que los procesados desde un inicio colaboraron en la investigación, situación que si bien no fue considerada como atenuante, debía habérsela tomado en cuenta al momento de fijar la pena privativa de libertad, y en razón de que incluso se alcanzaron acuerdos probatorios con Fiscalía, la cual solicito la sanción de 10 años.

Por otro lado, Hernando Eber Yela Erazo añade que esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado con respecto a la proporcionalidad de la pena, refiriéndose para el efecto a las causas signadas con los números 13284-2015-01135 y 09281-2014-0810, en las cuales se habría sancionado a los procesados con una pena privativa de libertad de 10 años cuando se les había encontrado en posesión de cantidades mayores en comparación por la cual se lo condenó a él.

La fundamentación de los recursos de casación de ambos impugnantes se contrae al cargo de errónea interpretación del Art. 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal, habiendo esgrimido en audiencia argumentos similares y que se complementan entre sí. Este Tribunal de Casación, en base al análisis de los sustentos deducidos por los recurrentes y de la revisión de la sentencia reprochada encuentra que no existe errónea interpretación de la disposición indicada, en virtud de que dentro del proceso, sin que este Tribunal revise nuevamente los aspectos fácticos o vuelva a valorar la prueba, se han establecido como hechos probados que los casacionistas transportaban la cantidad de 47.720 gramos de clorhidrato de cocaína (peno neto), correspondiente a tráfico de gran escala de conformidad con la tabla contenida en la resolución No. 002-CONSEP-CD-2014, conducta que se sanciona en la disposición mentada con pena privativa de libertad de 10 a 13 años, pudiendo oscilar la pena a imponerse a los procesados dentro de ese rango, tal como ha ocurrido en la presente causa, donde el Tribunal de alzada, a partir de la consideración de las circunstancias propias del hecho punible, como se contempla en el Art. 54 del Código Orgánico Integral Penal, establece que la pena privativa de libertad a imponerse a los procesados es de 13 años, aplicando para esto la norma correcta y sin darle un sentido o alcance diferente a su contenido.

Por otro lado, Hernando Eber Yela Erazo se refiere a dos procesos concretos en donde existirían resoluciones dictadas por esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en casos similares o iguales del que trata este juicio penal y en donde se ha establecido la pena privativa de libertad mínima a los procesados por el tráfico de gran escala, esto es, 10 años; los cuales no constituyen un precedente jurisprudencial obligatorio, sino por el contrario podrían representar jurisprudencia indicativa, donde no se aborda siquiera un problema de derecho relacionado con la interpretación de la norma jurídica cuya vulneración se alega, tratándose de casos afines en los cuales, atendiendo a las particularidades propias de los hechos de la causa y por las razones que estiman pertinentes los Tribunales, se establece la sanción de 10 años de pena privativa de libertad, consideraciones por las cuales dichas resoluciones no pueden ser tomadas como un precedente acerca de la aplicación del Art. 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal, ya que consisten procesos con situaciones fácticas y jurídicas disímiles.

Habiéndose determinado que el cargo propuesto no se configura en el fallo recurrido, este Tribunal encuentra que sí existe un error de derecho, consistente en la contravención expresa del Art. 47.5 *ibídem*, que regula: *“Son circunstancias agravantes de la infracción penal: [1/4] 5. Cometer la infracción con participación de dos o más personas.”*; en razón de que el Tribunal de apelación deja de utilizar dicha disposición relativa a una agravante no constitutiva ni modificatoria del tipo penal de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, debido a que considera que: *“ [1/4] si entre los elementos del tipo penal del delito de tráfico de estupefacientes se encuentran verbos*

rectores o nucleares (negociar- transportar, etc), cuya naturaleza misma que determina su existencia o materialización requieren necesariamente la participación de dos personas o más, legalmente no es posible utilizar esta misma circunstancia (participación de dos personas o más) como agravante, en virtud de la disposición expresa contenida en la última parte del primer inciso del Art.44 del COIP, que señala que no constituyen circunstancias agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.º; posición que no es acertada, en razón de que se concluyó como hechos probados en el presente proceso que los procesados realizaron el transporte de sustancias estupefacientes, conducta que no requiere o implica la participación de dos o más personas como indica el Tribunal *ad quem*, y por lo tanto no constituye un elemento objetivo del tipo penal de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización, ya que el sujeto activo del mismo es singular.

Lo desarrollado anteriormente llevaría a que este Tribunal, enmendando el yerro en que ha incurrido el Tribunal de segundo nivel, aplique la agravante contenida en el Art. 47.5 del Código Orgánico Integral Penal y establezca la pena privativa de libertad de 17 años y 04 meses, conforme lo dictaminó el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja; sin embargo, como los procesados son los únicos recurrentes, en aplicación del principio humanista del derecho penal de *non reformatio in pejus*, reconocido en el artículo 77.14 de la Constitución de la República del Ecuador y los artículos 5.7 y 652.7 del Código Orgánico Integral Penal, no se puede empeorar su situación jurídica, quedando como un aspecto meramente declarativo de esta sentencia.

VII. RESOLUCIÓN

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo 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 el artículo 657 numeral quinto del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad resuelve: **1) Declarar improcedente los recursos de casación interpuestos por MARCO MELECIO ROGEL CAMPOS y HERNANDO EBER YELA ERAZO, por no existir errónea interpretación del Art. 220.1.d) *ibídem* en la sentencia recurrida. 2) Remítase el proceso al inferior para que ejecute la sentencia.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.-**

DR. IVAN PATRICIO SAQUICELA RODAS

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

CONJUEZ NACIONAL

DRA. DANIELLA CAMACHO HEROLD

JUEZA NACIONAL