

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

JUICIO PENAL: **No. 0822 - 2012 - VS**

RESOLUCION: **No. 1232 - 2012 - SALA PENAL**

PROCESADO: **ALARCON CADENA SANTIAGO JAVIER**

OFENDIDO: **ESTADO ECUATORIANO**

RECURSO: **CASACION**

POR. **TENENCIA DE DROGAS**

**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA***Justicia que se ve***JUEZA PONENTE
Dra. Gladys Terán Sierra****82-2012**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.- Quito, 18 de septiembre del 2012; a las 08h10.

VISTOS: El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales, el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 183, del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal, tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según los arts. 184.1, de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1, del Código Orgánico de la Función Judicial. Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la presente causa que por sorteo le corresponde a la Dra. Gladys Terán Sierra, como Jueza Ponente; la doctora Lucy Blacio Pereira y doctor Johnny Ayuardo Salcedo, como jueza y juez integrantes de este Tribunal de la Sala de lo Penal.

Santiago Xavier Alarcón Cadena, interpone recurso de casación, en contra de la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, que confirmó en todas sus partes la sentencia dictada por el Primer Tribunal de Garantías Penales del Carchi, que declaró la culpabilidad de Santiago Xavier Alarcón Cadena, imponiéndole la pena privativa de libertad, modificada de **OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA**, como autor del delito, tipificado y sancionado en el artículo 62, de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

1. COMPETENCIA.

Este Tribunal de la Sala Especializada Penal, es competente para conocer y resolver los recursos de casación y revisión, conforme lo dispone los arts. 184.1, y 76.7.k), de la Constitución de la República, arts. 184, y 186.1, del Código Orgánico de la Función Judicial; y, en este caso el artículo 349, Código de Procedimiento Penal.

El recurso de casación, ha sido tramitado conforme las normas procesales de los artículos 352, y 354, Código de Procedimiento Penal, así mismo se ha aplicado lo que dispone el art. 76.3, de la Constitución de la República del Ecuador.

2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y ACTUACION PROCESAL

2.1 La Fiscalía, ha tenido conocimiento de los hechos, mediante parte de aprehensión, suscrito por los señores policías Cbop. Danny Ibarra Guama, Cbop. Alex Portilla Villareal y Cbos. Clever Sanafria Yacelga, quienes han manifestado que el día 25 de abril del 2011, aproximadamente a las 12H00, cuando se han encontrado de patrullaje en la calle Argentina y Sucre, de la ciudad de Tulcán, han observado que una persona de sexo masculino, de manera desesperada, escalaba la pared del Instituto Tecnológico Bolívar, quien ha saltado e ingresado al interior de la institución, por lo que la policía ha solicitado permiso para ingresar al instituto, percatándose que el mencionado individuo había tomado contacto con un estudiante, y que al observar la presencia policial, las dos personas han salido de la institución educativa; en la calle Argentina, los miembros policiales, se les han acercado y les han solicitado los documentos a estas dos personas, identificándose como Víctor Alfonso Pabón Ortega, estudiante de 18 años de edad y Santiago Xavier Alarcón Cadena, de 24 años de edad, quienes han demostrado una actitud de nerviosismo, por lo que se les ha trasladado a la Jefatura Antinarcóticos del Carchi, percatándose que al ingresar a la dependencia policial, el ciudadano Alarcón Cadena Santiago Xavier, ha intentado ocultar en el interior del

vehículo un paquete, envuelto en papel higiénico, de color blanco, el que contenía una sustancia vegetal verdosa, evidencia, que luego de practicarse las pruebas de campo y pesaje, ha dado positivo para marihuana con un peso bruto total de 90 gramos.

Concluida la instrucción fiscal, el señor Juez Segundo de Garantías Penales del Carchi, ha dictado auto de llamamiento a juicio en contra del procesado Santiago Xavier Alarcón Cadena, como presunto autor del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, tipificado en el artículo 62, de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Sorteada la mencionada causa, ha correspondido su conocimiento al Primer Tribunal de Garantías Penales del Carchi, que luego de realizar la respectiva audiencia de juzgamiento, con fecha 18 de octubre del 2011, ha dictado sentencia condenatoria valorando como prueba: el acta de la destrucción de la sustancia estupefaciente, que determina un peso bruto de 90 gramos, y un peso neto de 84 gramos; el informe pericial químico que determinaba que la sustancia incautada ha correspondido a marihuana (acuerdos probatorios realizados en la audiencia por los sujetos procesales); la prueba de identificación preliminar homologada; los testimonios de los policías Kleber Sanabria y Alex Portilla, quienes han manifestado que el señor Santiago Xavier Alarcón Cadena, ha estado en posesión de un paquete conteniendo una sustancia verdosa, envuelta en papel higiénico, el mismo que luego de realizarse las respectivas pericias químicas, ha dado positivo para marihuana, el testimonio del procesado Santiago Xavier Alarcón Cadena, quien ha indicado haberse dirigido al Instituto Nacional Bolívar, por cuanto realiza estudios libres en el mencionado centro de estudios, que el momento de la detención se encontraba con su amigo Pavón, quien tenía la ceja rota, motivo por el cual se dirigían al hospital; y, que la marihuana encontrada en su poder, *"la había comprado en la ciudad de Ipiales Colombia, en la suma de dos mil pesos, con la finalidad de consumirla, lo cual lo hace desde hace ocho años atrás"*; el testimonio del Dr. Luis Nazate, quien ha realizado la valoración psicológica del procesado, y ha manifestado que no se le puede considerar como consumidor, ya que lo hace dos o tres veces en la semana; que se trata de una persona

judicial efectiva y un adecuado ejercicio del derecho a la defensa, mediante la revisión de una resolución por un órgano superior, al que la dictó, lo que viabiliza el control jerárquico de la resolución recurrida, sustentando así la seguridad jurídica del Estado y de sus integrantes.

La Constitución de la República, claramente señala, en su artículo 76.7.m) “*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: (...) recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*”.

Nuestra legislación y la visión de un estado de derechos y justicia, establece una serie de recursos y el ejercicio del *principio proactione*, que permite una interpretación favorable y flexible en materia recursiva y en su admisión, garantizando de esta manera que todas las personas, que se sientan afectadas por una resolución, que atenta a sus derechos puedan ejercer su actividad recursiva¹.

Entre los medios de impugnación que establece nuestra legislación, esta el recurso de casación, como un mecanismo impugnatorio, que busca realizar un juicio técnico jurídico de la legalidad de la sentencia recurrida entendiéndose que esta violación al derecho sustancial se la puede realizar de manera directa o indirecta, y esta última se configura cuando el sentenciador incurre en errores al momento de apreciar los medios de prueba sin observar las reglas de la experiencia que se consideran como principios de la sana crítica que es el método adaptado por nuestra legislación para la valoración de la prueba; con ello se garantiza una corrección de las decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho, teniendo como fin sustancial el efectivo respeto a la ley y las garantías de quienes intervienen en el proceso penal, “*siendo un juicio enmarcado en la*

¹ Cfr. Picado Vargas, Carlos. *La impugnación como garantía integradora del debido proceso*. Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal - QUISPIKAY

*diología de legalidad y necesidad*², precautelando la norma legal, el interés público afectado, garantizando de esta manera la tan nombrada seguridad jurídica, como elemento fundamental de un Estado de derechos y justicia.

4.2 De la fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocadas por el recurrente.

La sentencia recurrida, dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, confirmó en su totalidad la sentencia dictada por el Primer Tribunal de Garantías Penales del Carchi, que declaró la culpabilidad de Santiago Xavier Alarcón Cadena, como autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 62, de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndole la pena privativa de libertad, modificada, de ocho años, de reclusión mayor ordinaria.

El delito que se ha atribuido, al sentenciado, es el de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, que señala:

“Artículo 62.- Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.- Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.”

En relación con lo manifestado por el recurrente en su fundamentación este tribunal considera necesario establecer lo siguiente:

² Ramírez, Samuel. *Los Errores de Hecho en Sede de Casación Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.. Bogotá Colombia. 1982.

El tipo penal, es la descripción de una conducta antijurídica y culpable, que precautela un bien jurídico protegido por el Estado, por lo que, para poder hablar de la existencia de esta categoría dogmática es importante determinar cual es el objeto de la lesión, y el peligro concreto o abstracto en que puede incurrirse con su acción.

El delito de tenencia de sustancias estupefacientes, es un delito, conocido en la doctrina como delito de peligro abstracto, y la punibilidad del sujeto activo se fundamenta en la peligrosidad de la acción generada para determinado bien jurídico; siendo un tipo penal complejo, por cuanto la valoración que realiza el juzgador, del elemento subjetivo debe sustentarse en la intención que tiene el agente al ejercer la acción³.

Este tipo de delitos, encierra una “presunción de peligro” del bien protegido, que en este caso es la salud pública, siendo por tanto el juzgador, quien debe establecer la existencia o no de la lesividad que se pueda ocasionar con una determinada acción; valoración que se debe realizar desde un punto de vista garantista de derechos, considerando que la intervención del derecho penal debe ser de *ultima ratio*, teniendo como **finalidad establecer una sanción adecuada a una conducta antijurídica por la lesión causada**; debiendo restringir al máximo su acción como medio sancionador encuadrándose en la visión de un Estado que actúa sustentado en una mínima intervención penal.

En la sentencia recurrida, el ad quem, en su motivación menciona que el procesado ha aceptado portar la sustancia estupefaciente, que ha reconocido que era para su consumo; y sorprendentemente **valora un informe pericial** del Dr. Luis Antonio Nazate señalado que éste dice: “(...) se concluye que **no se trata de un consumidor crónico**, puesto que el consumo lo hace de dos a tres veces por semana y más bien que se trata de una persona mentirosa(...)”, **informe** que contrariamente a lo manifestado (documento original introducido como prueba) señala: “(...) **Paciente con problemas de consumo de marihuana crónico**” (lo subrayado no es del texto original); hechos que nos

³ Cfr. Donna Edgardo Alberto. Delitos de Peligro I. Revista de Derecho Penal. Rubinzal Culzoni Editores. 1ra. Edición. 2007

conducen a establecer una contradicción clara entre lo manifestado en la sentencia recurrida y en el informe pericial, que la Sala Única de la Corte Provincial del Carchi, considera como sustento en la resolución.

Por cuanto de la revisión técnico jurídica que ha realizado este juzgador, de la sentencia recurrida, y con base a la fundamentación realizada por el recurrente, se establece que: la sustancia estupefaciente (84 gramos peso neto de marihuana), la tenía el recurrente en su poder para su consumo, hechos que se han justificado, de igual manera, con el certificado otorgado por el Centro de Tratamiento y Rehabilitación Tumbaco, donde se establece que en el año 2011, ha estado internado por su enfermedad; y con el informe pericial psicosomático que se ha determinado que es "consumidor crónico", premisas que nos permiten establecer claramente que la conducta –consumo de sustancias estupefacientes- del sentenciado le afecta y lesiona directamente a sí mismo, sin poner en riesgo o en peligro la salud de las demás personas, bien jurídico tutelado con el artículo 62, de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por lo que no se le puede imputar una conducta y una pena, a una persona, que por sus acciones infieren directamente a su ámbito personal, siendo claramente un derecho personalísimo e inmanente del ser humano.

Criterio que de igual manera, ha sido acogido por la Corte Constitucional de Colombia y que compartimos al dictar un fallo sobre consumo de estupefacientes, al manifestar que: *"El legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie."*⁴

La Constitución de la República, claramente establece en su artículo 66.5, el derecho de las personas al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás, dándole a las personas la autonomía necesaria para decidir sobre sus propias acciones, y por ende

⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-221de 1994, M.P. Carlos Gaviria.

asumir sus consecuencias, sin que pueda el Estado y menos aún el juzgador, inferir en la libertad propia de todos los seres humanos.

En el caso *sub iudice*, es claro que el sentenciado es un “consumidor crónico”, de marihuana; y, por tanto, la tenencia de la sustancia estupefaciente que se encontró en su poder -considerando su tipo y cantidad- eran para su consumo; por lo que este Tribunal, considerando que la labor del juez no es solo un ejercicio deductivo de normas y conductas, sino de un análisis individualizado, y de una actividad racional y compleja de cada circunstancia, buscando llegar a la justicia, considerando que el ad quem, ha errado en la aplicación de la norma, al imponer una sanción al recurrente, quien claramente tiene un problema de adicción y por ser una enfermedad no puede ser criminalizada conforme lo establece la Constitución de la República, en su artículo 364, que señala:

“Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.”

Se resuelve declarar la extinción de la acción penal, existente, en contra del ciudadano Santiago Xavier Alarcón Cadena, por cuanto su conducta no se subsume al tipo penal *ejusdem*.

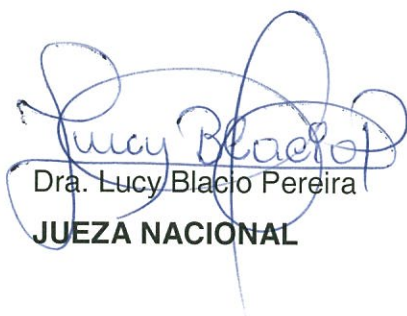
6. RESOLUCIÓN:

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Penal Especializada de la Corte Nacional, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”**, al tenor del Art. 358, del Código de Procedimiento Penal, casa la sentencia recurrida, y en su lugar resuelve declarar la extinción de la acción penal existente en contra del ciudadano

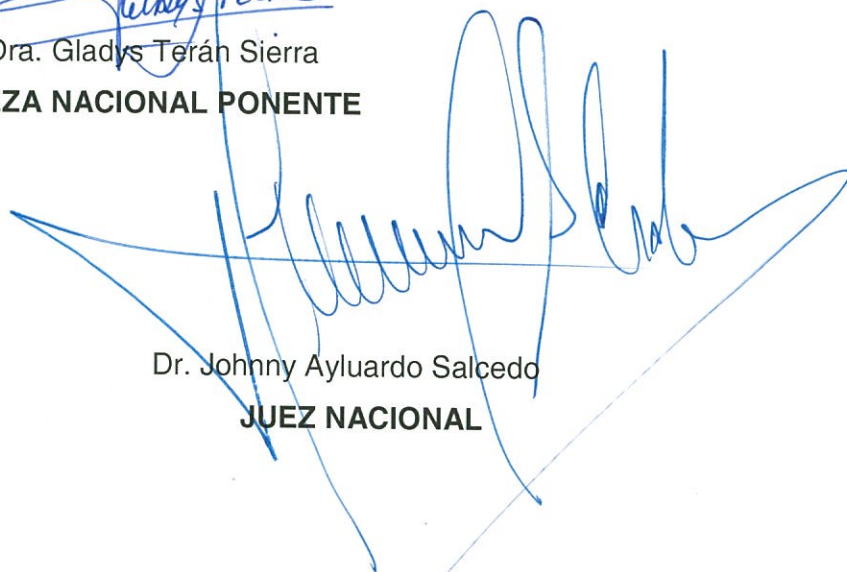
Santiago Xavier Alarcón Cadena, dispone su libertad inmediata, recomendándose su internamiento en un centro de tratamiento y rehabilitación para personas adictas a sustancias estupefacientes; se cancelan todas las medidas cautelares de carácter personal y real dictadas por el a quo. Devuélvase el proceso al tribunal a quo, para la ejecución de la sentencia. La boleta de libertad fue girada el mismo día, al finalizar la audiencia de fundamentación del recurso, y una vez pronunciada la resolución; con base al principio de debida diligencia y en precautela del derecho a la libertad. Notifíquese y cúmplase.-



Dra. Gladys Terán Sierra
JUEZA NACIONAL PONENTE



Dra. Lucy Blacio Pereira
JUEZA NACIONAL



Dr. Johnny Ayluardo Salcedo
JUEZ NACIONAL

CERTIFICO:



Dra. Martha Villarroel Villegas
SECRETARIA RELATORA (E)

