

**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRIA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

**TEMA:**

ACUMULACIÓN DE PENAS POR DELITO DE TRÁFICO DE  
SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS CITADA  
EN LA RESOLUCIÓN # 12 - 2015

**AUTOR:**

Garófalo Ledesma Giancarlo Vicente  
ABOGADO

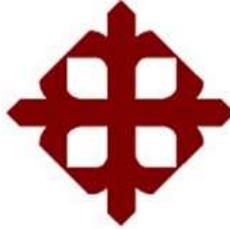
PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE  
MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

**TUTOR:**

Dr. De La Pared Darquea Johnny

Guayaquil, Ecuador  
2019





**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRIA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, **Giancarlo Vicente Garófalo Ledesma**

**DECLARO QUE:**

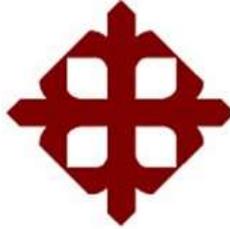
El Proyecto de Investigación: Acumulación de penas por delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas citadas en la Resolución # 12-2015, previa a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho mención Derecho Procesal, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 15 de mayo del 2019

**EL AUTOR**

Giancarlo Vicente Garófalo Ledesma



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRIA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**AUTORIZACIÓN**

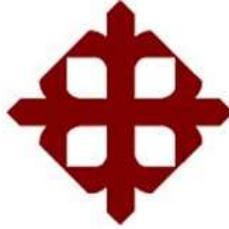
Yo, **Giancarlo Vicente Garófalo Ledesma**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del Proyecto de Investigación, previo a la obtención del grado de Magister en Derecho mención Derecho Procesal titulada: Acumulación de penas por delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas citadas en la Resolución # 12-2015, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 15 de mayo del 2019

**EL AUTOR:**

Giancarlo Vicente Garófalo Ledesma



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRIA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**INFORME DE URKUND**

The screenshot displays the URKUND web interface. The top navigation bar includes the URKUND logo and the text 'PROGRAMA LA REVISTA DE URKUND'. The main content area is divided into several sections:

- Documento:** Shows details for a document titled 'TEMA 14: Alimitación de peticiones de tráfico de oficios en la fase de precesal y postprocesal citada en la Resolución # 12 - 2018'. It includes the presenter's name (Javier Luis Obando Espino), the subject (Santiago Velasco Cruz), and the message (Informe de URKUND).
- Lista de Fuentes:** A table listing various sources used in the document, including 'CONSTITUCION DE LA DRA. GRISELDA ESCOBAR 2017.pdf', 'GUANO.COM', 'Libro azul', 'TEMA 14: DERECHO PROCESAL', 'TEMA 14: DERECHO PROCESAL', and 'TEMA 14: DERECHO PROCESAL'.
- Reporte:** A detailed report for the document, including the university name (UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL), the faculty (FACULTAD DE JURISPRUDENCIA), the system (SISTEMA DE POSGRADO), the master's program (MAESTRIA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL), the certifier (GRISELDA ESCOBAR), the tutor (Dr. De La Piedad Espinoza Jarama), the year (2018), and the director of the project (Dr. Francisco Escobar Pérez).

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios por bendecirnos la vida, por guiarnos a lo largo de nuestra existencia, ser el apoyo y fortaleza en aquellos momentos de dificultad y debilidad. Gracias a mis padres: Vicente Garófalo Peña y Lourdes Ledesma Villegas, por los consejos, valores y principios que me han inculcado. De igual manera, a esa persona tan especial a quien respeto mucho y se ha ganado mi amor, por su fe, generosidad e incansable ayuda en todo momento. Quien se ha convertido en mi mayor inspiración, a través de su amor, paciencia, buenos valores ayuda a trazar mi camino. Gracias Dra. Fanny Almeida Mosquera (Manabita).

GIANCARLOS GARÓFALO

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo investigativo lo dedico principalmente a Dios, por ser el inspirador y dar la fuerza para continuar en este proceso de formación profesional. A mis padres por su amor, trabajo y sacrificio. Principales promotores de nuestros sueños, quienes confían y creen en las expectativas de sus hijos. Finalmente, pero muy especial persona quien ha estado presente con su apoyo y compañía cuando más lo necesito, por extender su mano en momentos difíciles y por el amor brindado. Dra. Fanny Almeida Mosquera, siempre la llevo en mi corazón, gran parte de este trabajo investigativo tiene su nombre.

GIANCARLOS GARÓFALO

## INDICE GENERAL

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>2</b>
<b>CAPÍTULO TEÓRICO</b> .....	<b>7</b>
<b>MARCO DOCTRINAL</b> .....	<b>7</b>
ASPECTOS HISTÓRICOS.....	7
LEY DE DROGAS EN ECUADOR 1990.....	10
ECUADOR UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA .....	18
SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.....	20
DERECHOS FUNDAMENTALES.....	20
BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	22
PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD.....	24
NECESIDAD DE LA NORMA PENAL.....	27
PRINCIPIO PROCESAL DE LEGALIDAD.....	30
PREÁMBULO JURÍDICO LEGAL VIGENTE QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN ECUADOR .....	35
DERECHO COMPARADO RESPECTO AL TEMA DE ESTUDIO.....	36
REFERENTES EMPÍRICOS.....	44
<b>CAPÍTULO METODOLÓGICO</b> .....	<b>48</b>
<b>ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>48</b>
<b>ALCANCE</b> .....	<b>49</b>
<b>TIPO DE INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>51</b>
<b>MÉTODOS</b> .....	<b>53</b>
MÉTODO TEÓRICO.....	53
MÉTODO EMPÍRICO.....	54
<b>ESTUDIO DE CASO</b> .....	<b>54</b>
ANTECEDENTES.....	58
<b>UNIDADES DE ANÁLISIS</b> .....	<b>60</b>
INFRACCIÓN PENAL.....	60
TIPICIDAD.....	61
DE LA PENA EN GENERAL.....	61
CONCURSO DE INFRACCIONES (ACUMULACIÓN DE PENAS).....	70
<b>CAPÍTULO DE RESULTADOS</b> .....	<b>76</b>
<b>ENTREVISTAS</b> .....	<b>76</b>
<b>ENCUESTAS</b> .....	<b>78</b>
<b>CAPÍTULO DE DISCUSIÓN</b> .....	<b>89</b>
<b>CAPÍTULO DE PROPUESTA</b> .....	<b>91</b>
<b>PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA</b> .....	<b>91</b>
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>94</b>
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	<b>96</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>98</b>

## RESUMEN

La regla que impone la Resolución # 12 – 2015 emitida por la Corte Nacional de Justicia, en función del Art. 220.1 del Código Orgánico Integral Penal, donde la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según la sustancia psicotrópica, estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el Art. 55 del COIP. Fallo que tiene carácter vinculante, y en la práctica se impone hasta cuarenta años de pena privativa de libertad, por un delito que tiene una penalidad máxima de trece años, sin existir concurso de infracciones. Es por estos motivos que el **objetivo** de esta investigación es motivar y fundamentar la inconstitucionalidad de la Resolución # 12 – 2015. La **metodología** es cualitativa, buscando derogar la Resolución # 12 – 2015, se estructura con un contenido de temas y descripciones de la norma procesal penal focalizada para el caso en análisis, utilizando el método de análisis - síntesis e inductivo - deductivo, aplicando la técnica de análisis documental de la norma y comentarios de especialistas. Como **resultados** alcanzados se devuelve la independencia jurídica del COIP en lo concerniente al principio procesal de legalidad y sanciones inherentes a los delitos de droga, en **conclusión**, no se contravendría el principio constitucional de proporcionalidad, prevaleciendo de este modo el estado constitucional de derechos y justicia.

Palabras claves: Legalidad, proporcionalidad y justicia.

## ABSTRACT

The rule imposed by Resolution # 12 - 2015 issued by the National Court of Justice, in accordance with Art. 220.1 of the Comprehensive Criminal Code, where the person who, with an act, incurs one or more governing verbs, with narcotic, psychotropic substances or preparations containing them, different and in equal or different amounts, will be sanctioned with a custodial sentence accumulated according to the psychotropic, narcotic or prepared substance that contains it, and its quantity; penalty, which will not exceed the maximum established in Art. 55 of the COIP. Failure that is binding, and in practice is imposed up to forty years of custodial sentence, for an offense that has a maximum penalty of thirteen years, with no contest of infractions. It is for these reasons that the **purpose** of this investigation is to motivate and substantiate the unconstitutionality of Resolution # 12 - 2015. The **methodology** is qualitative, seeking to repeal Resolution # 12 - 2015, is structured with a content of topics and descriptions of the standard criminal procedure focused for the case in analysis, using the method of analysis - synthesis and inductive - deductive, applying the technique of documentary analysis of the standard and comments of specialists. As **results** achieved, the legal independence of the COIP is returned as regards the procedural principle of legality and sanctions inherent to drug offenses, in **conclusion** the constitutional principle of proportionality would not be contravened, thus prevailing the constitutional status of rights and justice.

**Keywords: Legality, proportionality and justice.**

## INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del actual trabajo investigativo es el Derecho Procesal, teniendo como campo de acción el principio constitucional de proporcionalidad y el principio procesal de legalidad. La Resolución # 12 – 2015 emitida por la Corte Nacional de Justicia, en función del Art. 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, cuando la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según la sustancia psicotrópica, estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el Art. 55 del COIP. Fallo que posee carácter vinculante, y debe ser aplicada obligatoriamente por los jueces inferiores.

Esta Resolución # 12 – 2015 trae consigo una forma de acumulación de penas en delitos de droga que no se sujeta jurídicamente a un concurso de infracciones, pues la dogmática jurídica solo hace referencia a dos tipos: Concurso Ideal de Infracciones, como al Concurso Real de Infracciones, no obstante al no sujetarse la acumulación de penas a estas terminologías, bien acertaríamos que el fallo de triple reiteración lo hace de forma empírica, contraviniendo el principio constitucional de proporcionalidad, así como el principio procesal de legalidad.

Esta implementación significa un conflicto con la clasificación del concurso de delitos que el derecho positivo ecuatoriano permite, y la pérdida de la función de la pena, además que las conductas no se evalúan mediante un análisis sistematizado en relación con el principio de lesividad, siendo los micro traficantes los que llegan a pagar mayor pena que los narcotraficantes mayores, vulnerando principios como

el de proporcionalidad de la pena, legalidad, mínima intervención penal, seguridad jurídica, derecho a la defensa, objetividad, igualdad, e inclusive lo prescrito en el Art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La acumulación de penas única y exclusivamente procede en el concurso real de infracciones, sin embargo con la promulgación de esta sentencia que posee un efecto jurídico vinculante, sin más preámbulos y obligatoriamente debe ser aplicada por los operadores de justicia, donde actualmente pueden imponer hasta cuarenta años de pena privativa de libertad por un delito que acorde el Código Orgánico Integral Penal tendría una pena máxima de trece años, por tal motivo quienes lejos de ser delincuentes, son víctimas de la desigualdad normativa, lo cual se convierte en injusticia por no existir proporcionalidad entre infracción y sanción en estos casos.

En este sentido, la sentencia que versa como precedente jurisprudencial con la finalidad de establecer una norma obligatoria en lo que respecta al delito de tráfico de sustancias estupefacientes y la acumulación de penas con cada verbo rector del tipo penal referido, viola actos legales y procesales, al no incurrir tipo alguno de concurso de delitos, irrumpiendo la estructura del derecho penal y la tipicidad de delito. Situación jurídica que desestabiliza la justicia entre micro y narcotraficantes, violentándose de tal forma el estado constitucional de derechos y justicia social.

El fallo jurisprudencial referido, impulsa pensar que se puede aplicar la acumulación de penas de hasta cuarenta años, acorde lo determina el Art. 55 del Código Orgánico Integral Penal, cuando se comprueba que una persona 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.

Sin embargo, el problema jurídico no concluye ahí, sino que van mucho más diversos, omisión que adquiere relevancia sustancial, al no haber tomado en consideración aspectos fundamentales de la problemática inherente a los delitos de droga, tales como: a) La constitucionalidad de la tenencia de drogas para consumo personal; b) La clase de desvalor requerida para fundar o no la legitimidad de los delitos de peligro abstracto como la tenencia de drogas para consumo personal; c) La diferenciación entre la tenencia para consumo y la tenencia con fines de tráfico; y, d) El debate acerca del bien jurídico salud pública como objeto de protección en los delitos de drogas, así como las exigencias de precisión del mismo a la luz tanto del principio de legalidad como de los estándares internacionales de Derechos Humanos.

En cuanto lo referente a la argumentación jurídica y el Derecho Judicial que tiene que ver con la técnica de elaboración del precedente jurisprudencial, pues la Corte Nacional de Justicia omite motivar las razones que le inducen a los considerandos de los fallos elegidos, no se realiza un análisis doctrinario minucioso de la normativa que pretende concentrar. Cabe recalcar que los precedentes no deben elaborarse en abstracto de la directa relación con los hechos el caso concreto y el tipo de procedimientos donde los jueces expresas sus fallos.

Fallos que al constatar en el precedente, se aprecia que uno de ellos fue decidido mediante recurso de revisión y los otros probablemente en casación, lo que de inicio supone ya una diferencia fundamental en orden a la naturaleza y

de la ley posterior menos rigurosa. objeto distintos a cada procedimiento y que varios de ellos se refieren a procesos iniciados con la vigencia de la derogada Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por lo que se infiere que los problemas jurídicos planteados para decisión de la Corte habrían sido los de favorabilidad

Frente a esta problemática se plantea la siguiente pregunta científica:

**¿Cómo contribuir al derecho procesal, con la propuesta de entablar una acción de inconstitucionalidad a la Resolución # 12 – 2015, por vulnerarse el principio constitucional de proporcionalidad y principio procesal de legalidad?**

El tema planteado es de vital importancia, Ecuador siendo un estado constitucional de derechos y justicia, que acorde sus principios procesales figura derechos y garantías a quién incurra en cierto tipo de delito, esto por cuanto enmarca derechos de protección a toda persona, para que en ningún caso quede en indefensión. En el caso que nos ocupa inherente a los delitos de droga, la Constitución de la República en su Art. 364, el estado determina que las adicciones son un problema de salud pública, que al mismo le corresponde 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.

En la práctica, con la aplicación de la Resolución # 12 - 2015 que tiene carácter vinculante, por descuido se estaría penalizando con pena privativa de

libertad acumulada a consumidores y micro traficantes que ejercen el expendio en poca escala y según la variedad de sustancia estupefaciente y psicotrópicas, obviándose que quienes deben llevar la pena agravada deben ser los narcotraficantes dueños y productores de las sustancias prohibidas sujetas a fiscalización, sin embargo para estos ultimo la pena estaría hasta los trece años.

Razón que motiva al autor de este estudio a realizar la investigación y proponer una solución jurídica motivada, sin afectar una ley ordinaria.

El desarrollo de esta investigación es factible al no existir otro trabajo igual o parecido que se haya realizado anteriormente, puesto que el mismo contribuye para el desarrollo profesional, estableciendo un importante estudio al principio constitucional de proporcionalidad, principio procesal de legalidad y la correcta aplicación de la pena en delitos de droga. Los principales beneficiarios del trabajo investigativo serán los habitantes del territorio nacional, al momento de resolver su situación jurídica en el proceso de juzgamiento por sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Por tal razón el objetivo general de esta investigación es fundamentar la inconstitucionalidad de la Resolución # 12 – 2015 mediante una demanda ante la Corte Constitucional, cuyos objetivos específicos son: Demostrar que el fallo de triple reiteración # 12 – 2015 vulnera el principio constitucional de proporcionalidad y el principio procesal de legalidad, al penalizar los delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; Dilucidar la confusión del concurso de infracciones que realiza el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en la Resolución # 12 - 2015, así como la falta de motivación y la incompetencia en torno a la decisión del pleno; Aportar por medio de esta

investigación a la correcta aplicación del principio constitucional de proporcionalidad y principio procesal de legalidad en materia penal sobre delitos de droga. Planteándose la premisa siguiente: sobre la base de las categorías analíticas en el marco legal y procesal para la punición de los delitos de droga sancionado con pena acumulada según la Resolución # 12 – 2015 en función del Art. 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, al estar establecido el principio constitucional de proporcionalidad y el principio procesal de legalidad, se constituye la elaboración de una acción de inconstitucionalidad demandando ante la Corte Constitucional, donde se pretende que la Resolución # 12 – 2015 sea declarada inconstitucional y por ende derogada.

# CAPÍTULO TEÓRICO

## **Marco Doctrinal**

En el desarrollo del presente trabajo investigativo es necesario conocer la historia respecto a la Ley de drogas, y como esta fue acogida consecuentemente en Ecuador, y posteriormente modificándose en territorio nacional. Oportunamente se realiza un análisis de los referentes teóricos del Derecho Constitucional, respecto al principio de proporcionalidad, así como referentes teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal, sobre el estudio del principio de legalidad, cuya determinación después de analizar el tema investigado llegar a las conclusiones de la importancia de este estudio, considerando la dogmática jurídica del ordenamiento jurídico vigente, siendo menester para esto conocer distintas definiciones, tal y como se detalla a continuación:

## Aspectos históricos

La Convención de Viena de 1988 que dio origen a la Ley de drogas 108 de Ecuador 1990, significa una verdadera revolución, si comparamos su contenido con las anteriores que se suscribieron a partir del Convenio de la Haya de 1954, pues la Convención Única de la de Viena de 1961 adicionada por la de Nueva York de 1971, se había limitado exclusiva y únicamente a reprimir las conductas relacionadas con la siembra, fabricación y comercialización de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. La de 1988 contempla formas novedosas de sanción que no aparecían en las precedentes que se habían suscrito para reprimir los estupefacientes, y el giro copernicano se produce porque se dirige a tratar de

atacar y perseguir al llamado narcotráfico por medio del decomiso de los bienes surgidos directa o indirectamente de tal actividad ilícita y de las sustancias y elementos utilizados en la producción de los estupefacientes y psicotrópicos, los llamados precursores (Zambrano, 2017).

La propuesta de la Convención de 1988 es actuar sobre los capitales de narcotráfico para tratar de garantizar una eficaz persecución de este ilegal comercio. La realidad demuestra que para la década de los años noventa la rentabilidad bordeaba los 100 mil millones de dólares por año y hoy esa cantidad se ha multiplicado por seis veces más. Los precursores son producidos principalmente en los países industrializados del primer mundo, y no se controla efectivamente su producción porque se trata de un gran negocio ilegal. En esta Convención surge la figura del lavado de activos como delito relacionado con el tráfico de drogas ilegales. Hoy es un delito autónomo e independiente (Zambrano, 2014).

Altas características de la Convención de 1988, indicó Saavedra (1991):

1. **Control y persecución de las sustancias utilizadas en los procesos de producción de los psicotrópicos.** La propuesta se encamina a criminalizar no solo las sustancias que tienen capacidad de alterar las funciones cerebrales, sino que se busca criminalizar a todas aquellas sustancias que se utilizan como precursores en la producción de estupefacientes (éter, ácido clorhídrico, permanganato de potasio, carbonato) fundamentalmente de la cocaína (Pag. 114 – 115).
2. **Control y tipificación delictiva de las conductas relacionadas con el manejo del producto y de los bienes derivados de su ilícito comercio.** Se pretende reprimir todas aquellas actividades financieras o económicas que procuren la ocultación del producto, el lavado de dólares y todas aquellas transacciones comerciales que se pudiesen realizar con dineros venidos directa o indirectamente del narcotráfico (Zambrano, 1996).

3. **Aplicación de la extradición y de la extraterritorialidad de la Ley.** En relación con la extradición, la Convención trata de ampliar su contenido para posibilitar formulas cuando no se pueda conceder constitucionalmente la de los nacionales, inclusive para que una persona pueda ser juzgada y devengar la pena en su país de origen. Se prevé el intercambio de presos por razones humanitarias (Pag. 114 – 115).
4. **Cumplimiento de condenas impuestas por otros países cuando no sea posible la extradición.** Se establece que en caso de negarse la extradición, el imputado puede seguir siendo juzgado y si es condenado en el país requirente, este remitirá copia al requerido, para que allí se ejecute la condena (Pag. 114 – 115).
5. **Concertación de la mayor ayuda judicial recíproca.** De esta manera se puede remitir con pleno valor probatorio actuaciones judiciales o procesales de un país a otro, enviar testigos para que declaren y hasta la remisión de detenidos para que actúen pruebas en el exterior, intercambio de información y prueba documentaria a nivel de policías, judicaturas y expedientes judiciales cuando fuese del caso (Pag. 114 – 115).
6. **Decomiso del producto y de los bienes que provengan directa o indirectamente del tráfico ilícito.** La propuesta es la de desarticular las bases económicas del crimen organizado (narcotráfico), pues el imperio económico es de tal magnitud que se plantea la conveniencia de decomisar tanto los bienes involucrados en el tráfico, así como aquellos que se adquieren con dineros provenientes de esta actividad delictiva (Pag. 114 – 115).
7. **Abolición de la reserva fiscal y del sigilo bancario.** Tanto la reserva fiscal como el sigilo bancario se fracturan con la Convención de Viena de 1988 bajo la creencia de que con los mismos se protegen los dineros calientes y que la banca natural va a proporcionar información sobre transacciones sospechosas sin reserva alguna (Pag. 114 – 115).
8. **Modificación del concepto de carga probatoria.** Es una propuesta igualmente interesante que pretende invertir la carga de la prueba o el

onus probandi, de manera que ante bienes o activos cuantiosos cuyo origen no pueda ser justificado se deba presumir su origen ilícito. Aquí se produce una colisión con el principio de presunción de inocencia (Pag. 114 – 115).

9. **La utilización del agente provocador.** Este es otro de los temas de permanente discusión, pues se considera por los defensores de la propuesta, que esta es una herramienta idónea igual que la del agente encubierto y de la entrega vigilada de drogas para penetrar el entramado difícil del crimen organizado. Juristas como el Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, son contrarios a la presencia legitimada de los delincuentes y delatores arrepentidos bajo el argumento de la colaboración eficiente en la lucha contra este tipo de criminalidad (Pag. 114 – 115).

### Ley de drogas en Ecuador 1990

Esta tendencia marca la dialéctica actual de los procesos de legislación, tiene ahinco en países como Ecuador, este fenómeno no es aislado y forma parte de una estrategia de transnacionalización del control aunque la política sobre droga acusa un innegable fracaso, dando lugar desde principios de siglo a dos tendencias contrapuestas; la Ley de drogas ecuatoriana obedece las directrices de la Convención de Viena de 1988, amplió el objeto material incluyendo a precursores químicos, equipos y materiales destinados a fines de cultivo, fabricación o tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, con una marcada preeminencia del elemento subjetivo, de igual manera se expandió el objeto material para incluir a los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de las actividades de tráfico ilícito (Diez, 1991).

Con la Ley 108 de 1990, se penalizaban las conductas encaminadas al uso personal, encontrando la paradoja de que la tenencia para consumo estaba prevista

como delito acorde el Art. 62, pero si la droga ya había sido consumida se enervaba la responsabilidad penal y el drogodependiente debía ser conducido a una casa asistencial según el Art. 32, esto significaba una absurda punición de actos preparatorios, pues la posesión o tenencia tiene un fin que es impune, pero sus actos previos no.

Coincide al respecto el tratadista José Luis Diez Ripolles de que tal política criminal resulta inadmisibile: implica una flagrante violación de la libertad personal en un contexto pervertido de protección de la salud de un modo difícilmente compatible con importantes preceptos constitucionales, supone perseguir un objetivo imposible con los consiguientes efectos negativos sobre la conciencia de validez de las normas jurídicas; va a causar, con diferencia, más dueños que ventajas, en oposición al principio de ultima ratio que debe inspirar la legislación penal; y contradice el precepto de la propia Convención, que taxativamente establece que las medidas tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita, deberán tener como mira destacada la de reducir el sufrimiento humano (Diez & Zambrano, 1992).

El radio de aprehensión de la Ley de Drogas de 1990 contemplaba comportamientos específicos de ejecución imperfecta, autoría y participación, al igual que se hace referencia a la fabricación, transporte o distribución de materiales, equipos o precursores químicos con el conocimiento de que se pretende utilizarlos con fines ilícitos de cultivo, producción o fabricación de las drogas ilegales.

Debemos reconocer que están tipificando y sancionando actos preparatorios de una eventual participación en un delito. Asimismo, se sancionaban penalmente

la instigación o inducción pública, la asociación y confabulación para cometer una serie de conductas calificadas como delictivas, con lo cual se estarían tipificando actos preparatorios que se incluyen en los conceptos de conspiración o provocación.

Un examen de Ley 108 nos permitía encontrar la punición de supuestos de autoría mediata, inducción o cooperación necesaria, tipificándose diferentes formas de autoría y participación referente a la organización, gestión o financiación de conductas básicas, e incluso, de conductas preparatorias. Se hace referencia así a la participación, asistencia, incitación, facilitación y asesoramiento de diferentes conductas sancionadas.

El encubrimiento se sanciona tanto para conductas realizadas como para actos preparatorios con lo que se pretende sancionar la conversión o transferencia de bienes para ocultar su origen, o para eludir las consecuencias jurídicas de los responsables, la ocultación o encubrimiento patrimonios, así como la adquisición, posesión o utilización de estos cuyo origen ilícito se conozca en el momento de recibirlos. En este sentido, se diría que se agregó un elemento subjetivo al tipo penal por conocer el encubridor el origen de los bienes quien respondería por un delito independiente.

En esta propuesta expansiva del derecho penal en materia de drogas ilegales se hace referencia al encubrimiento, y se alude también a supuestos de receptación, con lo cual se pretende sancionar el aprovechamiento de sí, como para un tercero, llegándose a penalizar el encubrimiento de partícipes y hasta conductas preparatorias de un acto de receptación o favorecimiento real.

El tratadista Diez Ripolles en su obra arriba citada, al revisar el contenido de la Convención de Viena de 1988 que destaca la idea de la propuesta de derecho penal máximo, expresó que:

Se ha producido un desmesurado avance en el ámbito de la criminalización de comportamientos relacionados de alguna manera con el tráfico y consumo de drogas: se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídicos – penales de mínima intervención y seguridad jurídica (Pag. 471 – 472).

Estas afirmaciones surgen por la punibilidad de conductas preparatorias en grados de autoría y participación, incluido el encubrimiento, o a la inversa por el encubrimiento de actos preparatorios o porque se considere delito el encubrimiento de actos de participación en conductas ejecutivas o preparatorias. Si la historia del derecho penal es la historia de un fracaso, nada mejor para que el fracaso de la política penal seguida a escala internacional desde la famosa Convención de la ONU de 1961, en relación con el tráfico de drogas, pues ninguna de las soluciones técnico – legislativas adoptadas hasta la fecha ha servido para combatir adecuadamente el fenómeno, más bien ha sucedido lo contrario (Muñoz & Acosta, 1991).

#### *Las propuestas del Código Orgánico Integral Penal del 2014*

Previamente vale determinar que la constitución de la República expresa que las adicciones son un problema de adicción 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 de los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos, en ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales, el Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

Frente a la realidad, se nota falta de cultura en cuanto a la prevención, no siendo acto delictivo consumir, ni la tenencia para este objeto ilegal en Ecuador, queda corto el trabajo que se realiza para que se tome a conciencia el dispendio, es así que se puede determinar que una persona con elevados recursos económicos puede adquirir la cantidad que desea consumir, a diferencia de la persona que posee escasos recursos económicos que previo al consumo tendría que delinquir; en este sentido, existiría diferencia entre el consumidor de drogas prohibidas de altos y escasos recursos económicos.

Quien posee recursos económicos propios o familiares puede costear su consumo personal, sin adoptar medios para delinquir previamente, mientras que el consumidor de escasos recursos económicos previo a consumir estas sustancias prohibidas tendría que delinquir ora robando, estafando o convirtiéndose en un micro traficante, conducta que justamente debe ser penalizada. Pero, ¿Que sucede al tratarse de una persona de sexo femenino droga dependiente?, aparte de ejercer cometimiento de delito alguno, optaría por la prostitución para cancelar los valores inherentes al consumo de esta.

Al respecto el Prof. José Sáez Capel de la Universidad de Buenos Aires (UBA) señala que la penalización de la tenencia para consumo de drogas psicoactivas, a más de no ser útil, atenta contra los postulados fundamentales del Derecho Occidental. Desde la misma declaración de los Derechos del Hombre y

del Ciudadano (1789) en su Art. 5 señala que la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause daño a otros. En otro párrafo, el mismo profesor indica la respuesta penal no disuade tal como demuestra la experiencia, sino que, de adverso, afianza el consumo. Y ello es así, porque la vida psíquica (al menos la primitiva) se halla constituida de manera que el despertar del recuerdo del acto prohibido determina el de la tendencia a llevar a cabo dicho acto, tal como sostiene S. Freud, idea mantenida en Opúsculo (2015):

Hemos de reconocer igualmente que cuando el ejemplo de un hombre que ha transgredido una prohibición induce a otro hombre a cometer la misma falta es porque la desobediencia de la prohibición se ha propagado como un mal contagioso, en la misma forma que el tabú se transmite de una persona a un objeto y de este último a otro (Pag. 97).

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador del 2014, entre las novedades que presenta establece un tratamiento punitivo diferenciado para sancionar con mayor o menor punibilidad a los dueños del negocio, y menor punición a los que ayudan al dueño, a los productores, sembradores, transportistas y comercializadores. Las penas propuestas en documentos anteriores no tenían ese trato diferenciado. La Ley de Drogas, 108 de 1990 Ecuador que era una réplica de la Convención de Viena de 1988, en temas relacionados con el tráfico, comercialización y transportación de drogas ilegales en general contemplaba sanciones que no respondían a un concepto de racionalidad y se consignaba una desproporcionalidad por la pena dada con que se castigaban esas conductas.

*Precedente jurisprudencial de la Corte Nacional de Justicia # 12 - 2015*

Con el avance de las políticas del estado Ecuatoriano, y en busca de endurecer la penalidad de quien incurre en delitos de droga, con fecha 22 de septiembre del 2015 la Corte Nacional de Justicia, en suplemento del Registro Oficial # 592, emite un fallo de triple reiteración # 12 – 2015 al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Art. 220.1 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), citando que la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia psicotrópica, estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el Art. 55 del COIP (Corte Nacional de Justicia, 2015).

Este instrumento tiene como fin establecer una norma generalmente obligatoria respecto a la aplicación de las sanciones privativas de libertad a personas cuya responsabilidad sea declarada por incurrir en oferta, almacenamiento, intermediación, distribución, compra, venta, envío, transporte, comercialización, importación, exportación, tenencia, posesión o tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, cuando se trata de más de una sustancia estupefaciente, psicotrópica o preparado que las contengan y en distintas cantidades, según la tipificación contenida en el Art. 220.1 del COIP (Corte Nacional de Justicia, 2015).

La Corte Nacional de Justicia considera que la Ley que contiene al Código Orgánico Integral Penal publicada en el Suplemento del Registro Oficial 180, de 10 de febrero de 2014, vigente en su totalidad desde el 10 de agosto del mismo año,

omite como entender la combinación fáctica entre sustancias y cantidades de estupefacientes, psicotrópicas y preparados que las contengan, a efecto de fijar su punición, por lo que en fechas 14 de julio de 2014 y 14 de septiembre de 2015, se publicaron en los Segundos Suplementos de los Registros Oficiales No. 288 y No. 586, por parte del Consejo Directivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (COSEP), las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala; así como su reforma (Corte Nacional de Justicia, 2015).

El fallo de triple reiteración # 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia, considera que la aplicación punitiva de las escalas que prevé el COIP en su Art. 220.1 y las tablas indicadas por el COSEP, no está resuelta, y que le correspondería a las y los jueces esta actividad, tomando en cuenta principios procesales como: competencia, independencia, imparcialidad, constitucionalidad, debido proceso, proporcionalidad, entre otros. Al respecto la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a través de varios tribunales, en distintas causas llevadas a su resolución por recursos de casación y de revisión, ha decidido que la sanción es acumulativa, con el límite que prevé el Código Orgánico Integral Penal (Corte Nacional de Justicia, 2015).

En cuanto a su aplicabilidad, la pretensión es acumular las penas en relación a la cantidad y sustancias prohibidas sujetas a fiscalización que porte el individuo al momento de su detención, abriendo un panorama jurídico a un concurso de delito, tomando como referencia la tabla indicada por el CONSEP y la sanción punitiva de las escalas que prevé el COIP en su Art. 220.1.

## Ecuador un estado constitucional de derechos y justicia

Para dilucidar de una forma más acertada el contenido de la norma citada, es necesario definir al Estado constitucional, para ello se cita al jurista Ávila (2008):

...c) En el Estado constitucional la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder; en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son a la vez límites del poder y vínculos, límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos (Pag. 22).

Entendiéndose que acorde el Art. 1 de la Constitución de la República, la definición del Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático..., se enmarcaría las normas y actos del poder público con fines propios a los cuales determina este modelo de estado, comprendiendo que el derecho del ciudadano limita al poder estatal por ser de inmediata y aplicación directa, siendo el propio estado quien hace efectivo el goce de los derechos y que pueden ser progresivos.

Al respecto manifestó el profesor Zambrano (2010):

La concepción del Estado garantista es característica del Estado constitucional de derechos, construyéndose sobre la base de los derechos fundamentales de la persona, es decir que: el Ecuador al asumir el rol del garantismo, vincula los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos debidamente constituidos (Pag. 408).

Al conjugar el Estado constitucional con la normativa penal Ecuatoriana, justamente esta última ópera de ultima ratio, interviniendo esta de manera excepcional, cuando no haya alternativa idónea que garantice la protección del bien jurídico. En este sentido, por el desmesurado crecimiento de la penalización de comportamientos relacionados con el tráfico y consumo de drogas, “se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídico penales de intervención mínima y de seguridad jurídica” (Diez, 1991, P-471).

Consecuentemente, al ser necesaria la sanción punitiva de la libertad, el Derecho Penal será una excepción y no la regla, el Estado a través del ius puniendi, excepcionalmente intervendrá con su poder punitivo, cuando los mecanismos extrapenales no sean suficientes para proteger los bienes jurídicos tutelados, de lo contrario, estaríamos frente a un estado absolutista y autoritario. Además, hay que tener en cuenta que el estado intervencionista y la cárcel no son la solución, debido que la intervención penal, y las penas privativas de libertad “en lugar de ejercer un efecto reeducativo sobre el delincuente, determinan, en la mayor parte de los casos, una consolidación de la identidad de desviado del condenado y su ingreso en una verdadera y propia carrera criminal” (Baratta, 1986).

En el caso que nos ocupa, las garantías constitucionales y normativas deben fijarse, sin justificarse la acumulación indiscriminada de penas, so pretexto de proteger un bien jurídico determinado, injustamente las garantías normativas quedan a voluntad de los Jueces de la Corte Nacional de Justicia, que han violentado la democracia del Estado y la supremacía constitucional, no hay argumento legal para que estos decidan implementar una resolución con carácter vinculante que irradie el marco constitucional adoptado por el pueblo ecuatoriano.

## Supremacía constitucional

Sobre las normas que integran el ordenamiento jurídico en Ecuador, la Constitución de la República es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra. Al respecto lo determina el Art. 424 y 425 de la carta magna que justamente referencia la supremacía constitucional. Para reforzar este contenido, cabe citar que la Constitución en base a su naturaleza normativa, es considerada una norma directamente aplicable y fuente de fuentes (Montaña, 2012).

En este sentido, es palpable que todo operador de justicia como principio básico del derecho debe tener en cuenta la supremacía constitucional, aplicarla forma preferente sobre cualquier otra norma. Sólo al concebir este acto se puede mencionar que existe jerarquía constitucional, al respecto mencionó el tratadista Bazán (2007):

...la antigua figura de la “pirámide” en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de “trapezio” en cuyo plano más elevado comparten espacios en constante retroalimentación la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía (Pag. 142).

## Derechos fundamentales

La expresión “derechos fundamentales” hace referencia a aquellos atributos o valores esenciales y permanentes del ser humano que son objeto de protección jurídica. Con esta denominación nos referimos también a los derechos que están reconocidos y garantizados por la Constitución del Estado, que es nivel superior de toda jerarquía normativa. Siendo así, se puede afirmar que los Derechos

Fundamentales son inherentes a las personas, protegidos y garantizados por mandato constitucional. (Salgado, 2012)

La doctrina señala que fundamentales, son aquellos derechos, de los cuales es titular el hombre por el mero hecho de serlo, de tal modo que estos derechos son inherentes al hombre, cualquiera que sea su raza, condición, sexo o religión, debiendo señalar que se designan con varios nombres, como Derechos Humanos, Derechos del Hombre, Derechos de la Persona Humana, constituyen para los ciudadanos la garantía de que todo sistema jurídico y políticos se orientará a su respeto y la promoción del ser humano (García, 2012).

El Diccionario de Derecho Constitucional, Pág. 99, define a los Derechos Fundamentales citando a Louis FAVOREU como: Derechos Fundamentales al conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o derecho público) en virtud de la Constitución, pero también en los textos internacionales protegidos tanto contra el poder Ejecutivo como contra el Poder Legislativo por el Juez Constitucional o el juez internacional.

Es decir, previo a la institución de un Estado, con el fin de reconocer y garantizar los derechos que nacen por necesidad de ser reconocidos y garantizados, siendo la esencia misma del individuo. Los derechos fundamentales, son justiciables plenamente, no tienen frente así haya alguna que les impida ser objeto de conocimiento, cuando sea el caso por parte de la Administración de justicia, así exista ausencia de norma jurídica para protegerlo, pues, ni esa laguna jurídica sirve para aceptar su violación, desechar la acción pertinente cuando sea vulnerado o para reconocer su existencia (Zavala, 2010).

## Bien jurídico protegido

Referente al tema de investigación enmarcando al delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, al respecto el COIP determina en que consiste este delito, pero es necesario entender que bien jurídico se protege. Pues al respecto para una mayor entendimiento sobre el bien jurídico que protege el derecho penal, cabe citar al jurista Zaffaroni (2002):

La legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que estos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. En esos ámbitos se trata de bienes jurídicos tutelados (por la respectiva norma que lo manifiesta). La ley penal solo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional. El derecho penal recibe el bien jurídico ya tutelado y la norma que se deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares y aisladas de lesión al mismo, incluso cuando lo hace por expreso mandato constitucional o internacional (Pag. 486 – 487).

Respecto se determina en la cita precedente, se entiende que el bien jurídico ya se encuentra tutelado antes de ser protegido por el derecho penal, Ecuador siendo un estado constitucional de derechos y justicia social, tutela el bien jurídico en la Constitución de la República, y para hacer más efectiva la protección sintetiza otras normas. Sobre el bien jurídico protegido en la legislación antidroga de América del Sur, sostuvo el tratadista Ambos (1992):

Partiendo de una concepción según la cual el derecho penal deriva su legitimación desde la protección de bienes jurídicos amenazados, se plantea la cuestión de si también el legislador suramericano siguiendo la tendencia extendida trata de justificar las amenaza de sanción del derecho penal de

drogas a través de la protección de la salud pública, es decir, un bien jurídico de gran extensión, que no siempre está en condiciones de comprobar el estándar mínimo del daño social de la conducta penada (Pag. 91).

Sobre esta misma expresión, cabe indicar que la Corte Constitucional del Ecuador, cuando refería al delito de tráfico ilícito de drogas prescrito en la hoy obsoleta Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, reemplazada por el Código Orgánico Integral Penal (2014):

Como bien lo recoge la doctrina, la tipificación establecida en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas es de aquellas denominadas abiertas o en blanco, que han llevado al legislador a establecer una variada gama de descripciones de supuestos fácticos como conductas antijurídicas; estos delitos se los denomina delitos de peligro, y su sanción pretende evitar una futura lesión del bien jurídico protegido, que en este caso es la salud pública... (Pag.7).

Válida la cita anterior, debida que en igual forma la obsoleta Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, sustituida por el Código Orgánico Integral Penal, en ambas se prohíbe el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, casos en que el bien jurídico protegido es la salud pública. Simultáneamente, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia ya referida, determinó:

Los delitos de narcotráfico (en sus diversas categorías penales), se constituyen en delitos contra la salud pública y se los considera ilícitos de riesgo abstracto y de consumación anticipada, por lo que resulta indiferente al ordenamiento jurídico la eventual lesión o perturbación física o psíquica de la persona que llega a consumir la droga objeto de la tenencia ilícita, ya que en este tipo de delitos el sujeto pasivo de la infracción típica -antijurídica,

no se constituye una persona concreta e individual, sino el colectivo social, sobre cuyo bienestar en salud pública es el objeto de protección de la normativa (Pag. 8).

Debido a la dogmática ilustrada por la Corte Constitucional, se entendería que de los múltiples verbos rectores prescritos en el Art. 220.1 del Código Orgánico Integral Penal, no exigen en concreto lesión al bien jurídico protegido, siendo así el delito se cataloga como de peligro abstracto, exponiendo que la conducta del tipo penal amenaza con dañar o lesionar la salud pública (bien jurídico tutelado por la Constitución del Estado), en consecuencia el tráfico ilícito de drogas perjudica en abstracto la salud pública, en base a la mera actividad.

Al respecto, la Constitución de la República en su Art. 32 concordante justamente con el Art. 364 de la misma norma, hacen referencia al derecho de salud, y que las adicciones son un problema de salud pública. Estado se responsabiliza de la prevención del consumo de drogas y la rehabilitación en caso de adicción, no se permite la criminalización de las adicciones, y jamás se vulneran derechos constitucionales respecto al consumo de drogas.

### Principio constitucional de proporcionalidad

Este principio con rango constitucional en el Estado Ecuatoriano, se lo contempla en el Art. 76 de la Constitución de la República, siendo parte de las garantías básicas del debido proceso. Con este énfasis, el Código Orgánico Integral Penal en su Art. 12 refiere a la proporcionalidad junto a los derechos y garantías de las personas privadas de libertad. Para conocer más acertadamente respecto al

Principio de Proporcionalidad, vale hacerlo desde un ámbito doctrinal, para ello vale citar autores que se manifiestan al respecto:

El catedrático Islas Montes (2011) hace referencia a otros autores para referirse a la definición de principio de la siguiente forma: Ronald Dworkin usa el término principio en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de los estándares -que no son normas- que apuntan siempre a decisiones exigidas por la moralidad o impelentes de objetivos que han de ser alcanzados. Manuel Atienza dice que son normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político; etc., o bien exigencias de tipo moral (Pag. 398).

Distinguido jurista en relación a los principios jurídicos hace un valioso y minucioso aporte cuando mencionó Alexy (1993):

...los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. Alexy, al referirse a mandatos sostiene que debe captarse en el sentido de prohibiciones y permisiones (Pag. 86).

De lo manifestado en las citas precedentes, muy acertadamente y para estudios de la dogmática, vale quedarse con lo determinado por el jurista Alexy, los principios jurídicos cumplen una indispensable función del Derecho, primariamente para resolver los casos legales, regulando el contenido y aplicación de la norma, exigiendo su cumplimiento, buscando equilibrar la Ley. Para clarificar, respecto al principio de proporcionalidad, sus sub-principios y al

principio de inocencia, se cita el Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile manera

(2014):

**Idoneidad:** las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido. **Necesidad:** deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. **Proporcionalidad:** deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el Art. 7.3 de la Convención. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas cautelares restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente (Pag. 110).

Para que una medida privativa de libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (Pag. 109).

En estas circunstancias, un juez constitucional al utilizar el criterio de proporcionalidad puede considerar que la inclusión por el legislador de un delito dentro del catálogo de delitos graves viola el principio de legalidad penal. Es una forma de atajar, desde la Constitución misma, la arbitrariedad con la que el legislador se ha conducido en los años recientes al considerar como delitos graves conductas que no lo ameritaban, evitando de esa forma que los imputados por esos delitos tuvieran derecho a la libertad caucional, violando en consecuencia, entre

otros, el derecho a la presunción de inocencia (Carbonell, 2014).

Suele decirse que existe una antinomia o contradicción normativa cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente. Por ejemplo, una norma prohíbe lo que otra manda, o permite no hacer lo que otra ordena, etc.; desde la perspectiva del destinatario del Derecho, el caso es que no puede cumplir al mismo tiempo lo establecido en dos normas: si cumple la obligación vulnera una prohibición, si ejerce un derecho o un permiso incurre en un ilícito (Carbonell, 2014).

### Necesidad de la norma penal

Es aquí la razón de ser del Derecho Penal para justificar la prohibición y sanción de conductas antijurídicas. En este sentido, vale citar a Robles (2012):

...la necesidad se reformula en conceptos jurídico penales como “ultima ratio” o como “indubio pro libertate”. Este principio exige una búsqueda imaginativa de alternativas a la intervención penal que sean igualmente adecuadas a la consecución de los fines, pero menos gravosas. Estas alternativas se hallan tanto fuera del Derecho penal, como fuera del Derecho (Pag. 195).

Dicho esto, cabe dilucidar que si la intervención penal es la medida más adecuada para proteger el bien jurídico en riesgo o si existen medidas alternativas menos gravosas que contribuyen de igual o de mejor manera a la prevención de ciertas conductas delictivas, al respecto determinó Robles (2012):

Ni el principio del medio adecuado menos lesivo, ni el componente de la idoneidad se hallan en primera línea de la agenda urgente de la ciencia jurídico-penal ...Por ejemplo apelando a la prontitud, intensidad y efectividad de la intervención penal para la solución de los problemas penales más graves - exija con firmeza científica el abandono definitivo de la contención, ajena a la realidad, de la teoría jurídico penal para convertir al Derecho penal ...en la “única” o en la “primera ratio” (Pag. 195).

En este sentido, se puede decir que faltaría estudio político – criminal en el Estado ecuatoriano, para referirse sobre la implementación de penas severas, tratar la necesidad y estudio de la pena frente a otras determinadas soluciones, sin llegar a lo penal. Es muy importante destacar que la inflación penal no es el método más aconsejable dentro de la política criminal, pues contrario a lo que se busca con la exagerada regulación penal, esta solo provoca desconfianza respecto a la ley penal, al constituir un “medio de dominio y tiranía ...las democracias ...deben solo como última medida, como medida extrema, utilizar la ley penal como solución a los problemas de desviación social que, en último caso, muchas veces surgen por la desorganización y desigualdad de la propia sociedad” (Zavala, 2002).

Debe examinarse la necesidad de la norma, su lesividad, que asegure un equilibrio jurídico entre juridicidad e idoneidad y necesidad de la pena. Recordad “el componente de la necesidad contradice la costumbre ciega de reaccionar ante una barbaridad con otra mayor” (Robles, 2012).

Para justificar la intervención penal, se debe analizar si la norma penal es idónea o no para cumplir su objetivo y si la medida que se va a emplear es la menos lesiva en analogía con los derechos fundamentales que se verán afectados por la intervención penal. Evitando “la arbitrariedad, el abuso y la tiranía de la pena

desproporcionada, inadecuada e inútil” (Zavala, 2002).

Se entiende que la idoneidad busca determinar la eficacia de la sanción, y la necesidad la eficiencia de la sanción, o sea que de entre todas las alternativas posibles para prevenir y sancionar el delito. Al determinar que la norma de sanción cumple con la mera necesidad, se debe examinar el carácter de subsidiariedad de la norma, desde un punto de vista externo debe buscar alternativas al Derecho Penal, y desde el punto de vista interno debe buscar penas alternativas. Al referirse al juicio de necesidad, vale citar al jurista Lopera (2008):

...el juicio de necesidad de la norma de sanción se desdobra en dos fases: en un primer momento, se orienta a verificar si no existen medios extra-penales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; en un segundo momento, una vez constatado que para dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase y cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva (Pag. 280).

En base al criterio de este último jurista Lopera, se entiende que el proceso penal es de última ratio, y que previamente se deben evaluar otras alternativas como mecanismos extrapenales. Como se establece de última opción el ordenamiento penal, una vez probados elementos extrapenales, justamente valdría tomar medidas coercitivas acorde la gravedad de la lesión que se produce en el bien jurídico por el actuar delictivo, toda acción apegada al ordenamiento constitucional, legal y procesal de la materia. Respecto a soluciones extrapenales para la omisión del delito, manifestó el jurista Lopera (2008):

...buscar alternativas a la sanción penal que garanticen una razonable tutela de los bienes jurídicos y hagan efectivo el postulado de última ratio, pues la posibilidad de aplicar sanciones menos severas que las penales sin disminuir su eficacia preventiva depende de que esta menor severidad se pueda compensar con una mayor certeza en su imposición, lo que a su vez requiere matizar el alcance de aquellas garantías que pueden afectar dicha certeza. Por tanto, es preciso admitir la existencia de diferentes niveles de garantías, que se incrementan de acuerdo a la gravedad de las sanciones a imponer y alcanzan su mayor cota en el caso de las penas, siempre y cuando dicha escala tenga como umbral mínimo un conjunto básico de garantías que deben acompañar la imposición de cualquier sanción (Pag. 284).

Descartados los mecanismos no penales para la prevención del delito, y no habiendo solución alguna, se debe recurrir al Derecho Penal, y tratar de buscar la sanción penal menos agresiva para la solución del problema; es aquí el centro de la necesidad, habiendo una norma penal para la sanción del delito, y al emplear una sanción más agresiva contra el problema, aquello no garantiza una necesidad idónea. Sería inconstitucional, al existir una regla determinada que sanciona la conducta rígidamente y que no siendo eficaz ni eficiente, su efectividad no mejora aumentando la penalidad, en este sentido el problema no está en la sanción sino en los mecanismos extra – penales que complementan al Derecho Penal para prevenir la conducta antijurídica.

### Principio procesal de legalidad

En Ecuador, el principio procesal de legalidad concordante con el principio de acción, lo garantiza la Constitución de la República. Principios procesales que

además reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Art.

11.2 y en la Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 9. De la norma citada, se determina que estos principios se refieren al principio de acción, tipicidad y derecho penal de acto, aspectos recogidos por la doctrina dentro del Código Orgánico Integral Penal. Al respecto se refirió al derecho penal de acto el jurista Silvestroni (2007):

La consagración de la acción humana como presupuesto para la aplicación de una pena constituye el pilar fundamental del denominado derecho penal de acto contrapuesto al derecho penal de autor. Solo la acción y nada más que ella puede ser desvalorada por el derecho y, consecuentemente, merecedora de una reacción coactiva. En el derecho penal de acto las leyes pretenden regular conductas y prevén sanciones para el incumplimiento de las expectativas normativas. La persona en sí misma, sus características, su personalidad, sus ideas, no son objeto de desaprobación legal, porque todos tienen derecho de vivir, de ser y de pensar en condiciones de igualdad, esto es, en un marco de tolerancia a la diferencia. El derecho penal de autor desvalora a la persona por lo que es mientras que el de acto por lo que hace o deja de hacer (Pag. 151).

En base aquello, también refirió que existe íntima relación entre el principio de acción y la tipicidad, indicando el jurista Silvestroni (2007):

...la adopción de un derecho penal de acción no solo tiene por efecto descartar la posibilidad de desvalorar meras situaciones o eventos o estados de cosas, sino que presupone una específica técnica legislativa para individualizar el hecho objeto de sanción. Como ese hecho es una acción, la única forma de individualizarla es mediante la utilización de tipos legales que contengan una descripción de la conducta prohibida. Por ello, considero que del principio constitucional de la acción nace un principio derivado que es el principio de tipicidad... En general, las modernas constituciones y tratados de derechos

humanos prevén expresamente a la acción como objeto de referencia normativa y como antecedente de la sanción penal.. lo que permite descartar de plano el derecho penal de autor y todas sus derivaciones (Pag. 152).

Al referir a la tipicidad, la normativa penal en base a hechos supuestos, determina las características que la conducta humana debe incoar para ser considerada delito. La conducta humana prohibida, obtiene como sinónimos al hecho, acto o acción; una vez consumada debe encuadrarse correctamente a la descripción hipotética que realizó el legislador, para determinar que esa conducta es prohibida. La tipicidad, es parte sustancial del delito, determina si la conducta humana es o no un acto típico. Principio de tipicidad íntimamente ligado al principio de legalidad, ya que el tipo penal es la objetivación del principio de legalidad, pues en él se describen de manera precisa las conductas intolerables para el Estado (Zavala, 2002).

Respecto al principio de legalidad debe ser respetado como parte medular del Derecho Penal moderno, y que es además una garantía básica para los ciudadanos. En efecto este principio se concreta a través de la tipicidad y mediante esta, se van describiendo los distintos delitos en particular (Zavala, 2002).

La tipicidad cumple varias funciones fundamentales, refirió Albán (2011):

**a)** Sirve para la aplicación del principio de legalidad (no hay delito sin ley previa) y, por lo tanto, para afirmar la garantía jurídico-política que este principio encierra, es decir que todo ciudadano sepa qué es lo que puede y lo que no puede hacer... **b)** La tipicidad es un indicio de antijuridicidad, la tipicidad no tiene una significación valorativa, sino que es puramente descriptiva y objetiva; **c)** La tipicidad tiene además una fundamental función procesal. La comprobación de la tipicidad de una conducta es un requisito básico para iniciar y continuar el proceso penal (Pag. 155 – 156).

Al estar la tipicidad integrada por varios elementos, con la finalidad de conformar los tipos penales, la conducta quedara señalada de forma clara, para determinar si el acto es típico debe contener varios elementos; dentro de esta investigación solo es necesario citar los siguientes elementos, pues son los que integran el tipo penal de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, añadió Albán (2011):

- a) Núcleo: Es el elemento central de la tipicidad, el que determina y delimita el acto ejecutado por la persona. Al ser, pues, una conducta, suele fijarse en la ley el núcleo mediante un verbo en infinitivo...
- d) Referencias al objeto material: En ciertos delitos hace falta que el delito recaiga en determinado objeto material..
- g) Elementos normativos: En algunos casos, también se incluyen en las descripciones típicas ciertos elementos que la doctrina califica como normativos, pues se refieren a disposiciones, limitaciones o presupuestos de carácter jurídico que deben cumplirse para que haya tipicidad... (Pag. 157 – 158).

Finalmente, con respecto al principio de legalidad, la CorteIDH sostuvo en el caso *Fermín Ramírez vs Guatemala* (2005):

El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable, el Art. 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas acciones u omisiones delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible. Al respecto, la Corte ha establecido: ...Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, ...la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales (Pag. 251).

**Es en esta parte de la investigación, donde al autor del presente estudio investigativo le toca narrar en lo referente ya manifestado sobre las distintas normas y tratadistas citados,** al respecto lo que atrajo la penalización de drogas a Ecuador, y como posteriormente fue modificándose en territorio nacional, hasta el punto de llegar a confundirse los términos jurídicos que erradamente conllevan a una desproporcionalidad de la pena en esta área del derecho penal. La Convención de Viena de 1988 que dio origen a la Ley de droga en Ecuador en 1990, con la finalidad de perseguir el narcotráfico por medio del decomiso de bienes producto de las actividades ilícitas.

La ley de drogas en Ecuador, apegada a las directrices de la Convención de Viena de 1988 pero se expandió al objeto material que incluye a los precursores químicos, sin embargo esta sancionaba la tenencia para el consumo, pero si la droga ya había sido consumida no había responsabilidad penal, sino un problema de salud. Posteriormente con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, ofrece sancionar con mayor punición a los dueños del negocio, y menor punición al que colabora con los dueños.

Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia, considera que la Ley que contiene el COIP, omite como entender la combinación fáctica entre sustancias y cantidades de estupefacientes, sicotrópicas y preparados que la contengan, a efecto de fijar su punición. Razón por la cual, con fecha 14 de julio del 2014 y 14 de septiembre de 2015, se publicaron en los segundos suplementos de los Registros Oficiales # 288 y 58, por parte del Consejo Directivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP), las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico

ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala.

Ecuador siendo un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cuya norma suprema es la Constitución en la que garantiza derechos fundamentales de la persona protegidos y garantizados por mandato constitucional, enfocando al tema de estudio, el bien jurídico protegido que la norma destaca es la salud pública, en los actos delincuenciales o faltas cometidas por el ciudadano se establece la debida proporcionalidad de la pena, así como también la legalidad de la misma, no se sancionan actos no tipificados por la Ley, se rescata que la finalidad de una sanción o penalidad es la rehabilitación social y la reparación integral de la víctima.

#### Preámbulo jurídico legal vigente que sanciona el tráfico ilícito de drogas en Ecuador

Respecto al delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, el COIP, Art. 220 tipifica este delito refiriendo expresamente al numeral uno donde se enmarca esta investigación, destacando que este artículo no posee un estudio pormenorizado de este tipo penal. En lo referente, conjuntamente al análisis jurídico de la Resolución # 12 - 2015 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia se determinarán los por menores del tipo penal que se trata.

Para complementar el contenido de este tipo penal, es muy importante referirse a la tabla vigente de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito. Resolución del CONSEP No. 1. publicada en el Registro Oficial Suplemento 586 de 14 de septiembre de 2015<sup>1</sup>.

Véase en apéndices A:

De igual manera, en este particular el Pleno de la Corte Nacional de Justicia emitió el fallo de triple reiteración al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Art. 220.1 del COIP. La persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia psicotrópica, estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el Art. 55 del COIP. Resolución de la Corte Nacional de Justicia No 12-2015. Registro Oficial Suplemento 592 de 22 de septiembre del 2015 <sup>2</sup>.

Véase en apéndices B:

#### Derecho comparado respecto al tema de estudio

Diversas son las respuestas que ofrecen los países del mundo sobre el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, y la tenencia para uso personal, en este sentido se cita América del Norte, exceptuando a Estados Unidos y Alaska, América Central, América del Sur, África, Oceanía, Asia y Europa, analizando países específicos:

**América del Norte: Canadá:** La venta de Cannabis es legal sólo a usuarios medicinales, al igual que la tenencia, el consumo, o el cultivo. **México:** Si bien el cultivo está prohibido, está despenalizado el consumo de sustancias cuando no supere determinadas cantidades (Rebouças, 2015).

**América Central: Belice, Honduras, Costa Rica, Guatemala:** Si bien está todo prohibido, se están discutiendo proyectos para despenalizar el consumo, la tenencia o el cultivo. En el resto de los países está prohibido, excepto en **El**

**Salvador** que ha legalizado la tenencia, el consumo o el cultivo, con alguna limitación (Rebouças, 2015).

**América del Sur: Colombia, Perú, Paraguay, Ecuador:** Son países donde el cultivo está prohibido, pero la tenencia y el consumo, están despenalizados en el caso de no superar determinadas cantidades. **Brasil y Uruguay:** La tenencia o el consumo, no son penalizados cuando un juez determine que es para consumo personal. **Argentina y Chile:** Todo está prohibido por la ley, pero se están debatiendo proyectos para modificar la situación. **Bolivia, Venezuela, Guyana, Suriname, Guyana Francesa:** Todo se encuentra prohibido y no tienen en miras modificar su situación legal (Rebouças, 2015).

**África:** En todo el continente se encuentran prohibidos legalmente el consumo, la tenencia y el cultivo, al menos de marihuana, que sirve como parámetro de droga relativamente blanda. Hay una excepción: **En Mozambique** cuando la tenencia/consumo y hasta el cultivo también, cuando no supera determinadas cantidades están despenalizados, aunque se aplican sanciones de multa (Rebouças, 2015).

**Oceania: Australia:** El consumo, la tenencia y el cultivo, cuando no supera las cantidades que fija la ley, están despenalizados. De los demás países hay poca información pero en general está prohibido (Rebouças, 2015).

**Asia:** En gran parte del continente la tenencia, el consumo o el cultivo, al menos de cannabis, está totalmente prohibido. Pero hay varias excepciones: **Israel:** Con respecto al cannabis, la venta, el consumo, la tenencia, y el cultivo, cuando tengan fines medicinales están no solo despenalizados, sino que legalizados. **Irán:** El consumo o la tenencia están despenalizadas cuando no supera cantidades

determinadas. El cultivo en cambio está legalizado, pero solo con fines industriales como la fábrica de telas. **India:** La venta de cannabis, el consumo, la tenencia y el cultivo, están no solo legalizadas sino también legalizadas cuando involucre fines religiosos o rituales (Rebouças, 2015).

En **Corea del Norte** se da una situación especial con respecto al cannabis, ya que ni la venta, ni la tenencia, el consumo o el cultivo se encuentran prohibidos. Por lo tanto la venta es absolutamente libre. **Rusia:** La tenencia y/o el consumo están despenalizadas cuando no supera ciertas cantidades, aunque igualmente se aplican multas. El cultivo al menos de cannabis se encuentra totalmente prohibido.

**Europa: Alemania, Hungría, Noruega, Lituania, Dinamarca:** Son países donde el cultivo está penado, pero la tenencia o el consumo cuando no supera determinadas cantidades está despenalizado. Igualmente se aplican multas.

**Portugal, Estonia, Austria:** Es el mismo caso que en los países nombrados recién, pero sin tener la multa como sanción. Alcanza para no aplicarse la pena, que la tenencia o el consumo no supere determinadas cantidades. **Eslovenia, Croacia, Suecia, Irlanda, Francia:** Aquí el cultivo también es ilegal, pero el consumo o la tenencia están despenalizadas, aunque cuando el juez determine que es para consumo personal. Igualmente se aplican sanciones administrativas, como multas (Artour, 2016).

**Suiza:** Despenaliza el cultivo y el consumo cuando no exceda determinadas cantidades, y agrega algo muy importante que es la despenalización del cultivo con fines industriales. **Italia y Luxemburgo:** Tanto el cultivo, como la tenencia o el consumo, cuando no excede las cantidades permitidas está despenalizado, aunque se aplican sanciones multatorias. **Finlandia:** Esta despenalizado el cultivo, el

consumo o la tenencia, pero no se guían por cantidades, sino que es el juez quien determina si es para consumo personal el cultivo o el consumo/tenencia.

**Inglaterra:** El consumo o la tenencia, cuando el juez determine que es para consumo personal, no será penalizado, pero el cultivo es ilegal al menos de cannabis.

**Grecia:** El consumo o la tenencia están despenalizados cuando no superen determinadas cantidades, pero el cultivo solo no será penado si el juez determina que es para consumo personal. **Bélgica:** Están despenalizados tanto el consumo como la tenencia o el cultivo, al menos de cannabis, cuando no supere determinadas cantidades. **República Checa:** La venta de cannabis es totalmente legal, para usos medicinales. El consumo y cultivo está sujeto a no exceder las cantidades determinadas por la ley.

**Holanda:** La venta de cannabis está totalmente permitida (legalizada) aún con fines recreativos, pero con ciertas limitaciones como que sea hecho en lugares especializados. El consumo personal y la tenencia están despenalizados en caso de no superar determinadas cantidades. Pero se encuentra prohibido el cultivo (Artour, 2016).

**España:** La venta está legalizada, pero sólo en clubes de cultivo. La tenencia, el consumo y el cultivo se encuentran despenalizadas cuando el juez determina que es para propio consumo. En el resto de los países europeos, que son relativamente pocos, se encuentra prohibido el consumo, la tenencia, y hasta el cultivo al menos de cannabis.

### **Clasificación que involucra otros datos:**

1. Están aquellos que consideran delito a la conducta de posesión y/o consumo de estupefacientes, con la alternativa de poder suspender el proceso o la ejecución de la sentencia si el usuario se somete a un tratamiento terapéutico o educativo, entre ellos **Argentina, Brasil, Alemania, Francia, Suecia, Inglaterra**. (Jhons, 2016).

Debe señalarse que, en la práctica en países como **Alemania, Francia e Inglaterra**, los fiscales pueden desistir de la acción por considerarlo un delito menor, o los usuarios pueden recibir una advertencia por parte de la policía (Scotland Yard) y ser acompañados a los servicios de salud o agencias sociales para que sigan un tratamiento o un consejo.

2. Hay otros países donde la tenencia es considerada una mera contravención por ejemplo **España, Italia y Chile** (en este último sólo ciertas situaciones especiales como la de portar estupefacientes en lugares públicos). Cabe agregar que en **Italia**, quien es hallado con drogas para uso personal es susceptible que se le impongan sanciones administrativas como la cancelación del registro, la incautación del pasaporte, etc (Jhons, 2016).

3. Asimismo, hay países que han desincriminado la tenencia de cierto tipo de estupefacientes para uso personal en especial, por ejemplo la marihuana en el caso de **Bélgica**.

4. Hay países que han desincriminado la tenencia de drogas para uso personal en general como **Uruguay, Perú y Portugal**.

5. Hay países donde se da una situación especial, como **Holanda**, en el cual

se encuentra penalizada la tenencia de droga para uso personal, pero se permite la venta en ciertos lugares especiales como los “coffee shops”.

Debe destacarse, al contrario de lo que todo el mundo cree, que se encuentra criminalizada la tenencia de drogas en Holanda con ciertas limitaciones, pero los fiscales están autorizados a no promover la acción. Se hace mención y analiza algunas de estas situaciones particulares:

– **Coffee Shops:**

Los coffee shops de Amsterdam, al igual que en otras ciudades de Holanda, son cafés o bares que cuentan con habilitación de las autoridades de la ciudad para vender marihuana a sus clientes. Esto no significa que el consumo de drogas sea legal en Holanda; sólo quiere decir que se tolera el consumo controlado y en pequeñas cantidades de las llamadas "drogas blandas". Estos bares están identificados por una etiqueta especial otorgada por la municipalidad donde consta que el local está habilitado y deben respetar una serie de requisitos o en su defecto arriesgan el pago de multas importantes y hasta el cierre definitivo de su negocio.

Según estas condiciones, se exige que el local no posea más de 500 gramos de hierba en existencia, que no se vendan drogas duras, no vender a menores de 18 años (se piden documentos), no vender más de 5 gramos por persona, no vender alcohol y que no haya disturbios, no hacer publicidad de la venta de drogas. Cabe aclarar que si bien el consumo personal y responsable de marihuana es tolerado, cualquier persona detenida en posesión de más de 5 gramos de hierba, que conduzca bajo los efectos del cannabis o que intente venderla o comprarla fuera de los locales habilitados arriesga ir a prisión. Por supuesto también es totalmente ilegal salir de Holanda con marihuana, cualquiera sea la cantidad, y los controles

son muy estrictos.

Últimamente estos sitios han cambiado su normativa, la cual limita la venta de cannabis a los propios holandeses o ciudadanos con permiso de residencia, que deberán inscribirse como miembros de los *coffee shops* para acceder a esta sustancia, convirtiéndose de esta manera en una especie de clubs privados que podrán tener un máximo de 2.000 miembros. (Alis, 2016).

#### – Autocultivo

Es una tendencia cada vez más propicia debido al que el producido final artesanal suele ser “natural” por tener nada o baja cantidad de productos químicos y utilizar métodos de cultivo y almacenamiento más saludables. Esto se traduce a una importante reducción de riesgo en la salud de la persona que consume. Tenemos que agregar que el aumento del autocultivo entre los consumidores trae como consecuencia una baja en el consumo de las drogas llamadas “químicas” que, con excepciones, tienen reputación de ser más peligrosas por la poca información que hay de ellas producto de la prohibición. También aleja a los consumidores del mercado ilegal para poder conseguir sustancias.

Con respecto al cannabis en particular, que podría decirse que es droga ilegal con mayor tolerancia social actualmente, hay muchos proyectos en tratamiento en diferentes países para despenalizar, y hasta legalizar en algunos casos, el consumo personal. Algunos de los argumentos es que la prohibición beneficia económicamente al narcotráfico, ya que la despenalización bajaría drásticamente el precio, como también una mayor calidad en los productos.

Estos proyectos se están tratando actualmente en **Uruguay, México, Colombia, Chile, Argentina**, por ejemplo, dentro de Latinoamérica existen

muchos países con un aparente vacío legal en el tema, por lo que en general entienden que “lo que no está prohibido está permitido”, como reza el principio jurídico. Un claro ejemplo es el caso de **España** que sólo prohíbe el cultivo para la venta, pero no para el consumo personal (Alis, 2016).

– **Clubes de cultivo** (Alonso, 2016):

Los Clubes Sociales de Cannabis (CSC) son asociaciones de personas usuarias que se organizan para autoabastecerse sin recurrir al mercado negro. Se basan en el hecho de que el simple consumo de drogas ilícitas no ha sido nunca un delito en la legislación de algunos países por ejemplo España. Aprovechando ese hueco legal, desde hace años existen clubes privados que producen cannabis para su distribución sin ánimo de lucro en un circuito cerrado de adultos previamente usuarios.

Desde su aparición, alrededor de 2002, los CSC han permitido que varios miles de personas dejen de financiar el mercado negro y conozcan la calidad y origen de lo que consumen, generando puestos de trabajo y recaudación de impuestos, y todo ello sin necesidad de denunciar los tratados de la ONU sobre drogas. Por la naturaleza y forma de funcionamiento de dichos clubes, se puede plantear además un debate acerca de la conveniencia de dejar de lado la defensa de modelos alternativos de regulación basados en la creación de un circuito comercial abierto, similar al del alcohol o el tabaco, optando en cambio por un modelo consumista y no lucrativo, que evita muchos de los riesgos inherentes a un mercado dominado por la búsqueda de beneficios económicos.

## Referentes empíricos

En cuanto al abordaje de los resultados empíricos precedentes sobre el tema tratado con una posición crítica, vale citar lo estudiado en tesis doctorales por estudiosos del derecho: Al respecto en la tesis doctoral de la Universidad de Granada refiere Araujo (2009):

La pena, conforme la concebimos, es un instrumento político-criminal que presenta finalidad de naturaleza exclusivamente preventiva: tanto en la perspectiva preventivo-general positiva integradora, como en la vertiente preventivo-especial. De este modo, la pena debe actuar con el propósito de prevenir futuros delitos y de proteger la sociedad. Así, la pena no consiste en un mecanismo de mera retribución o venganza, puesto que el Estado debe alcanzar, a través de esta importante consecuencia jurídica, la protección de sus bienes jurídicos, el fortalecimiento de una conciencia social del derecho, la reafirmación del juicio de reprobación social de la conducta delictiva y, sobre todo, la resocialización y recuperación del penado (Pag. 101).

También compartimos la idea de que la prevención debe actuar de forma limitada, es decir, la actividad punitiva debe observar los contornos legales inherentes al Estado social y democrático de Derecho, como la dignidad humana, el principio de intervención mínima del Derecho penal y, especialmente, el principio de culpabilidad y de proporcionalidad (Pag. 102).

Ahora bien, cabe destacar la tesis doctoral de la Universidad de Granada, con respecto a la acumulación de penas, jurídicamente denominado concurso de infracciones, lo cual sostuvo Alvarez (2007):

La diferencia entre el concurso ideal y el concurso real está precisamente en el desvalor de acción, pues en el primero la acción es única y en el segundo son múltiples las acciones desvaloradas. En consecuencia, la concurrencia

ideal merece un tratamiento sancionador diferenciado al de la concurrencia real y además éste debe ser más benévolo. La necesidad de un tratamiento punitivo distinto para la concurrencia ideal de la real viene exigida por el principio constitucional *ne bis in idem* y por el principio de proporcionalidad de las penas. Si la acción que constituye el sustrato de valoración es idéntica para cada una de las infracciones en concurso, el desvalor de la misma no puede ser tratado de la misma manera que si las acciones fuesen distintas, pues el desvalor que supone la reiteración de las acciones es muy superior. Siendo esto así, una solución punitiva idéntica para ambos supuestos vulnera el principio de proporcionalidad de las penas al tratar de la misma manera situaciones desvaloradas de manera diferente. Pero además constituye una vulneración del principio constitucional *ne bis in idem* ya que en un supuesto de concurso ideal hay una identidad fáctica y si se duplican las penas aplicando las reglas del concurso real, se sanciona dos veces un mismo hecho (Pag. 104).

Idea similar se destacó en la tesis doctoral de la Universidad de Salamanca, que sostuvo Estéfano (2010):

La distinción entre *concurso ideal* y *concurso real* deberá continuar porque en el concurso ideal, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad se suceden en el mismo momento y en el mismo espacio, lo que les da la misma significación para todos los delitos. En tanto que en el concurso real la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad por presentarse en tiempo diferente para cada delito pueden tener variaciones, lo que haría decir que cada delito es distinto respecto de los demás, no sólo por ser distintos el bien jurídico lesionado o el titular de éste, sino en los elementos que lo conforman. Además, si la opinión dominante se decide por un *derecho penal de acto* y no de autor, este principio obliga a la distinción entre *concurso ideal* y *concurso real* (Pag. 109).

La denominación para la figura del concurso de delitos no ha tenido opinión común, y ni la tendrá. Aceptamos la denominación concurso de delitos por

ser la de mayor tradición, la más difundida, la más conocida y la más expresiva para la respuesta que se busca dar con esta institución jurídica, la cual se refiere a la determinación de si, en el caso concreto, existen dos o más delitos según la estructura de los tipos penales, toda vez que el juicio completo que debe darse no se circunscribe sólo a si se realizan una o varias acciones o uno o varios tipos penales, sino que, además debe existir antijuricidad y culpabilidad, pues si esto no se presenta, podrá existir concurso de tipos pero no *concurso de delitos* (Pag. 114).

Sin embargo, para reforzar el criterio anterior vale mencionar que el principio de proporcionalidad juega un papel preponderante entre la pena y la acumulación de penas, justamente vale citar a LAURA CLÉRICO, en su tesis doctoral “El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional”, define que el principio general de la proporcionalidad se compone de tres subprincipios: 1) idoneidad, 2) necesidad y 3) proporcionalidad, que también es denominado “principio general de la proporcionalidad en sentido estricto (Clérico, 2009).

**Es en esta segunda parte de la investigación, donde al autor de este proyecto le toca pronunciarse respecto a la información citada,** sosteniendo que el fallo de triple reiteración # 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia, considera que la aplicación punitiva de las escalas que prevé el COIP en su Art. 220.1 y las tablas indicadas por el COSEP no está resuelta, y que les correspondería a las y los jueces esta actividad. Acumulando penalidades en relación a la cantidad y sustancias prohibidas sujetas a fiscalización que porte el individuo al momento de su detención, tomando como referencia la tabla indicada por el CONSEP y la sanción punitiva de las escalas que prevé el COIP en su Art. 220.1.

Resolución que trae consigo una forma de acumulación de penas en delitos de droga que no se sujeta jurídicamente a un concurso de infracciones, pues la dogmática jurídica solo hace referencia a dos tipos: Concurso Ideal de Infracciones, como al Concurso Real de Infracciones, no obstante al no sujetarse la sumatoria de penas a estas terminologías, bien acertaríamos que el fallo de triple reiteración lo hace de forma empírica, contraviniendo el principio constitucional de proporcionalidad, así como el principio procesales de legalidad. Respecto al cuidado en la aplicabilidad del concurso de infracciones, una aplicación incorrecta de esta norma podría generar una ampliación irracional del poder punitivo, además de la posibilidad de imposición de facto de penas de prisión vitalicias por la vía de la acumulación aritmética de penas (García, 2014).

Con la aplicación del fallo de triple reiteración que tiene carácter vinculante de cumplimiento obligatorio por los jueces inferiores, se estaría penalizando con pena privativa de libertad acumulada a consumidores y micro traficantes que ejercen el expendio en poca escala y según la variedad de sustancia estupefaciente y psicotrópicas, obviándose que quienes deben llevar la pena agravada deben ser los narcotraficantes dueños y productores de las sustancias prohibidas sujetas a fiscalización, sin embargo para estos ultimo la pena estaría hasta los trece años, situación jurídica que vulnera Derechos Humanos en cuanto a la proporcionalidad y legalidad de la pena.

## CAPÍTULO METODOLÓGICO

### Enfoque de la investigación

En cuanto al diseño de la presente investigación es cualitativo, debido que las investigaciones cualitativas no se planean con detalle y están sujetas a las circunstancias de cada ambiente o escenario particular. En este sentido, el diseño refiere al abordaje general que se utiliza en la investigación, mismo que va focalizado desde el problema planteado hasta la inmersión inicial y el trabajo de campo y, desde luego, va sufriendo modificaciones, aun cuando es más bien una forma de enfocar el fenómeno de interés (Hernández, 2006).

La labor investigativa jurídico descriptivo, toda vez que conforme la investigación planteada, al investigador le corresponde aplicar el método analítico del tema jurídico, descomponiéndolo en diversas partes coherentes concatenadas entre sí, donde se vislumbre la idea central apegada al derecho procesal concordante con los principios constitucionales del estado constitucional de derechos y justicia social.

El diseño investigativo fue escogido para demostrar que la aplicación del fallo de triple reiteración # 12 – 2015 con carácter vinculante, que trae consigo una pena privativa de libertad acumulada en relación al tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, situación que vulnera derechos fundamentales inherentes al ser humano, como el principio constitucional de proporcionalidad y el principio procesal de legalidad, consecuencias reflejadas al imponerse la sanción en juicio penal. A fin de dar respuestas a los objetivos planteados.

## **Alcance**

Investigación Exploratoria, es la que se realiza para conocer el contexto sobre un tema que es objeto de estudio. Su objetivo es encontrar todas las pruebas relacionadas con el fenómeno del que no se tiene ningún conocimiento y aumentar la posibilidad de realizar una investigación completa (Semerena, 2018).

Con este trabajo investigativo el autor de este proyecto de tesis focalizando sus argumentos acorde los objetivos planteados, pretende analizar y demostrar jurídicamente desde un punto de vista académico y práctico el fallo de triple reiteración constante en la Resolución No 12- 2015, en la cual el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, resolvió sancionar con pena privativa de libertad acumulada según la sustancia psicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga y su cantidad.

Resolución que trae consigo una forma de acumulación de penas en delitos de droga que no se sujeta jurídicamente a un concurso de infracciones, pues la dogmática jurídica solo hace referencia a dos tipos: Concurso Ideal de Infracciones, como al Concurso Real de Infracciones, no obstante al no sujetarse la sumatoria de penas a estas terminologías, bien acertaríamos que el fallo de triple reiteración lo hace de forma empírica, contraviniendo el principio constitucional de proporcionalidad, así como el principio procesales de legalidad.

Investigación Descriptiva, es la que se utiliza tal como el nombre lo dice, para describir la realidad de situaciones, eventos, personas, grupos o comunidades que se estén abordando y que se pretenda analizar. En este tipo de investigación la cuestión no va mucho más allá del nivel descriptivo; ya que consiste en plantear lo más relevante de un hecho o situación concreta (Universia, 2017).

Ecuador siendo un estado constitucional de derechos y justicia, que acorde sus principios procesales figura derechos y garantías a quién incurra en cierto tipo de delito, esto por cuanto enmarca derechos de protección a toda persona, para que en ningún caso quede en indefensión. En el caso que nos ocupa inherente a los delitos de droga, la Constitución de la República determina que las adicciones son un problema de salud pública, que al mismo le corresponde 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 vulneraran sus derechos constitucionales.

Sin embargo en la práctica, con la aplicación del fallo de triple reiteración que tiene carácter vinculante de cumplimiento obligatorio por los jueces inferiores, se estaría penalizando con pena privativa de libertad acumulada a consumidores y micro traficantes que ejercen el expendio en poca escala y según la variedad de sustancia estupefaciente y psicotrópicas, obviándose que quienes deben llevar la pena agravada deben ser los narcotraficantes dueños y productores de las sustancias prohibidas sujetas a fiscalización, sin embargo para estos ultimo la pena estaría hasta los trece años.

Investigación Explicativa, ya no solo describe el problema o fenómeno observado, sino que se acerca y busca explicar las causas que originaron la situación analizada. En otras palabras, es la interpretación de una realidad o la explicación del por qué y para qué del objeto de estudio; a fin de ampliar el “¿Qué?” de la investigación exploratoria y el “¿cómo?” de la investigación

descriptiva. La investigación de tipo explicativa busca establecer las causas en distintos tipos de estudio, estableciendo conclusiones y explicaciones para enriquecer o esclarecer las teorías, confirmando o no la tesis inicial (Universia, 2017).

Es lógica jurídica que ningún drogo pendiente, va a pesar la cantidad de droga que soporte para consumo, ya que, si encuentra droga a menor precio que lo normal, la acopiará comprando la mayor cantidad posible para no estar desabastecido. En tal sentido, con la aplicación del fallo que se hace referencia, se corre el riesgo de que un enfermo por su adicción a las drogas termine criminalizado y preso por exceder la dosis máxima de tenencia para el consumo.

Consecuentemente, con el presente trabajo investigativo se busca demostrar que no existe viabilidad jurídica para aplicar la acumulación de pena en relación al tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, que no es la forma legal de sancionar al ciudadano micro traficante, acto que se puede llegar a confundir entre un micro traficante y la persona consumidora que enfrenta problemas de salud, que donde se debería ser agresivo, es en las penas con los narcotraficantes, solo si se lograría que en este enfoque prevalezca, el principio constitucional de proporcionalidad dentro de un estado constitucional de derecho y justicia.

### **Tipo de Investigación**

No experimental de corte transversal, donde se realiza sin manipular deliberadamente variables; es decir, investigación donde no varía intencionalmente las variables independientes. Lo que hace en la investigación no experimental es observar fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después

analizarlos. La investigación no experimental o *expost-facto* es cualquier investigación en la que resulta imposible manipular variables o asignar aleatoriamente a los sujetos o a las condiciones; de hecho, no hay condiciones o estímulos a los cuales se expongan los sujetos del estudio; los sujetos son observados en su ambiente natural, en su realidad (Minguela, 2010).

Investigación realizada en tiempo presente y en ella se analiza lo inherente al concurso de infracciones aplicado en esta clase de delitos, la transcripción de los fallos elegidos en el precedente, donde uno de ellos fue decidido mediante Recurso de Revisión y los otros probablemente en Casación, lo que supone una diferencia fundamental en orden a la naturaleza y objeto distintos de cada procedimiento; y, que varios de ellos se refieren a procesos iniciados con la vigencia de la derogada Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por lo que se infiere que los problemas jurídicos planteados para decisión de la Corte Nacional, habrían sido los de favorabilidad de la ley posterior menos rigurosa.

El COIP en sus Art. 20 y 21, y la dogmática de manifiesto para un mayor entendimiento clarificado respecto al concurso de delitos penales, en tal sentido y aclarado los términos jurídicos empleados, se aprecia que la Resolución # 12 – 2015, tiende acumular penas en delitos de drogas, sin que se aplique jurídicamente un concurso de delitos, logrando una acumulación de penas de forma empírica, en relación a la cantidad y sustancia que porte el individuo al momento de su detención. Arma que para la administración de justicia sería peligroso, puesto que esta sumatoria de penas sería discriminada al ser un mismo delito tratado.

## Métodos

Tabla 1:  
Método Teórico

<b>MÉTODO</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>SISTEMA CONCEPTUAL</b>	<b>TRAYETORIA Y MODELOS</b>
Histórico – Lógico	Sanciones por delitos de sustancias prohibidas		Ley de drogas en Ecuador 1990. Las propuestas delCOIP de 2014. Precedente Jurisprudencial de la Corte Nacional de Justicia.
Sistematización jurídico doctrinal	Ecuador un estado constitucional de derechos y justicia.  Necesidad de la norma penal.  Infracción Penal.  De la pena en general.  Concurso de infracciones.	Supremacía constitucional. Derechos fundamentales. Bien jurídico protegido. Principio constitucional de proporcionalidad.  Principio procesal de legalidad. Preámbulo jurídico legal vigente que sanciona el tráfico ilícito de drogas en Ecuador.  Tipicidad.  Clasificación de la pena. Finalidad de la pena. Transcendencia de la pena.  Concurso real de infracciones. Concurso ideal de infracciones.	
Jurídico comparado	Derecho comparado respecto al tema de estudio.	Consumo y legalización de drogas.	América del Norte, América Central, América del Sur, África, Oceanía, Asia y Europa.

Tabla 2:  
Método empírico

<b>CATEGORÍA</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>TÉCNICAS</b>	<b>UNIDAD DE ANALISIS</b>
Derecho Procesal Penal		Análisis documental	Proceso # 10281-2017-00592
		Entrevistas en profundidad	Operadores de justicia
	Conflicto y Proceso	Encuestas	Expertos en derecho penal
		Grupos focales	Abogados litigantes en libre ejercicio
		Estudio de caso	Tráfico de sustancias prohibidas

### **Estudio de caso**

Dado que en líneas anteriores ya se ha manifestado la historia sancionatoria referente a las sustancias prohibidas sujetas a fiscalización, en tal sentido se llegó a la dogmática de aplicación de estas sanciones en territorio Ecuatoriano, sin embargo su última actualización al respecto sería la Resolución # 12 – 2015, precedente jurisprudencial con fuerza vinculante que reforzaría al COIP y la tabla de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala, en lo que respecta a cómo aplicar las penalidades en este tipo de delitos.

Seguidamente se cita el detalle de un caso real y práctico en cuanto a la aplicación de la Resolución # 12 – 2015, donde la pretensión es acumular las penas en relación a la cantidad y sustancias prohibidas sujetas a fiscalización que porte el individuo al momento de su detención, abriendo un panorama jurídico a un

concurso de delito, tomando como referencia la tabla indicada por el CONSEP y la sanción punitiva de las escalas que prevé el COIP en su Art. 220.1.

**Tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a fiscalización - aplicabilidad del fallo de triple reiteración # 12 – 2015, precedente jurisprudencial con fuerza vinculante.**

### **Hechos:**

Abril del 2017, en el control policial “Gema de San Gerónimo” ubicado en la vía Ibarra – San Lorenzo, de la ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura, los agentes del orden público procedieron a detener un bus de la Cooperativa de Transporte Espejo, para hacer un registro de pasajeros ocupantes de esta unidad, luego a la bodega del vehículo donde encontraron una maleta que contenía cinco paquetes tipo ladrillo camuflados cubiertos con cinta de embalaje de color café, una funda plástica transparente en cuyo interior se encontró marihuana, y una envoltura de cinta color blanco que contenía cocaína; sustancias prohibidas que pertenecían a la ciudadana Jessica Paola Cuzo Yaurincela, misma que fue aprehendida en flagrancia.

### **Acto de Fiscalía:**

La policía puso el hecho a conocimiento de la fiscalía, derivado al fiscal de turno de la ciudad de Ibarra, Ab. Darwin Sigüenza quien abalizó el procedimiento de los agentes policiales, e indica que se continúe con el trámite respectivo, acto

seguido la aprehendida junto a las evidencias encontradas fue trasladada a las instalaciones de la Unidad Antinarcoóticos de Ibarra, donde se realizó el análisis (PIPH) de las sustancias incautadas, lo cual se obtuvo como resultado: positivo para cocaína (peso bruto 524 gramos - peso neto 499 gramos), positivo para marihuana (peso bruto 2718 gramos – peso neto 2563 gramos).

Secuentemente, se realizó la audiencia oral de calificación de flagrancia, en la que acorde las evidencias encontradas el Sr. Juez competente calificó la flagrancia y la legalidad de la aprehensión. El agente fiscal de la causa, conforme lo determina el Art. 563 numeral 4 inciso 2 del COIP, informa haber llegado a un acuerdo con la defensa de la persona procesada Jessica Paola Cuzo Yaurincela, donde se habría acordado que se aplique procedimiento abreviado, puesto que se habrían reunido los requisitos que exige el Art. 635 del COIP, en circunstancias que el delito por el que se acusa tiene una penalidad que no excede los diez años de privación de libertad, conforme lo prescribe el Art. 220 numeral 1 literal c) del COIP, al tratarse del verbo rector transporte de sustancias prohibidas sujetas a fiscalización: cocaína (499 gramos de peso neto) marihuana (2563 gramos de peso neto) lo cual corresponde a una alta escala conforme lo determina el COIP, en concordancia con la tabla de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas emitida por el CONSEP, y junto a la aplicación del fallo jurisprudencial con carácter vinculante # 12-2015, para cada sustancia transportada la pena de cinco a siete años de pena privativa de libertad. Procesada que voluntariamente consintió en la aplicación de este procedimiento.

Jessenia Paola Cuzo Yaurincela, admitió la participación en el hecho que se investigaría, informo que su abogado patrocinador le dio a conocer acerca el

procedimiento abreviado acordado con fiscalía, y que se habría negociado la pena privativa de libertad a treinta meses por el transporte de cada una de las sustancias prohibidas sujetas a fiscalización, donde se consideraría que no posee antecedentes penales, no tiene procesos judiciales en su contra, y que tiene cuatro hijos menores de edad bajo su dependencia.

### **Etapa de juzgamiento:**

En este estado, el juez conecedor de la causa aceptó la solicitud de procedimiento abreviado conforme la argumentación y motivación de la defensa de la procesada Jessica Paola Cuzo Yaurincela, en sentido que la misma habría aceptado la participación en el hecho fáctico; en cuanto a la intervención de fiscalía, no mostro oposición alguna en la aplicación a este trámite. El juzgador para resolver consideró que la pena que reprime este tipo de delito no excede de diez años de privación de libertad, por consiguiente que la procesada ha sido asesorada debidamente por su abogado patrocinador, en cuanto que de forma voluntaria y sin violación a sus derechos y principios constitucionales, admite expresamente su participación al hecho que se le atribuye, sin poseer antecedentes penales, ni procesos judiciales pendientes en su contra, y por consiguiente es madre soltera tiene cuatro hijos menores de edad bajo su dependencia. En tal sentido, que reúne los parámetros que determinan el Art. 635 del COIP.

### **Sentencia:**

La resolución del jugador fue de declarar como única autora y responsable del delito de tráfico de sustancias prohibidas, sujetas a fiscalización en alta escala, a la procesada Jessica Paola Cuzo Yaurincela, lo cual le corresponde ser sancionada acorde el Art. 220 numeral 1 literal c) del COIP, en concordancia con la tabla de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas emitida por el CONSEP, y junto a la aplicación del fallo jurisprudencial con carácter vinculante # 12-2015, por cada sustancia transportada. No obstante la pena sugerida por fiscalía acordada por las partes, se impone la pena de 30 meses de privación de libertad por el transporte de base de cocaína en alta escala; y, 30 meses de privación de libertad por el transporte de marihuana en alta escala, debiendo cumplir una pena acumulada de 60 meses de privación de libertad en el Centro de Privación de la Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de Tulcán, además se impuso la multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general.

### **Antecedentes**

Dentro del marco constitucional se garantiza a todos los habitantes del estado ecuatoriano, garantías básicas para la aplicación de los principios establecidos en la Constitución, uno de los principios pioneros es el de proporcionalidad que debe establecer la Ley entre la infracción y la sanción a imponer, así como también el principio procesal de legalidad dónde justamente no se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales del COIP, el tiempo de duración de la pena debe ser determinado. Principios que no

pueden ser restringido por un mandato o resolución inferior, situación jurídica que vislumbra a investigar al profesional del derecho sobre todo donde se compromete la dogmática legal y jurídica, en tal sentido exponer soluciones que permitan la viabilidad de que principios violados sigan su curso sin afectación de ninguna índole de vacío legal o errada aplicación de la norma legal y procesal. Al aplicarse el fallo de triple reiteración # 12 – 2015 con fuerza vinculante, contraviene el principio constitucional de proporcionalidad y el principio procesal de legalidad dentro de un estado constitucional de derechos y justicia. No existe viabilidad jurídica para aplicar la acumulación de pena en relación al tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, acto que se puede llegar a confundir entre un micro traficante y la persona consumidora que enfrenta problemas de salud. Por tal razón el objetivo general de esta investigación es fundamentar la inconstitucionalidad de la Resolución # 12 – 2015 mediante una demanda ante la Corte Constitucional, cuyos objetivos específicos son: Demostrar que el fallo de triple reiteración # 12 – 2015 vulnera el principio constitucional de proporcionalidad y el principio procesal de legalidad, al penalizar los delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; Dilucidar la confusión del concurso de infracciones que realiza el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en la Resolución # 12 - 2015, así como la falta de motivación y la incompetencia en torno a la decisión del pleno; Aportar por medio de esta investigación a la correcta aplicación del principio constitucional de proporcionalidad y principio procesal de legalidad en materia penal sobre delitos de droga.

## UNIDADES DE ANÁLISIS

### Infracción Penal

Respecto al delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a fiscalización, se examina dos elementos del delito: El acto y la tipicidad.

El elemento de acto *conducta humana catalogado delito*, al respecto manifestó el jurista Albán (2011):

El primer elemento del delito es el acto. Con esto se quiere establecer que el acto es el elemento de hecho, inicial y básico del delito...para que haya delito entonces, lo primero será determinar la corporeidad material y tangible de este ente jurídico, para que luego se verifique su adecuación a la descripción hecha por la Ley (tipicidad)...Acto es la conducta humana guiada por la voluntad (Pag. 139).

La acción como sinónimo de acto, determinando que la acción es la modalidad característica de la gran mayoría de delitos. Se manifiesta como un movimiento humano externo, como un hacer perceptible sensorialmente, que causa el resultado dañoso ...al cometerse estos delitos se incumple una norma prohibitiva, una obligación de no hacer. Es importante mencionar que para atribuir la responsabilidad penal de una conducta prohibida a una persona debe existir una relación de causalidad. Todo acto incluye un resultado; entre acto y resultado debe haber una relación de causalidad (Albán, 2011).

El Código Orgánico Integral Penal en su Art. 18 determina que la infracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable. Entendiéndose en síntesis que el delito es una infracción penal.

## Tipicidad

En cuanto al elemento típico, el Código Orgánico Integral Penal, Art. 25 determina que los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes. El delito como acto se integra por la tipicidad y por la antijuridicidad, nada tiene que ver en su conformación la culpabilidad; el juicio de desvalor del acto que es objetivamente estimado nos permite concluir si ese acto es delito, es decir si se ensambla o adecua en una de las hipótesis consideradas por el legislador previamente. Es decir que cada tipo penal describe el elemento de la conducta penalmente relevante. (Zambrano, 2014)

## De la pena en general

Para efectos de estudio y por enmarcarse dentro de la temática en investigación, sobre la pena en el tipo penal, el Art. 51 del Código Orgánico Integral Penal determina que la pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Sobre aquello, la obra Código Orgánico Integral Penal Comentado, Tomo I manifestó el jurista García (2014):

La pena constituye la sanción tradicional que caracteriza al Derecho Penal, puede discutirse qué finalidad cumple en un Estado, empero, no se puede negar que la imposición de la misma implica un mal que se asocia a la comisión de un delito. La pena conceptualmente es concebida como un mal o una restricción a los derechos, es así que tratándola en abstracto es una

privación o restricción de los mismos. La aplicación de una sanción penal implica una pérdida parcial del estatus de libertad de una persona por sus acciones u omisiones punibles. Sin embargo, históricamente la pena ha demostrado que para nadie ha significado un bien; por lo contrario, se ha demostrado la irracionalidad de la sociedad moderna (Pag. 204).

### *Clasificación de la pena*

El Código Orgánico Integral Penal en sus Art. 58, 59 y 60 indica sobre la clasificación de la pena, cuerpo normativo creado por la Asamblea Nacional del Ecuador (2014):

**Art. 58.-** Clasificación. - Las penas que se imponen en virtud de sentencia firme, con carácter principal o accesorio, son privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, de conformidad con este Código. **Art. 59.-** Penas privativas de libertad.- Las penas privativas de libertad tienen una duración de hasta cuarenta años. La duración de la pena empieza a computarse desde que se materializa la aprehensión. En caso de condena, el tiempo efectivamente cumplido bajo medida cautelar de prisión preventiva o de arresto domiciliario, se computará en su totalidad a favor de la persona sentenciada (Pag. 24 – 25).

Al respecto, en la normativa penal del Ecuador, no se encuentra definida la pena de prisión, sin embargo desde una perspectiva doctrinaria podemos decir que esta consiste en infringir un mal a una persona que ha sido sentenciada privándola de su libertad, lo cual será ejecutado mediante la prisión del condenado en un centro penitenciario, cabe recalcar que esta medida no solo implica la privación del derecho a la libertad ambulatoria, sino que se impone además en el plano de la libertad de expresión, de asociación, de reunión y de manifestación, restricciones

sobre la libertad sexual, y demás derechos de índole económica y familiar (García, 2014).

**Art. 60.-** Penas no privativas de libertad. - Son penas no privativas de libertad:

- 1) Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.
- 2) Obligación de prestar un servicio comunitario.
- 3) Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.
- 4) Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo.
- 5) Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.
- 6) Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.
- 7) Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.
- 8) Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.
- 9) Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.
- 10) Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.
- 11) Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.
- 12) Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.
- 13) Pérdida de los derechos de participación.

La o el juzgador podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal (Pag. 25).

En el sentido de las penas no privativas de libertad, el sujeto es dejado en libertad, pero sometido a vigilancia y considerable regulación de su conducta de vida, para el tiempo de duración de la vigilancia de la conducta, o una parte de este, el tribunal podrá asignar instrucciones específicas al condenado a efecto de reglamentar su vida (García, 2014).

### *Finalidad de la pena*

El Código Orgánico Integral Penal, determina en el Art. 52 los fines de la pena que es la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales (Pag. 24).

La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado "A este requisito se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión. Con este principio no se legitima la pena como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo". Simplemente se afirma que, dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado (Zaffaroní, 2002).

En cuando a los principios limitadores del Derecho Penal, en la segunda edición del manual de Derecho Penal, parte General, identificó Zaffaroni (2002):

Los principios limitadores del Derecho penal son aquellas directrices de la doctrina que le han impuesto barreras a la construcción del Derecho penal, de tal forma que éste no se extralimite y afecte el Estado de Derecho. Principio de intervención mínima al Derecho Penal debe tener carácter de última ratio por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos y sólo para los más importantes frente a los ataques graves (Pag. 222).

El Derecho penal debe utilizarse solo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario del Derecho Penal) y sólo cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria). El dogmático Silva Sánchez afirma que el Derecho Penal debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos maneras: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales (Zaffaroní, 2005).

La regulación de las penas son una expresión de la forma como el Estado y la sociedad reaccionan frente al delito, esto ha determinado que la legislación vincule varios principios del derecho penal con los fines de la pena y los límites de la responsabilidad penal. Así mismo manifiesta que: La norma comentada hace referencia tanto al carácter preventivo general, como al preventivo especial positivo, esto es la supuesta capacidad de la pena para reformar a la persona y lograr el desarrollo progresivo de la persona condenada (García, 2014).

La norma comentada hace referencia al carácter preventivo genera y preventivo especial positivo, esto es la capacidad de la pena para reformar a la persona y lograr el desarrollo progresivo del condenado; ya hemos expresado nuestro escepticismo respecto de la capacidad rehabilitadora de la pena, pues la experiencia e investigación nos demuestran que tiene un efecto exactamente contrario al que se le atribuye. Consideramos que es necesario entender a este artículo dentro de lo señalado por la Corte IDH en la materia; así, las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican menoscabo, alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita, sin embargo de lo cual cuando las condiciones de encierro provoquen deterioro de la integridad física, psíquica o moral, se considerará a la pena como cruel y contraria a la finalidad esencial de las penas privativas de la libertad, esto es la reforma y readaptación social de los condenados, por lo que las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas. Las anteriores consideraciones son aplicables, en la medida pertinente, a la prisión preventiva en lo relativo al tratamiento que deben recibir los privados de libertad, ya que la normativa internacional que lo regula contiene reglas aplicables tanto a los reclusos en prisión preventiva como a los reclusos condenados (García, 2014).

#### *Transcendencia de la pena*

Es el principio por el cual nadie debe ser penado por los actos de otro y debe trascender lo menos posible de su autor. Este principio se encuentra desarrollado en gran parte de las Constituciones del mundo, sin embargo al no encontrarse

expresamente en la ecuatoriana, aplicamos por sucesión jerárquica a la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su numeral 3 del Art. 5 señala que la pena no puede trascender de la persona del delincuente (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1977).

La intrascendencia de la pena debe ser mínima porque el castigo de un sujeto afecta necesariamente a su grupo familiar y a las personas que le tienen afecto o que de forma estrecha se relacionan con él; en este sentido, vale citar el Art. 76 numeral 7 literal h de la Constitución de la República ...Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. Razón jurídica que concuerda con lo que prescribe el Art. 5 del COIP, cuerpo normativo debatido por la Asamblea Nacional del Ecuador (2014):

Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: ...**Favorabilidad:** en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. **Duda a favor del reo:** la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable. **Inocencia:** toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorié una sentencia que determine lo contrario. **Igualdad:** es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad. **Prohibición de empeorar la situación del procesado:** al

resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente. **Contradicción:** los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra. **Inmediación:** la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal. **Motivación:** la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso. **Imparcialidad:** la o el juzgador, en todos los procesos a su cargo, se orientará por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la Ley. **Objetividad:** en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan (Pag. 12).

Al existir supremacía constitucional en el Estado Ecuatoriano, vale citar lo que determina el Art. 426 de la Constitución de la República al indicar que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución; las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de

derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación; no podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

Dicho esto, en lo referente a Ecuador, el sistema de justicia siendo acusatorio, donde se abaliza el derecho a la defensa, la estructura de la prueba, sin embargo el ciudadano que asume un cargo público en el caso que nos ocupa *Jueces*, se confunden al respecto con el sistema de justicia inquisitivo , el juzgador instruye y juzga el proceso como parte activa de este, sumando sus propias alegaciones y pretensiones a la causa en la que emite sentencia, en este sentido se puede decir que se inobserva el artículo precedente, en el tema de estudio referente a los delitos de droga con respecto a la Resolución 12 – 2015, se nota la falta de aplicabilidad de los principios, derechos constitucionales y de derechos humanos, considérese que los jueces que imparten justicia fueron previamente seleccionado para administrar justicia conforme los preceptos constitucionales; en este sentido determina la Constitución del Ecuador (2008):

Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional (Pag. 128)

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser

humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentaran contra los derechos que reconoce la Constitución (Pag. 33).

En síntesis, sobre intrascendencia de la pena se determina que esta no es transferible y tampoco trasciende a terceros, la pena recaerá solo en el infractor sin afectar a alguien más o evitar un daño mayor. Sin embargo, de hecho, esa trascendencia del poder punitivo a terceros es inevitable, pues la comunicación, el conocimiento, el efecto estigmatizante, la pérdida de nivel de ingresos, etc., son todos efectos que trascienden a la familia y a otras personas cercanas o dependientes, no ya del condenado, sino incluso del mero imputado. La ley vigente contiene pocas previsiones que traten de paliar estos efectos (Zaffaroní, 2002).

#### Concurso de infracciones (acumulación de penas)

Previo inmiscuirse en esta temática, es necesario conocer la determinación jurídica de Infracción Penal, y que justamente lo prescribe el Art. 18 del COIP como la conducta típica, antijurídica y culpable, cuya sanción se encuentra prevista en el Código Orgánico Integral Penal. Conceptualización que se la debe al alemán de origen Austriaco Franz Von List, integrante de la escuela Causalista Naturalista a la que también perteneció otro brillante jurista Ernst Von Bling, el concepto de Infracción Penal, pues el mismo definió al delito como un Acto Humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena (Benalcazar, 2014).

Al referirnos a una conducta típica se vislumbra aquella que se encuentra contenida en un cuerpo legal; la antijuridicidad el elemento esencial para que la

conducta sea de carácter penal, pues debe transgredir los lineamientos que ha impuesto la sociedad como adecuados para la convivencia; en cuanto a culpabilidad, búsqueda del derecho penal para establecer si quien se considera sospechoso de un hecho punible es inocente o culpable, pues el proceso penal culmina con una de estas premisa; con respecto a la sanción penal, misma nace del principio de legalidad determinada en la Carta Magna, justamente si la infracción penal no se encuentra tipificada con anterioridad al hecho, o se haya declarado su antijuridicidad no se configura ni complementa (Zambrano, 2014).

La acumulación de penas en la infracción penal, jurídicamente se denomina concurso de infracciones, definida como el hecho por el cual a un mismo individuo se le atribuyen la comisión de varias infracciones penales, en la que se han afectado diferentes bienes jurídicos y que se han comprobado de manera fehaciente a través del aparato judicial (Landaverde, 2015).

Para haber Concurso de Infracciones debe constar los siguientes puntos esenciales: Que sean cometidos por la misma persona; Que sean varias las actividades delictivas; Que se hayan afectado diferentes bienes jurídicos, o el mismo bien jurídico varias veces; y, Que todas se basen en hechos concretos, y no en supuestos. En lo concerniente, la legislación penal ecuatoriana establece lo que se conoce en el derecho penal internacional como concursos propios, y que se clasifican conforme la unidad o pluralidad de conductas llevadas a cabo por el infractor, destacando a este acto jurídico de dos tipos: Concurso Real de Infracciones y Concurso Ideal de Infracciones (Ávila, 2015).

### *Concurso real de infracciones*

Acorde lo establecido en el Art. 20 del COIP, se determina que cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años. El verdadero concurso real existe cuando concurren las siguientes condiciones: 1. Que un individuo sea autor de distintos hechos; 2. Que estos en su aparición material sean diversos entre sí, sin guardar conexión alguna; y, 3. Que también aparezca como diversos e independientes en la conciencia del agente (Coello, 2016)

Es también conocido como pluralidad de acciones, se presenta cuando a una persona le es atribuible la comisión de varios delitos cometidos por el mismo individuo, y que estos no guarden relación entre sí. Dicho de otro modo, que no haya relación en cuanto al hecho, sujeto víctima o tipicidad en el COIP y que este no tenga la intención plena de su relación, es decir la voluntad del cometimiento de la infracción penal. Es importante recalcar que el concurso real procede sobre las sentencias ejecutoriadas, es decir no procede cuando se encuentran en etapa de Instrucción Fiscal o cualquier otra etapa del Proceso, sino cuando se ha llegado a obtener varias sentencias ejecutoriadas en contra de una misma persona (Ávila, 2015).

En este sentido, entenderíamos que, para la existencia del concurso real de delitos, hay que considerar acciones múltiples que generen varios delitos; y que, para efectos de determinar la pena, se sancionan de forma independiente y acumulada, diferenciando unos de otros. Cabe indicar que la concurrencia de conductas puede ser homogénea o heterogénea, en el primer caso cuando el autor

ha cometido el mismo delito varias veces y la segunda cuando concurren tipos penales diversos (García, 2014).

Cabe mencionar que el Art. 20 del Código Orgánico Integral Penal es concretamente explícita al determinar que se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave. En tal sentido se entendería que, si X realiza tres delitos autónomos e independientes, enmarcados en concurso real, cuya penalidad es 10, 12 y 14 años, aritméticamente las penalidades nos ofrecen un resultado de 36 años, pero conforme la norma jurídica, si la culpabilidad es determinada, X debería enfrentar una pena privativa de libertad de 28 años. La suma de las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, pero autorizando una proporcional reducción de las mismas y fijando un límite máximo que no se puede rebasar por el juzgador (Pavón, 2004).

Para ejemplificar de una mejor manera respecto al concurso real, veamos: Un ciudadano ingresa a una joyería cuando esta se encuentra cerrada, para sustraerse las joyas, una vez consumado el delito, se dispone a huir, pero observa a una empleada que continuaba en sus labores del lugar, el antisocial aprovechando la soledad procede a violarla y luego escapa, y en el trayecto se apodera de un vehículo estacionado en la calle. En estas circunstancias de hechos procede el concurso real, pues cumple los requisitos de haber ejecutado distintos delitos autónomos e independientes por el mismo sujeto activo, dando lugar a la acumulación de penas. Supone una pena más grave que la correspondiente al delito de más gravedad, pero no tanto como la que resultaría de sumar todas las penas (Puig, 2005).

Para concretar, el concurso real de infracciones se determina por la variedad de acciones u omisiones de una misma persona, que como resultado de su accionar produce varios delitos. Al respecto el Código Orgánico Integral Penal y la doctrina jurídica determinan que la acumulación exclusivamente procede cuando existe concurso real, que se produzcan varios delitos autónomos e independientes.

#### *Concurso ideal de infracciones*

Acorde el Art. 21 del COIP, *cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave*. Al respecto Esther Hava García, señala que: “se da el Concurso Ideal de Infracciones, cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones penales (concurso ideal stricto sensu) o cuando una de ellas es medio necesario para cometer la otra (concurso medial)”. En otras palabras, varios tipos penales, un solo sospechoso, diferentes bienes jurídicos afectados. También conocido como unidad de acciones, que se presenta cuando a un individuo le es atribuible la comisión de varios delitos, hechos que necesariamente guarden relación entre sí, aun cuando no tengan relación en su tipicidad, o entre los sujetos víctima de la infracción penal (Maldonado, 2015).

En este sentido, al referirse al concurso ideal de infracciones se entendería que la procedencia de este particular se debe a la ejecución de una conducta que produce transgresión de varios tipos penales; es decir, la concurrencia del concurso ideal se determina con la comisión de una conducta que produce varios delitos. La circunstancia de que la pluralidad sea solamente de desvalores hace que pueda considerarse al concurso ideal como un delito que tiene la peculiaridad de presentar

una doble o plural tipicidad (Zaffaroni, 2002).

De tal forma que la existencia del concurso ideal, en cuanto una sola conducta quebrantan varios tipos penales e igual sentido cuando una sola conducta se infrinja el mismo tipo penal varias veces, para determinar cuando existe concurso ideal y no cruzar esa delgada línea que puede llevar a una confusión con el concurso real, es importante tener en cuenta la unidad de conducta o de acción, atendiendo al factor final y al factor normativo, como en todos los casos en que hay unidad de conducta con pluralidad de movimientos (Zaffaroni, 2002).

Una vez expuestos múltiples criterio inherentes al concurso ideal de infracciones, entenderíamos que el concurso ideal necesita de dos elementos para su composición: 1) Unidad de acción y 2) lesión de varias leyes penales; realización simultánea de varios tipos penales, o que una única conducta lesione varias veces el mismo tipo penal (Bacigalupo, 1996).

Al haber establecido y aclarado la consistencia del concurso de infracciones en el ámbito jurídico, se podría concluir que podría ocurrir que una conducta encuadre en más de un tipo, lo que no autoriza a afirmar que el autor ha cometido varios hechos punibles, pues si solo realizó una acción no se le puede imputar más de un delito. En otras palabras, solo es posible imponer varias penas cuando al autor se le pueden imputar distintos delitos, porque ha realizado diversas acciones (Righi, 2007).

## **CAPÍTULO DE RESULTADOS**

Para analizar y procesar la información, se toma como modelo realizar encuestas y entrevistas, mismas que se acompañan a esta investigación. Las encuestas se dirigen a operadores de justicia en materia penal que desempeñan sus actividades en la Unidad Judicial de Flagrancia de Babahoyo, debido que estos conocen sobre los efectos jurídicos del fallo de triple reiteración # 12 – 2015 en los procesos penales por delitos de drogas. Información precisa obtenida como resultado de la elaboración de encuestas y entrevistas, para así fundamentar la propuesta respectiva.

### **Entrevistas**

Se realizó a dos operadores de Justicia que desempeñan el cargo de jueces de la Unidad Judicial de Flagrancia de Babahoyo, un agente fiscal y un catedrático, con la finalidad de obtener información más objetiva, se mantuvo en anonimato el nombre de los entrevistados. Al respecto se obtuvo criterios opuestos. El objetivo de la entrevista fue determinar las consecuencias jurídicas del fallo de triple reiteración # 12 – 2015 que emitió el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, donde se vulnera el principio constitucional de proporcionalidad y el principio procesal de legalidad al acumularse las penas en delitos de drogas. Las personas entrevistadas fueron cuatro expertos en materia penal, dos jueces, un fiscal y un catedrático.

Desde el punto de vista emitido por los señores jueces, manifestaron estar a favor del fallo de triple reiteración # 12 – 2015, no considerando que se vulnere norma legal ni procesal alguna, menos derechos humanos, piensan que para

combatir los delitos de drogas se necesitan endurecer las penas. Apoyan la acumulación de penas en este tipo de delitos, pensando que es proporcional a los delitos de drogas, desconocen sobre el control de convencionalidad y no confían en el control de constitucionalidad, pues en sus labores pocas veces lo utilizan, y que los abogados litigantes en libre ejercicio no solicitan la realización de consulta de constitucionalidad, pues con ello el proceso se dilataría.

Perspectiva diferente tienen el señor fiscal y el catedrático entrevistado, en cuanto al fallo de triple reiteración # 12 – 2015, pues se refieren a esta que sería inconstitucional en cuanto a la proporcionalidad de la pena, no apoyan la acumulación de penas en delitos de drogas, debido que para acumular penas debe existir concurso de infracciones y al no existir fácilmente se vulnera el principio procesal de legalidad. Determinan además que este fallo con carácter vinculante no cumple los presupuestos de proporcionalidad, entendidos como la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, especificando que se cambió de mínima intervención a máxima intervención penal con el tema referido.

Se piensa que se habría afectado la Constitución de la República e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con la aplicación de este fallo con carácter vinculante. Además, se manifiesta que el fondo del fallo es insubsistente y contradictorio en sentido que el Pleno de la Corte Nacional afirma el delito de tráfico de drogas no encaja en un concurso de infracciones, sin embargo se resuelve acumular las penas bajo ningún parámetro jurídico.

Se indica que el fallo de triple reiteración # 12 – 2015 no cumple la finalidad por el que fue emitido y se piensa en medidas alternativas para enfrentar el tráfico y consumo de drogas donde los agentes policiales realicen un control más

estricto y especial, bajo la regularización de una norma más clara que coopere con la justicia en razón de la razonabilidad del poder punitivo del Estado. De igual manera se reflexiona que no se está penando a los dueños del negocio de las drogas, sino criminalizando a consumidores. Consecuentemente el fallo referido debe ser declarado inconstitucional por la Corte Constitucional y expulsada del ordenamiento jurídico del Ecuador.

### **Encuestas**

Información procesada por conteo y cálculo, donde se realiza la sumatoria de los resultados obtenidos en cada encuesta de forma manual para después elevar la información a modo electrónico. Al analizar los resultados se obtiene conclusiones, recomendaciones, y estos se expresan en cuadros y gráficos estadísticos, una vez procesados y tabulados, para así determinar cuantitativa y cualitativa los resultados de las encuestas realizadas a los operadores de justicia de la Unidad Judicial de Flagrancia de Babahoyo. A continuación, se muestra los resultados obtenidos:

### PREGUNTA # 1

¿Tiene conocimiento del fallo de triple reiteración # 12 – 2015 emitido por la Corte Nacional de Justicia, donde se tiene por objeto acumular penas en delitos de droga?

Tabla:  
Pregunta 1

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si	18	90%
No	2	10%
TOTAL	20	100%

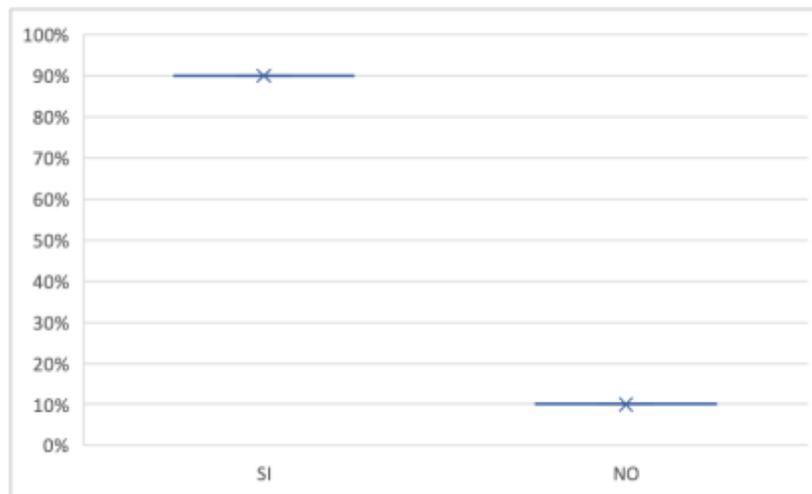


Figura 1  
Resultados

#### Análisis e interpretación de resultados:

El 90% de los operadores de justicia encuestados si conocen el fallo de triple reiteración # 12 – 2015 emitido por la Corte Nacional de Justicia, donde se acumulan penas en delitos de drogas; y, el 10% desconoce de este fallo. Al ser conocida dicha herramienta jurídica por la mayoría, los resultados esperados de la encuesta serán altamente fiables y objetivos.

## PREGUNTA # 2

¿Piensa usted que al aplicar el fallo de triple reiteración # 12 – 2015 emitido por la Corte Nacional de Justicia, se vulnera el principio constitucional de proporcionalidad?

Tabla:  
Pregunta 2

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si	15	75%
No	5	25%
TOTAL	20	100%

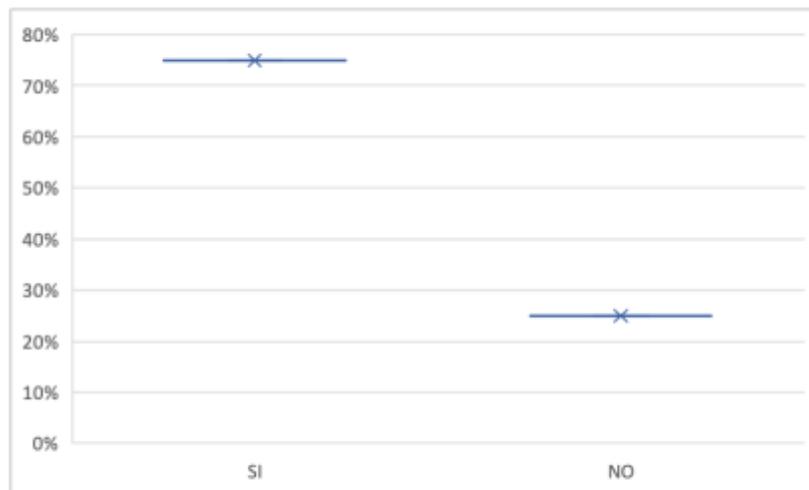


Figura 2  
Resultados

### Análisis e interpretación de resultados:

El 75 % de los operadores de justicia encuestados consideran que el fallo de triple reiteración # 12 – 2015 emitido por la Corte Nacional de Justicia, vulnera el principio constitucional de proporcionalidad, por consiguiente, el 25% determina que no se vulnera. Viabilizando el criterio de la mayoría absoluta, se determina que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia no objetivizó el criterio de proporcionalidad para la emisión del fallo.

### PREGUNTA # 3

¿Considera usted que acumular las penas en delitos de droga es la solución para prevenir y combatir el micro tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización?

Tabla:  
Pregunta 3

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si	6	30%
No	14	70%
TOTAL	20	100%

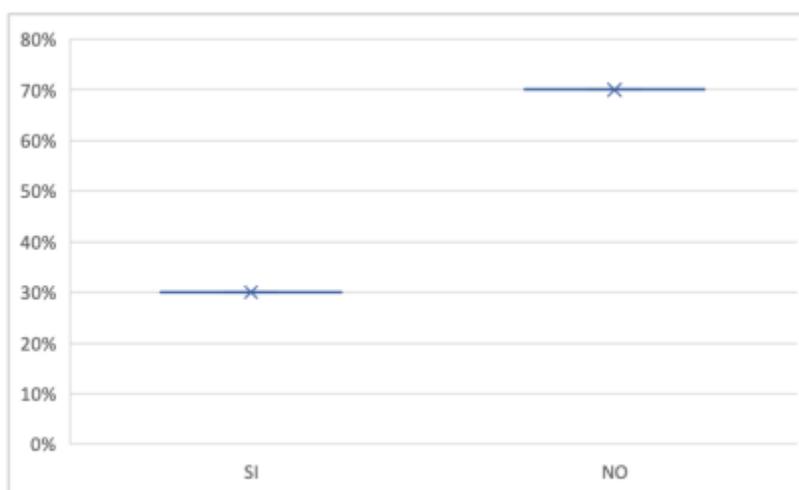


Figura 3  
Resultados

#### **Análisis e interpretación de resultados:**

El 70 % de los encuestadas no está de acuerdo que la solución para prevenir y combatir el micro tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización es el aumento y acumulación de penas para este tipo de delitos; no obstante, el 30% muestra conformidad al respecto. Siendo así, el fallo se torna insatisfactorio entorno a su finalidad, justamente en base a estos resultados se diría que el fallo no es idóneo ni necesario.

#### PREGUNTA # 4

¿Está de acuerdo con el Pleno de la Corte Nacional de Justicia cuando en la fundamentación del fallo de triple reiteración # 12 – 2015 asume que el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, no encaja en el concurso de infracciones, empero resuelve que “Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el artículo 220.1 del COIP, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, se sancionara con pena privativa de libertad acumulada según la sustancia psicotrópica o estupefaciente o preparado que la contenga y su cantidad...”?

Tabla:  
Pregunta 4

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si	8	40%
No	12	60%
TOTAL	20	100%

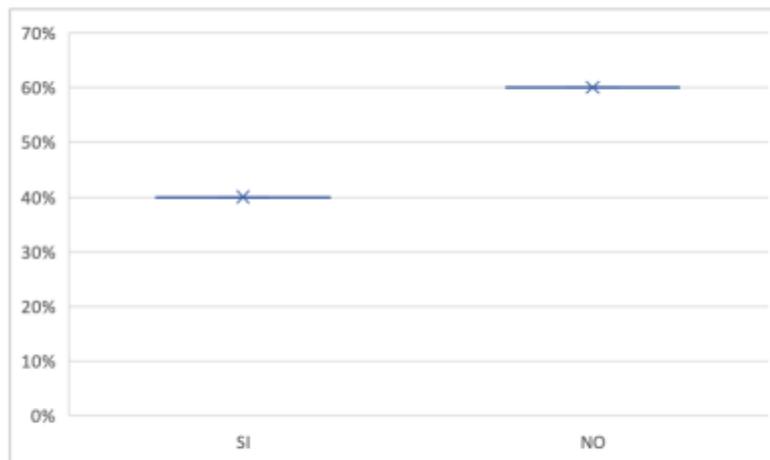


Figura 4  
Resultados

#### Análisis e interpretación de resultados:

El 60 % de los encuestados no está de acuerdo con la fundamentación ni con la emisión del fallo de triple reiteración # 12 - 2015, pero el 40% restante se adhiere a la fundamentación y resolución de la Corte Nacional de Justicia. En tal sentido, por mayoría absoluta el fallo no cumpliría las garantías básicas del debido proceso en cuanto a su motivación, siendo así esta no es razonable, lógica ni comprensible al no guardar coherencia en su fundamentación y decisión.

### PREGUNTA # 5

¿Consiente en la acumulación de penas en delitos de droga mediante concurso infracciones?

Tabla:  
Pregunta 5

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si	6	30%
No	14	70%
TOTAL	20	100%

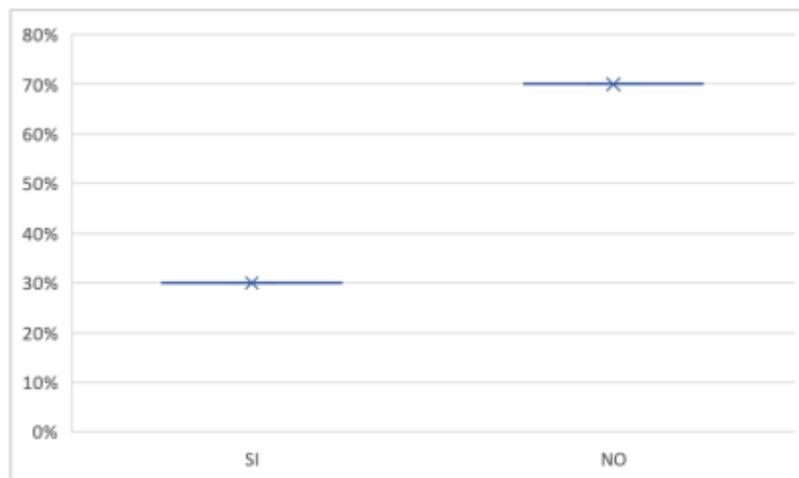


Figura 5  
Resultados

#### **Análisis e interpretación de resultados:**

El 70% de los operadores de justicia encuestados no está conforme con la acumulación de penas en los delitos de drogas, pues no consiente que a este acto delictivo le sea aplicable el concurso de infracciones, no obstante, el 30% restante se apoya que sea aplicable el concurso de infracciones en delitos de drogas; al respecto la mayoría determina que el concurso de infracciones no encuadra para que sea aplicable a los delitos de droga debido que el hecho es uno solo y no en diversidad.

## PREGUNTA # 6

¿Supone usted que la seguridad jurídica del Estado Ecuatoriano se ve afectada al aplicarse el fallo de triple reiteración # 12 – 2015 por sobre lo prescrito en el Código Orgánico Integral Penal y la Constitución de la Republica?

Tabla:  
Pregunta 6

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si	14	70%
No	6	30%
TOTAL	20	100%

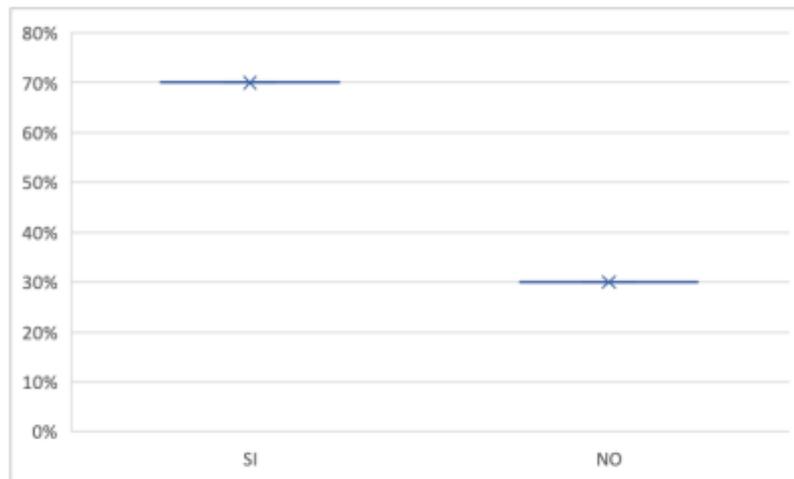


Figura 6  
Resultados

### **Análisis e interpretación de resultados:**

El 70% de las personas encuestadas estima que la seguridad jurídica del Estado se determina afectada al aplicar lo dispuesto en el fallo de triple reiteración # 12 - 2015 por sobre la norma penal y constitucional; no obstante, el 30% piensa que no se afecta la seguridad jurídica. En sentido de que la mayoría de los encuestados sostiene que el fallo de triple reiteración afecta la seguridad jurídica del Estado, en tal virtud se determina inconstitucional, al no respetarse el orden jerárquico de las normas y por no adecuarse al marco legal y constitucional del Estado.

### PREGUNTA # 7

¿Piensa usted que con la aplicación del fallo de triple reiteración # 12 – 2015, han reducido o aumentado los procesos penales por delitos de droga?

Tabla:  
Pregunta 7

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Reducido	4	20%
Aumentado	16	80%
TOTAL	20	100%

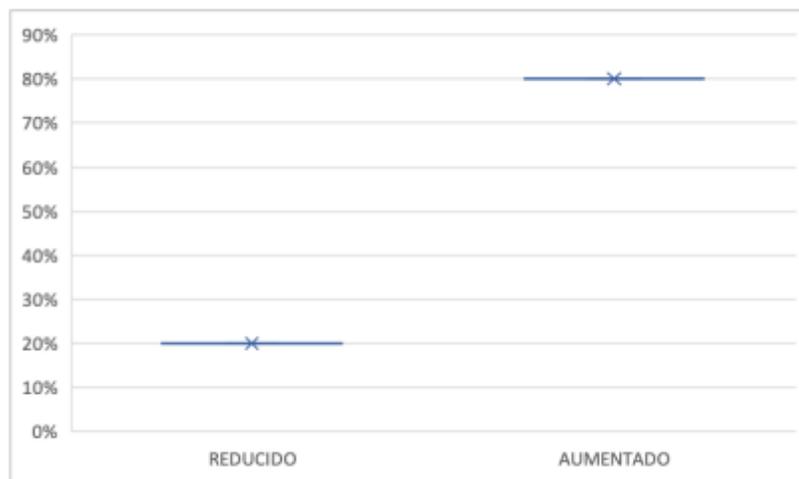


Figura 7  
Resultados

#### Análisis e interpretación de resultados:

El 80% de los encuestados piensa que con el fallo de triple reiteración # 12 – 2015, han aumentado los procesos penales por tráfico ilícito de drogas, si embargo el 20% determina que han reducido estos procesos penales. En este sentido debido a la opinión mayoritaria, se colige que el fallo al cual nos referimos, es ineficaz, no cumple con la prevención del delito, menos con la rehabilitación social, es decir no se cumple la finalidad para la que fue creada.

### PREGUNTA # 8

¿Cree usted que el fallo de triple reiteración # 12 – 2015 atenta contra el Sistema de Rehabilitación Social, al incrementar masivamente el número de privados de libertad por delitos de droga?

Tabla:  
Pregunta 8

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si	14	70%
No	6	30%
TOTAL	20	100%

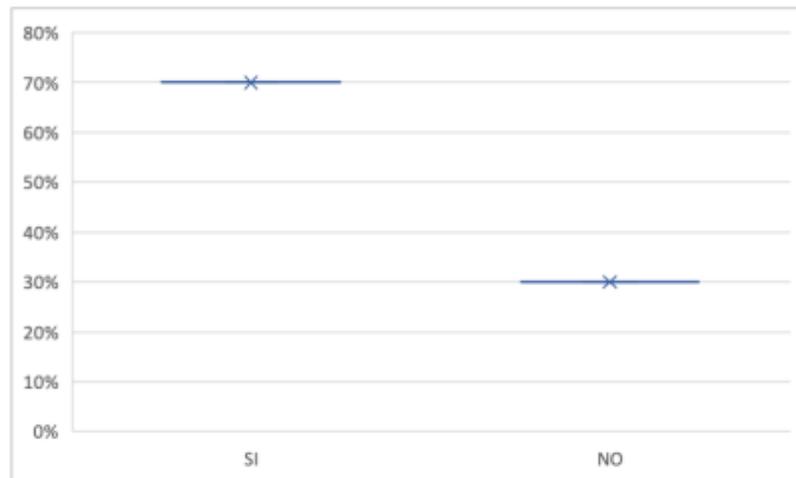


Figura 8  
Resultados

#### **Análisis e interpretación de resultados:**

El 70% de los operadores de justicia encuestados consideran que el fallo de triple reiteración # 12 – 2015 atenta contra el Sistema de Rehabilitación Social, al aumentar el número de privados de libertad por delitos de drogas; y, el 30% estima que no atenta contra el Sistema de Rehabilitación Social. En este sentido, la mayoría de las encuestadas estimas que el fallo de triple reiteración solo aumenta el número de personas privadas de libertad, y no previene ni combate el delito de drogas.

## # 9

¿Piensa usted que el fallo de triple reiteración # 12 – 2015 debería ser expulsada del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por ser inconstitucional?

Tabla:  
Pregunta 9

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si	15	75%
NO	5	25%
TOTAL	20	100%

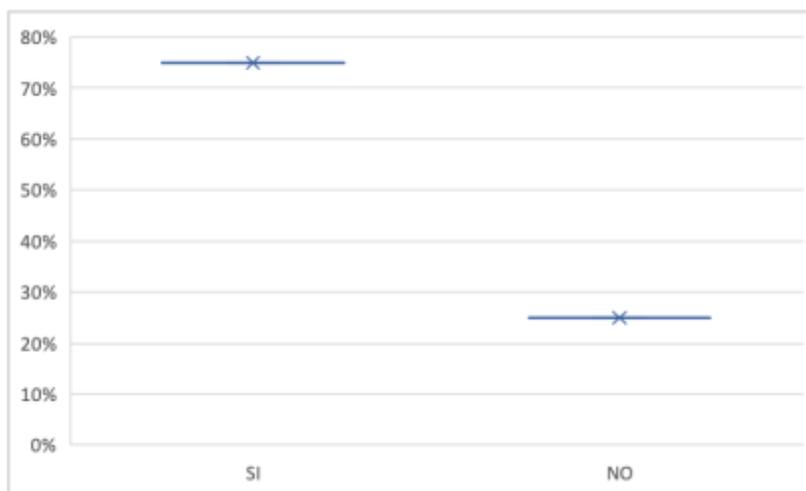


Figura 9  
Resultados

### **Análisis e interpretación de resultados:**

El 75% de los encuestados estima que el fallo de triple reiteración # 12 – 2015 debe ser expulsado del orden jurídico del Estado por ser inconstitucional, sin embargo, el 25% determina que este fallo no es inconstitucional por tanto debe permanecer en el ordenamiento jurídico. Manifestado aquello, es lógico que en base al criterio mayoritario de los encuestados la resolución sea declarada inconstitucional.

### PREGUNTA # 10

¿En caso de interponer una acción de inconstitucionalidad contra el fallo de triple reiteración # 12 – 2015, piensa usted que la Corte Constitucional fallaría a favor o en contra sobre dicha petición?

Tabla:  
Pregunta 10

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJES
A FAVOR	6	30%
EN CONTRA	14	70%
TOTAL	20	100%

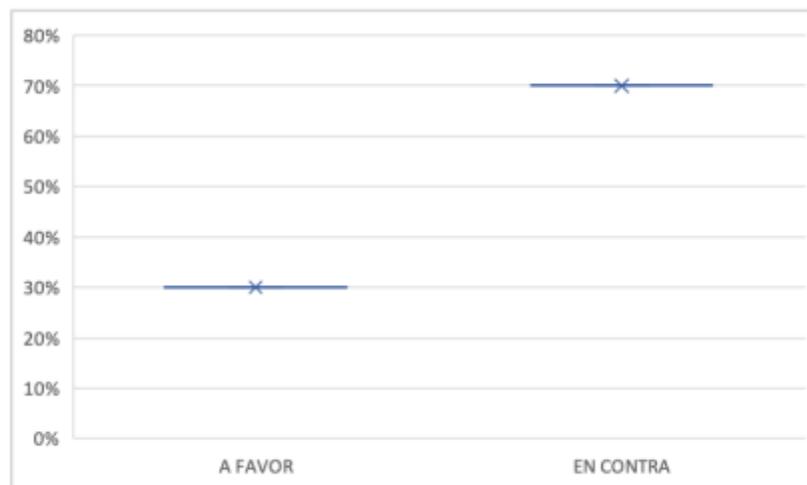


Figura 10  
Resultados

#### **Análisis e interpretación de resultados:**

El 70% de las personas encuestadas piensan que al poner una acción de inconstitucionalidad al fallo de triple reiteración # 12 – 2015, la Corte Constitucional fallaría en contra de la petición, pero el 30% determina que la Corte Constitucional fallaría a favor. Es decir, la mayoría de los encuestados no confía en el criterio de la Corte Constitucional, al determinar que el fallo es inconstitucional pero el mismo no será declarado así a petición de parte ni de oficio.

## CAPÍTULO DE DISCUSIÓN

Durante el proceso de investigación de la presente tesis, para la obtención de información sobre el problema planteado, se tomaron problemas de tipo burocráticos, vale decir que los operadores de justicia preferían no involucrarse con la temática por temor a futuras sanciones en ejercicio de sus labores, entorno a eso fue complejo el trabajo de campo al realizar las encuestas y entrevistas. Sin embargo, los métodos aplicados en la investigación fueron efectivos para obtener la información de campo, la cual nos condujo a importantes conclusiones para validar los objetivos propuestos, e incluso la propuesta para la solución al problema planteado.

En el trabajo de campo se pudo evidenciar que el poder en manos equivocadas es peligro para la sociedad, pues al no conocer la realidad social, y sobre todo el derecho a profundidad, se tomaría para tomar malas decisiones y perjudicar a inocentes, he aquí la vitalidad de que quienes ejerzan puestos de alto nivel jerárquico en el ámbito judicial, deben conocer ampliamente la materia. No obstante, es importante destacar que la norma es para exigir justicia, pero en el caso que nos ocupa no se puede llegar a confundir a narcotraficantes, micro traficantes, y consumidores, pues siendo las adicciones un problema de salud para la sociedad, habría que asegurarse no llegar a confundir los grupos antes expuestos.

En lo relativo a la seguridad jurídica del Estado Ecuatoriano, no se puede perjudicar al ciudadano que busca la tutela judicial efectiva, y que las penas vayan acorde la proporción de la infracción cometida en esta clase de actos. Y que este trabajo investigativo no termine aquí, sino que sea leído por la Corte Constitucional para que se declaren los derechos afectados y vulnerados, y que se declare la

responsabilidad del estado para que este pueda repetir contra sus funcionarios no destacados que cometen esta clase de errores en el sistema judicial. Pues los derechos humanos deben primar por sobre cualquier acto legal o jurídico.

Dicho esto, en base a los resultados obtenidos, se ha podido contrastar en base a los referentes empíricos que efectivamente existen derechos constitucionales vulnerados, y que es menester tomar cartas en el asunto, para recuperar ese estado constitucional de derechos y justicia social.

## **CAPÍTULO DE PROPUESTA**

### **Presentación de la propuesta**

Dentro del marco de estudio del presente proyecto investigativo, se destaca el énfasis en el principio constitucional de proporcionalidad y el principio procesal de legalidad, friccionados por el fallo de triple reiteración # 12 – 2015. Al referir al principio de proporcionalidad, vale considerar la sentencia # R17-2014-J22-2012 emitida por los jueces de la Sala de lo Penal, penal, militar, penal policial y tránsito de la Corte Nacional de Justicia, indicando:

Respecto a esta alegación este Tribunal de Casación, considera: el Art. 76.6 de la Constitución de la Republica, dispone que la Ley establecerá la debida proporcionalidad entre infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. Dentro de esta disposición está establecido el principio de la proporcionalidad que tiene que existir entre la infracción y la pena impuesta, esto significa que debe haber racionalidad en criminalizar alguna conducta y para ello el legislador debe estudiar detenidamente las consecuencias que una criminalización puede provocar en el medio social.” El juicio de proporcionalidad que es aplicable al caso, es por lo tanto, necesariamente individual y el castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa, sin dejar de mencionar que el principio de proporcionalidad es una herramienta cuidadosa que no permite excederse en el ejercicio de funciones del juez y que más bien constituye un medio para procurar la efectividad y garantizar el carácter inalienable de los derechos fundamentales de las partes procesales.

En igual sentido, la sentencia # R572-2012-J773-2010, determina:

Es importante establecer que la proporcionalidad implica realizar un análisis de la correspondencia que existe entre la sanción penal y la conducta

ejecutada sujeta a una sanción, tema fundamental de análisis al momento que el legislador en abstracto establece los tipos penales y las penas en nuestra legislación, considerando los principios básicos inter alia como el de lesividad y culpabilidad, es practica legislativa, que el momento de la creación de los tipos penales, de manera simultánea se establezca la pena, valorando la gravedad del delito con el establecimiento de la pena; valorando la gravedad del delito (aplicación de la proporcionalidad en abstracto). Para la aplicación de la proporcionalidad, la importancia del bien jurídico protegido, la lesión causada y el peligro generado, han de ser valorados por el legislador al ejercer su función de creación normativa (proporcionalidad en abstracto), misma que se regula dentro de una escala política y social del Estado”.

En estas circunstancias, vale citar al tratadista (Díaz Ripolles, 2013) en lo referente al citado principio no solo prescribe al legislador a fijar las sanciones atendiendo la importancia de lo tutelado, la gravedad del ataque y el ámbito de responsabilidad - subjetiva establecido. También es preciso que el legislador configure las penas de modo tal que permita al juez ajustar la sanción de acuerdo con las variaciones en el caso concreto.

Y, con respecto al principio procesal de legalidad, vale citar que el Art. 5 numeral 1 y Art. 53 del Código Orgánico Integral Penal, claramente indican que no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla, así mismo se indica que no se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código, el tiempo de duración de la pena debe ser determinado, quedan proscritas las penas indefinidas. Argumentación jurídica que clarifica la idea, sin necesidad de mayor argumento.

Dicho este argumento jurídico, la propuesta al presente trabajo investigativo, va focalizado a la nulidad de la Resolución # 12 – 2015 con carácter vinculante, emitida por la Corte Nacional de Justicia, a fin de garantizar la proclamación del estado constitucional del derechos y justicia social, aplicando que cuya norma suprema es la Constitución, donde garantiza derechos fundamentales de la persona, protegidos y garantizados por mandato constitucional, enfocando al tema de estudio, el bien jurídico protegido que la norma destaca es la salud pública, en los actos delincuenciales o faltas cometidas por el ciudadano se establece la debida proporcionalidad de la pena, así como también la legalidad de la misma, no se sancionan actos no tipificados por la Ley, se rescata que la finalidad de una sanción o penalidad es la rehabilitación social y la reparación integral de la víctima.

Al no existir el sentido jurídico procedente en cuanto la acumulación de penas para cada verbo rector con sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes según sea la sustancia psicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, Art. 220.1, situación que determina el fallo de triple reiteración 12 – 2015, de tal forma que su aplicabilidad afecta la dogmática jurídica y procesal del concurso real e ideal de infracciones, además del principio constitucional de proporcionalidad y el principio procesal de legalidad. Por tales motivos, se expresa la propuesta de nulidad a la Resolución # 12 – 2015.

## CONCLUSIONES

La Constitución de la República, garantiza a todos los habitantes del estado ecuatoriano, garantías básicas para la aplicación de los principios constitucionales, entre ellos, el de proporcionalidad que debe establecer la ley, entre la infracción y la sanción a imponer, principios que no deben ser mermados por una ley inferior.

En cuanto al principio procesal de legalidad; no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho, este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla; así mismo se indica que no se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales. El tiempo de duración de la pena debe ser determinado.

La Resolución # 12 - 2015 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, pese a la extensa motivación, resulta inconstitucional, y atentatoria del sistema jurídico y seguridad jurídica del estado.

La Resolución # 12-2015 vulnera directamente el principio constitucional de proporcionalidad y el principio procesal de legalidad, por tanto, debería declararse su nulidad, siendo contraria a principios constitucionales, legales y procesales de la materia.

Aumentar la penalidad en delitos de droga en sentido acumulativo, no es la solución para enfrentar el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, esta conducta no debe ser sancionada conforme al concurso de infracciones por no ser sujeta a esta figura legal.

El fundamento para la emisión de la Resolución # 12-2015 es inconsistente, parcializada y carece de eficacia jurídica al ir en contra de normas jurídicas

jerárquicamente superiores dentro del ordenamiento legal.

Existe extralimitación de funciones por parte del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en la emisión de la Resolución # 12-2015. El órgano legislativo es el único competente para tipificar delitos y establecer sanciones.

La Resolución # 12 – 2015, trae consigo una errada acumulación de penas que no se sujeta al marco legal ni constitucional de estado, emanando confusión en cuanto a la dogmática jurídica inherente al concurso de infracciones.

## RECOMENDACIONES

Se recomienda al Sistema de Justicia, que cuanto a la problemática objeto de estudio ya detallada, vale poner de manifiesto una premisa acorde los mandatos constitucionales y convenios internacionales, que se ajuste a la realidad social, y que contribuya al ejercicio de los principios procesales de la materia, en tal sentido:

- Ser agresivo en las penas con los narcotraficantes, solo si se logra este enfoque prevalecería el principio constitucional de proporcionalidad dentro de un estado constitucional de derecho y justicia.
- El exceso para el consumo sea sancionado con multa, pena no privativa de libertad y rehabilitación social.
- El endurecimiento de penas por incurrir en las sustancias prohibidas, debe hacerse desde una reforma al COIP, en cuanto a las escalas, de forma que no se contamine principios constitucionales de proporcionalidad, principios procesales de legalidad, sin obstruir la dogmática jurídica del concurso de delitos.

Para los abogados litigantes en libre ejercicio, al enfrentar procesos judiciales por tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, solicitar al juzgador que realice el respectivo control de constitucionalidad de la Resolución # 12 2015, de forma que existan muchos casos remitidos a consulta a la Corte Constitucional, para que de esa manera esta se pronuncie, y posteriormente la resolución sea declarada como inconstitucional, y con ello lograr que se conserve el Estado constitucional de derechos y justicia social, y el respeto de los derechos

fundamentales del procesado por delitos de droga.

Fundamentar motivadamente con conocimiento profundo de la dogmática jurídica, para ser más objetiva las resoluciones emitidas por la Corte Nacional de Justicia, de forma imparcial y coherente con las demás normas legales y constitucionales del estado.

## Referencias Bibliográficas

- Albán, E. (2011). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Quito: Ediciones Legales.
- Ambos, K. (1992). Control de Drogas. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial # 653.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial Suplemento 180.
- Albán, E. (2011). En *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano - Tomo I Parte General* (pág. 139 - 145). Ediciones Legales.
- Alexy, R. (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alis (s.f.). Droga legal. Obtenido de Ley de Fiscalización de Estupefacientes (Alemania): <http://reforma-de-la-carta.blogspot.com.ar/2009/02/ley-de-fiscalizacion-de-estupefacientes.html>
- Alis (s.f.). Droga legal. Obtenido de Drogas en Chile: [http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso?item\\_id=4153&leng=es](http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso?item_id=4153&leng=es)
- Alonso, M. B. (s.f.). Obtenido de Los Clubes Sociales de Cannabis en España. Una alternativa normalizadora en marcha?: <http://www.intercambios.org.ar/wp-content/uploads/2012/05/clubes-sociales-de-cannabis.pdf>
- Artour (s.f.). Legalidad de droga en Europa. Obtenido de Penas asociadas a los Delitos de Drogas en países europeos: [transparencia.bcn.cl](http://transparencia.bcn.cl)
- Artour (s.f.). Legalidad de droga en Europa. Obtenido de Crónicas desde la resistencia.: el modelo holandés sobre drogas.: <http://derechoderesistencia.blogspot.com.ar/2011/05/cronicas-desde-la-resistencia-el-modelo.html>
- Ávila, R. (2008). La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila, B. (2 de noviembre de 2015). *monografias.com*. Obtenido del Concurso de Infracciones en Ecuador: [www.monografias.com](http://www.monografias.com)
- Bacigalupo Z., E. (1996). *Manual de Derecho Penal - Parte General - 3ra Edición*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Baratta, A. (1986). Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Buenos Aires: Siglo VeintiUno.
- Benalcazar, (2014). Teoría del delito en el derecho penal Ecuatoriano. *Derecho Ecuador*, 4-5.
- Carbonell, M. (2014). El uso de la ponderación y la proporcionalidad. Quito: Jurídica.
- Caso Fermín Ramírez vs Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de junio de 2005).
- Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014).

- Clérico, L. (2009). *El Exámen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1977). *Pacto San José*. Costa Rica.
- Corte Constitucional del Ecuador, No 0015-11-CN (No 006-12-SCN-CC).
- Corte Nacional de Justicia. (2015). *Fallo de triple reiteración # 12 - 2015*. Quito: Suplemento del Registro Oficial # 592.
- Corte Nacional de Justicia. (2015). *Resolución # 12 - 2015*. Quito: Registro oficial # 592.
- Demetrio, E. (2004). *Curso de derecho penal - parte general*. Barcelona: Ediciones Experiencia.
- Díaz, J. (2013). *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Madrid: Editorial Trotta.
- Diez, J. L. (1991). *Alternativas a la actual legislación sobre drogas*. Bogotá: Temis.
- Diez, J. L., & Zambrano, A. P. (1992). *El discurso de la droga o el juego de la doble moral*. Guayaquil: Edino.
- Estefano, R. (2010). *Concurso de delitos*. Universidad de Salamanca. Salamanca.
- García, J. (13 de agosto de 2012). *Derecho Ecuador*. Obtenido de derechoecuador.com:<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2012/08/13/los-derechos-fundamentales>
- García, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- Gómez, I. B. (1999). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Praxis.
- Hernández, R. F. (2006). *Metodología de la Investigación - Cuarta Edición*. México: Interamericano Editores S.A. de C.V.
- Islas, R. (2011). *Principios Jurídicos. Principios Jurídicos*. Montevideo: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG.
- Jescheck, H. H. (2002). *Tratado de Derecho Penal - Parte general 5ta Edición*. Granada: Comares.
- Jiménez, L. (1999). *Lecciones de Derecho Penal Volumen VII*. México: Oxford University Press.
- Jhons (s.f.). *Apuntes legales sobre droga*. Obtenido de El turismo de 'coffee shops' en Holanda se acerca a su fin: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/05/01/internacional/1335841240.html>
- Jhons (s.f.). *Apuntes legales sobre droga*. Obtenido de La despenalización del autocultivo de marihuana en Chile: un debate en beneficio de toda la sociedad: <http://www.elciudadano.cl/2013/03/23/64814/la-despenalizacion-del-autocultivo-de-marihuana-en-chile-un-debate-en-beneficio-de-toda-la-sociedad/>
- Landaverde, M. (2015). *Concurso de Delitos. Enfoque Jurídico*, 2-4.
- Lopera, G. (2008). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales* (pág. 280). Quito.
- Lopera, G. (2008). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales* (pág. 284).

Quito.

- Maldonado, F. (2015). Delito continuado y Concurso de delitos. *VALDIVIA*, 7 - 9.
- Minguela, A. P. (9 de 8 de 2010). *SlideShare*. Obtenido de <https://es.slideshare.net/merlina10/diseo-no-experimental-transversal-252>
- Mir Puig, S. (2005). Derecho Penal - Parte General - 7ma Edición. Buenos Aires: B de F.
- Montana, J. (2012). Teoría Utópica de las Fuentes del Derecho Ecuatoriano. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- Muñoz, F., & Acosta, B. A. (1991). Drogas y Derecho Penal. *Nuevo Foro Penal*, 505.
- Neto, F. A. (2009). La suspensión como sustitutivo legal de la pena de prisión. *Universidad de Granada*. España.
- Opúsculo. (2015). *El estado de derecho y la tenencia de drogas para consumo personal*. Obtenido de Zambrano Pasquel: [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com)
- Pazmiño, C. (2008). *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*.
- Pavón, F. (2004). Manual de Derecho Penal Mexicano - Parte General - 17ava Edición. México: Porrúa.
- Pozo, M. d. (2007). El concurso de delitos. *Universidad de Granada*. Tesis doctoral.
- Rebouças, S. B. (s.f.). *El debate para legalizar las drogas alza vuelo en América Latina*. Obtenido de <http://www.elcato.org/el-debate-para-legalizar-las-drogas-alza-vuelo-en-america-latina>
- Rebouças, S. B. (s.f.). *Autoría y Participación en los Delitos de Tráfico de Drogas: Derecho Penal Español y Derecho Comparado*. Obtenido de <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/46>
- Rebouças, S. B. (s.f.). *Tráfico de drogas en américa latina: emergencia, contexto internacional y dinámica interna*. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/76/art/art5.htm>
- Righi, E. (2007). Derecho Penal - Parte General. Buenos Aires: LexisNexis.
- Robles, R. (2012). Límites al derecho penal. En *principios operativos en la fundamentación del castigo* (pág. 195). España: Atelier.
- Saavedra, E. (1991). *La Convención de Viena y el Narcotráfico*. Bogotá: Temis.
- Salgado, H. (2012). *Derechos Humanos y el Proceso*. Guayaquil: Corporación de Estudio y Publicaciones.
- Semerena, Y. (2018). Obtenido de QuestionPro: <http://noticias.universia.cr/educacion/noticia/2017/09/04/1155475/tipos-investigacion-descriptiva-exploratoria-explicativa.html>
- Silvestroni, M. H. (2007). Teoría Constitucional del Delito. Buenos Aires: del Puerto.
- Zaffaroni, E. R. (2002). Derecho Penal Parte General. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. (2005). *Derecho Penal - parte General (segunda edición)*. Buenos Aires: Ediar.
- Zambrano, A. (1996). *reflexiones sobre las nuevas modalidades delictivas previstas en la Ley de drogas de 1990, con especial referencia al narcolavado y testaferrismo*. Guayaquil: Ofjset Graba.

- Zambrano, A. (2010). delincuencia Organizada Transnacional, Doctrina Penal Constitucional y Práctica Penal. Guayaquil: Edilex S.A.
- Zambrano, A. (2014). Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal - Referido al libro Primero (Parte general). Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Zambrano, A. (2014). *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Zambrano, A. (2014). *Lavado de Activos*. Quito: Corporación de Estudio y Publicaciones.
- Zambrano, A. (2017). *La imputación objetiva opúsculos penales y constitucionales*. Guayaquil: Murillo.
- Zavala, J. (2002). El Debido Proceso Penal. Quito: Edino.
- Zavala, J. (2010). Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Guayaquil: EDILEX S.A..

**CONSEJO NACIONAL DE CONTROL DE  
SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y  
PSICOTRÓPICAS (CONSEP)**

**Resolución No.001-CONSEP-CD-2015**

**SE MODIFICA LA RESOLUCIÓN No. 002 CONSEP-CD-2014  
DE 09 DE JULIO DEL 2014, PUBLICADA EN EL SEGUNDO  
SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 288 DEL 14  
DE JULIO DEL 2014**

---

**Instrucciones de Ubicación:**

**CORPORACIÓN EDI-ÁBACO CÍA.LTDA.:** Sistema Equal: Aplicación de Normativa Contable; Carpeta Legal y Conexas, Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas-CONSEP Subcarpeta Resoluciones del CONSEP

---

Título General de la Obra:	<b>Actualización Contable</b>
Base legal:	<b>Suplemento Registro Oficial No.586</b>
Fecha de emisión:	<b>09 de septiembre de 2015</b>
Fecha de publicación:	<b>14 de septiembre de 2015</b>

Derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de la Obra por cualquier medio: fotomecánico, informático o audiovisual, sin la autorización escrita de los propietarios de los Derechos Intelectuales.

ISBN-9978-95-009-5 Registro Nacional de Derechos de Autor: 00950

Ecuador

**No. 001-CONSEP-CD-2015**  
**CONSEJO NACIONAL DE CONTROL DE**  
**SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y**  
**PSICOTRÓPICAS - CONSEP**  
**EL CONSEJO DIRECTIVO DEL CONSEP**

**Considerando:**

Que, el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece: *“Art. 76.- 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: 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”*;

Que, el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, dispone: *“Art. 220.- 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:*
  - a) *Mínima escala de dos a seis meses.*
  - b) *Mediana escala de uno a tres años.*
  - c) *Alta escala de cinco a siete años.*
  - d) *Gran escala de diez a trece años.*
  
2. *Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de precursores químicos o sustancias químicas específicas, destinados para la elaboración ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.*

*Si las sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, se oferten, vendan, distribuyan o entreguen a niñas, niños o adolescentes, se impondrá el máximo de la pena aumentada en un tercio.*

*La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible.”;*

Que, mediante Resolución 002 CONSEP-CD-2014 de 09 de julio del 2014, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 288 del 14 de julio del 2014, el Consejo Directivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas expidió las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala, establecida en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal;

Que, el Consejo Directivo del CONSEP en sesiones extraordinarias realizadas el 07 y 09 de septiembre del 2015 analizó y resolvió sobre el contenido de las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala, establecidas en la Resolución 002 CONSEP-CD-2014 de 09 de julio del 2014, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 288 del 14 de julio del 2014; así como el contenido de las cantidades máximas admisibles de tenencia para el consumo personal, que constan en la Resolución 001-CONSEP-CD-2013, de 21 de mayo de 2013, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 19, de 20 de junio de 2013;

Que, las cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas establecidas para la mínima y mediana escala han incidido en el incremento del micro tráfico de estas sustancias, siendo necesario revisar las cantidades de sustancias en estas escalas;

Que, el artículo 8 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, determina que el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, CONSEP, es una persona jurídica autónoma de derecho público, encargada del cumplimiento y aplicación de la referida Ley, que ejercerá sus atribuciones en todo el territorio nacional;

Que, el numeral 4 del artículo 7 del Estatuto Orgánico por Procesos del CONSEP, establece:

*“Art. 7.- Atribuciones del Consejo Directivo: 4. Aprobar reglamentos, acuerdos y resoluciones que coadyuven al cumplimiento de la misión institucional.”;* y,

En ejercicio de sus atribuciones legales,

## Resuelve:

**Artículo 1.-** Sustituir el artículo 1 de la Resolución 002 CONSEP-CD-2014 de 09 de julio del 2014, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 288 del 14 de julio del 2014, por el siguiente:

“Artículo 1.- Expedir las siguientes tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala:

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES								
Escala (gramos)	Heroína		Pasta base de cocaína		Clorhidrato de cocaína		Marihuana	
Peso neto	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Minima escala	>0	0,1	>0	2	>0	1	>0	20
Mediana escala	>0,1	>0,2	>2	50	>1	50	>20	300
Alta escala	>0,2	20	>50	2.000	>50	5.000	>300	10.000
Gran escala	>20		>2.000		>5.000		>10.000	

SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS						
Escala (gramos)	Anfetaminas		Metilendioxifenetilamina (MDA)		Éxtasis (MDMA)	
Peso neto	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Minima escala	>0	0,090	>0	0,090	>0	0,090
Mediana escala	>0,090	2,5	>0,090	2,5	>0,090	2,5
Alta escala	>2,5	12,5	>2,5	12,5	>2,5	12,5
Gran escala	>12,5		>12,5		>12,5	

**Artículo 2.-** Ratificar la vigencia de la Resolución 002 CONSEP-CD-2014 de 09 de julio del 2014, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 288 del 14 de julio del 2014, en lo que no ha sido modificada por la presente Resolución.

**Artículo 3.-** Ratificar el contenido de las cantidades máximas admisibles de tenencia para el consumo personal, que constan en la Resolución 001-CONSEP-CD-2013, de 21 de mayo de 2013, publicada en el Segundo

Suplemento del Registro Oficial No. 19, de 20 de junio de 2013.

**Artículo 4.-** Poner en conocimiento de la Asamblea Nacional y de la Función Judicial el contenido de la presente resolución. La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Quito, D.M., 09 de septiembre del 2015.

f.) Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado, Presidente del Consejo Directivo del CONSEP.

f.) Sr. Rodrigo Vélez Valarezo, Secretario Ejecutivo, Secretario del Consejo Directivo del CONSEP.

Certifico que es fiel copia del original que reposa en los archivos de la Secretaría Ejecutiva del CONSEP.- Quito, 10 de septiembre de 2015.- Firma Autorizada: Ilegible.



## **FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN**

**AL TRATARSE DE LAS DESCRIPCIONES TÍPICAS CONTENIDAS EN EL ART. 220.1 DEL COIP, LA PERSONA QUE CON UN ACTO INCURRA EN UNO O MÁS VERBOS RECTORES, CON SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES, SICOTRÓPICAS O PREPARADOS QUE LAS CONTENGAN, DISTINTOS Y EN CANTIDADES IGUALES O DIFERENTES, SERÁ SANCIONADA CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD ACUMULADA SEGÚN SEA LA SUSTANCIA SICOTRÓPICA O ESTUPEFACIENTE, O PREPARADO QUE LA CONTENGA, Y SU CANTIDAD; PENA, QUE NO EXCEDERÁ DEL MÁXIMO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 55 DEL COIP**

### **RESOLUCIÓN No. 12-2015**

**Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015**

### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

#### **PRECEDENTE**

#### **JURISPRUDENCIAL**

#### **RELEVANCIA**

1. Los precedentes jurisprudenciales son parámetros interpretativos que la Corte Nacional de Justicia del Ecuador está facultada a declarar a partir de criterios expuestos de manera reiterada en la parte resolutive de las sentencias, lo que se conoce como “stare decisis” —estar a lo decidido—, máxima jurídica de aplicación general en los modelos de derecho occidental.

2. Los precedentes jurisprudenciales tienen por objeto fortalecer y afirmar los derechos al debido proceso<sup>1</sup>, a la igualdad<sup>2</sup>, a la seguridad jurídica<sup>3</sup>, derechos

---

<sup>1</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74: “El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado ‘debido proceso legal’ o ‘derecho de defensa procesal’, que consisten en el derecho de

**reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, instrumentos de origen internacional, el Código Orgánico Integral Penal, y sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador.**

3. Esta facultad conferida a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador expresa su naturaleza como máximo órgano de administración de justicia ordinaria, al ejercer esta atribución y crear precedentes jurisprudenciales emite una decisión con fuerza vinculante, que debe ser acatada por otros órganos de justicia.

4. La Constitución de la República del Ecuador no determina si los precedentes jurisprudenciales son de hecho y/o con referencia al Derecho. Los primeros son referidos a casos no previstos en la ley sobre los cuales ocurre una creación de norma, de allí la denominación “derecho precedente”. Los segundos se refieren a casos en que se establece la inteligencia de la ley. Ambos son fuentes del Derecho.

El Código Orgánico de la Función Judicial se refiere a los precedentes de Derecho.

5. El presente instrumento tiene como finalidad establecer una norma generalmente obligatoria respecto de la aplicación de las sanciones privativas de libertad a personas cuya responsabilidad sea declarada por incurrir en oferta, almacenamiento, intermediación, distribución, compra, venta, envío, transporte, comercialización, importación, exportación, tenencia, posesión o tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas o preparados que las

---

toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.”

<sup>2</sup>Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79: “Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. [...]”.

<sup>3</sup>El respeto al principio de legalidad es expresión del derecho a la seguridad jurídica. La Corte IDH, en el caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, sentencia de 30 de enero de 2014, párr.. 69 y 70; ha dicho: “69. [...] los actos que conforman el procedimiento se agotan

de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula. En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene per se, el principio de legalidad.

70. En razón de lo anterior, el principio de legalidad, en el sentido que exista una ley previa a la comisión del delito, no se aplica a normas que regulan el procedimiento, a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable o en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal. [...]”.

**contengan, cuando se trata de más de una sustancia estupefaciente, psicotrópica o preparado que las contengan, y en distintas cantidades; según la tipificación contenida en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1.**

## I. ANTECEDENTES

6. *Publicación y vigencia del Código Orgánico Integral Penal.* La Ley que contiene al Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 180, de 10 de febrero de 2014, vigente en su totalidad desde el 10 de agosto del mismo año, omite cómo entender la combinación fáctica entre sustancias y cantidades de estupefacientes, sicotrópicas y preparados que las contengan, a efecto de fijar su punición, por lo que en fechas 14 de julio de 2014 y 14 de septiembre de 2015, se publicaron en los Segundos Suplementos de los Registros Oficiales No. 288 y No. 586, por parte del Consejo Directivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala; así como su reforma.

Esto en cumplimiento a lo que dispone el Código Orgánico Integral Penal en la Disposición Transitoria Décimo Quinta.

Sin embargo, la aplicación punitiva de las escalas que prevé el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 220.1 y las tablas indicadas, no está resuelta, correspondiendo a las y los jueces tal actividad, tomando en cuenta los principios de competencia, independencia, imparcialidad, constitucionalidad, debido proceso, proporcionalidad, entre otros.

7. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a través de varios tribunales, en distintas causas llevadas a su resolución por recursos de casación y de revisión, ha decidido que la sanción es acumulativa, con el límite que prevé el Código Orgánico Integral Penal.

8. Los casos son:

- a) Resolución No. 1140-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 06 de agosto de 2015, las 08h10, en el proceso No. 0385-2014, por recurso de casación.

Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, y doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional.

- b) Resolución No. 1211-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 25 de agosto de 2015, las 12h05, en el proceso No. 396-2014, por recurso de casación.

Tribunal conformado por la Jueza Nacional doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional, y doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional ponente.

- c) Resolución No. 1223-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 27 de julio de 2015, las 08h00, en el proceso No. 0598-2014, por recurso de revisión.

Tribunal conformado por la Jueza Nacional doctora Gladys Terán Sierra, doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, y doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional.

- d) Resolución No. 1255-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 31 de agosto de 2015, las 10h00, en el proceso No. 1962-2014, por recurso de casación.

Tribunal conformado por la Jueza Nacional ponente doctora Gladys Terán Sierra, doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional, y doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional.

- e) Resolución No. 1256-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 31 de agosto de 2015, las 08h15, en el proceso No. 1133-2014, por recurso de revisión.

Tribunal conformado por la Jueza Nacional ponente doctora Gladys Terán Sierra, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, y doctor Roberto Guzmán Castañeda, Conjuez Nacional.

## II. COMPETENCIA

9. A la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, por facultad constitucional, prevista en el artículo 184.2, le corresponde “Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.”

10. Según el artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador:

“Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.”

**11. El artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador le corresponde:**

“2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración [...]”

**12. La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988, en su artículo 3.4.a) señala que:**

“Artículo 3

DELITOS Y

SANCIONES

[...]

4. a) Cada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso.”

**13. La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en sentencia No. 001-12-SCN-CC de 05 de enero del 2012, dictada en el caso No. 0023-09-CN, definió al narcotráfico como delito de lesa humanidad:**

“Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia No. 002-10-SCN-CC del 14 de febrero del 2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 159 del 26 de marzo del 2010, replicada en la Sentencia No. 028-10-SCN-CC del 14 de octubre del 2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 319 del 12 de noviembre del 2010, ha señalado sobre el tema que: ‘delitos de narcotráfico, que por sus connotaciones negativas han sido catalogados como delitos de lesa humanidad, lo cual ha promovido a nivel internacional la adopción de medidas jurídicas, entre otras, con el fin de evitar en alguna medida su propagación. Esto

precisamente, exige de la Corte Constitucional, en salvaguarda del interés general y el buen vivir que establece en el numeral 7 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador... El CONSEP, a través de su Secretario Ejecutivo, a propósito del narcotráfico, ha expresado que: ‘...la organización delictiva del narcotráfico entre otros efectos negativos, genera grandes rendimientos financieros y fortunas ilegítimas, cuyos tentáculos son casi incontrolables y no respetan gobiernos, constituciones, convenciones, tratados, leyes, ideologías ni principios sociales, permitiéndose contaminar y corromper las estructuras del Estado...’ (...) En definitiva, es obligación del Estado garantizar formas y métodos jurídicos que permitan aminorar los impactos negativos que, en todos los órdenes, promueve e impulsa el narcotráfico...’” [Sic]

### III. CONSIDERACIONES Y

#### **FUNDAMENTOS Marco jurídico que fundamenta al precedente**

**14. El artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador, ya transcrito.**

**15.** Respecto a los precedentes jurisprudenciales, el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial establece:

“Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.

La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente.

Para el procesamiento de esta jurisprudencia, el Pleno de la Corte Nacional creará una unidad administrativa especializada.”

**16. En las sentencias expuestas, los tribunales mencionados han decidido de modo reiterativo y coincidente, en los sustancial, que en los casos descritos en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la construcción del tipo penal y su punición resulta de la combinación: acción nuclear, tipo de sustancia catalogada sujeta a fiscalización, y la cantidad de la sustancia, lo que exige sumar la pena adecuada a cada acto, sustancia y cantidad, hasta el límite máximo previsto en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal:**

“Art. 55.- Acumulación de penas.- La acumulación de penas privativas de libertad procede hasta un máximo de cuarenta años.

Las multas se acumulan hasta el doble de la máxima impuesta.”

## Determinación de los problemas jurídicos

**17. Para la adecuada construcción del precedente jurisprudencial y mejor comprensión del mismo, se determinan y desarrollan los siguientes problemas jurídicos:**

- a) Diferenciar los casos expuestos de las situaciones de concurso real de infracciones y de concurso ideal de infracciones;
- b) Establecer la idoneidad del tipo penal para acumular la punición, y garantizar la proporcionalidad de la pena.

### Argumentación y desarrollo de los problemas jurídicos

**18.** La construcción del tipo delictivo, al tratarse de las conductas descritas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, nos lleva a plantearnos la posibilidad de que una o unas personas se encuentran en situación de incurrir en un solo verbo rector del tipo penal, pero con respecto a dos o más sustancias catalogadas como sujetas a fiscalización, y en las mismas o en distintas cantidades.

**19.** Para ejemplificar: A es encontrado en tenencia, sin autorización, de marihuana en 10.000 gramos, de clorhidrato de cocaína en 5.000 gramos, de pasta base de cocaína en 2.000 gramos; y, de heroína 20 gramos. Mientras que B es encontrado teniendo, sin autorización, 21 gramos de heroína.

Para ubicar el caso A, en la legislación vigente diríamos que aplica el siguiente cuadro:

VERBO RECTOR	SUSTANCIASUJETA A FISCALIZACIÓN	CANTIDAD	ES CALA	PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN AÑOS
TENER (sin	Heroína	20 gramos	Alta escala	5-7
	Pasta base de cocaína	2.000 gramos	Alta escala	5-7

autorización)	Clorhidrato de cocaína	5.000 gramos	Alta escala	5-7
	Marihuana	10.000 gramos	Alta escala	5-7

Para ubicar el caso de B en la legislación vigente, diríamos que aplica el siguiente cuadro:

VERBO RECTOR	SUSTANCIA SUJETA A FISCALIZACIÓN	CANTIDAD	ESCALA	PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN AÑOS
TENER (sin autorización)	Heroína	21 gramos	Gran escala	10-13

**20.** El problema que se plantea es cómo considerar al caso de A y como al caso de B; y, elaborar su punición adecuada.

**21.** La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el debido proceso, en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) expuso:

“144. Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados<sup>108</sup>. El artículo 8 de la Convención establece, con referencia a las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, los alcances del mencionado principio de generación de responsabilidad por los actos de todos los órganos del Estado<sup>109</sup>.

145. Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas<sup>110</sup>.

**La ex Corte Constitucional para el Período de Transición,  
en varias de sus sentencias, definió lo que constituye el  
debido proceso en un Estado constitucional:**

i. Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el cual “[...] la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta

normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos [...]”<sup>4</sup>.

ii. “...En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales) [...] Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc”<sup>5</sup>.

iii. La seguridad jurídica es “[...] la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados [...]”<sup>6</sup>.

iv. Para que una resolución sea motivada “[...] se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión [...]”<sup>7</sup>. Y, posteriormente ha dicho que “La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión [...]”<sup>8</sup>.

**22.** La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en sentencia No. 006-12-SCN-CC, dictada el 19 de enero del 2012, en el caso 0015-11-CN

---

<sup>4</sup>Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

<sup>5</sup>Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

<sup>6</sup>Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

<sup>7</sup>Sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009.

<sup>8</sup>Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

### **sobre la proporcionalidad en las penas, al tratarse de los delitos de drogas, menciona lo siguiente:**

“Este principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente ligado al principio de legalidad en el viejo aforismo latino del ‘nullum crimen sine lege, nullam pena sine lege’, es decir que la infracción y la pena deben estar previamente establecidas en la ley [...] Es evidente que la pena con la que se sanciona a este tipo de delito responde a los presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pues no se puede negar que la misma es una medida adecuada y óptima para proteger el bien jurídico tutelado, esto es, la salud pública, a la par que se hace necesaria, pues limita el cometimiento de la figura penal tipo de la tenencia y posesión ilícita de drogas, y en cuanto a la proporcionalidad propiamente dicha, es lógico que la restricción al derecho a la libertad y la necesidad de la imposición de la pena frente a un ataque a la salud pública, conlleva la protección mayoritaria de este derecho; máxime aún cuando nos encontramos frente a una tipicidad abierta, a favor de la cual debe esgrimirse el principio *pro legislatore*”.

**23. Ubicar a la situación de A, con fines punitivos, como la de quien ha cometido el delito de poseer varios tipos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en cantidades correspondientes a alta escala y aplicarle pena privativa de libertad por 7 años, sería ignorar el contenido del tipo penal, dejar sin sustento legal a la diferenciación entre sustancias, sus cantidades, y la complejidad del acto para así imponer la pena.**

**24.** Frente a esto, ubicar a la situación de B, con fines punitivos, como la de alguien que ha cometido el delito de poseer sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en gran escala, y aplicarle pena privativa de libertad por 10 años, como si su acto fuere más dañoso que el de A, sería ignorar deliberadamente la capacidad de daño que puede cometer la actividad de A y la de B, así como, no haber avanzado en materia de garantías, particularmente en lo atinente a la proporcionalidad de la pena, algo que sustenta Código Orgánico Integral Penal cuando, en su exposición de motivos, se basa en que:

25.

**“3. Constitucionalización del derecho penal**

El derecho penal tiene, aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción. Por ello, el derecho penal debe determinar los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad.

El artículo 76 de la Constitución ordena que las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena.

Además, la Constitución en su artículo 78 incorpora la figura de la reparación integral. Para ello se integran algunas instituciones, con el fin de evitar la severidad del derecho penal y procurar que las soluciones sean más eficaces.”<sup>9</sup>  
(el subrayado nos corresponde)

**26. Dicho en resumen, resulta ilógico y contra la intención de la norma que conociendo la magnitud de la violencia y otros efectos que contiene la actividad ilícita, ilegal de producción y negociación de drogas, y su potencialidad contra el derecho a la salud, a quien, se encuentre en el caso de A, en las partes en la cantidad del ejemplo se le puna con 7 años (sin entrar analizar posibles atenuantes que bajarían la pena a 40 meses) y, a quien se encuentre en el caso de B se le puna con 13 años (sin entrar a considerar posibles agravantes que podría elevarse a 17 años y seis meses).**

27. Entonces, debe encontrarse la solución “coherente entre el grado de un derecho y la gravedad de la pena” [...] “con el fin de evitar la severidad del derecho penal y procurar que las soluciones sean más eficaces, la que busca el sentido de la construcción del tipo.” Como dice la exposición antes transcrita.

**A) El concurso real de infracciones y el concurso ideal de infracciones**

28. Resulta menester referirnos a los temas doctrinariamente conocidos como “el concurso de delitos”, a efecto de determinar a qué situación corresponden casos como el presente, atendiendo el diseño normativo verificado a partir del Código Orgánico Integral Penal.

**29.** Cuando a una persona le son imputables “varios delitos” que han de juzgarse en un mismo proceso se suscita una serie de cuestiones que la doctrina las ha reunido bajo este nombre “concurso de delitos”.

El interés práctico y/o medular del tema en cuestión, estriba, sobre todo, en la medida de la pena a imponer al sujeto activo del delito; para lo cual, se presentan o son posibles varias hipótesis a saber: i) Que cada una de las infracciones realizadas se punen por separado; acumulándose las sanciones que resulten (principio de acumulación); ii) Que se imponga la pena correspondiente al delito más grave; haciéndola objeto de una agravación (principio de asperación); iii) Que se condene a la pena del delito más grave, sin tomar en consideración las correspondientes a los otros delitos realizados (principio de absorción); y, iv) Que se imponga una pena determinada, distinta a la que está conminada para cada uno de los delitos realizados, independiente

<sup>9</sup>Exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 180, de lunes 10 de febrero de 2014,

### **del número de éstos y de la forma en que ocurren (principio de la pena unitaria).**

**30.** Para adoptar cualquiera de estos sistemas, las legislaciones punitivas distinguen, ya sea, que las diversas infracciones hayan sido realizadas mediante una sola acción, o que se hayan producido por una pluralidad de acciones; o, existan diversos delitos; precisamente, de esta distinción resulta que el presupuesto ineludible de la teoría del concurso de delitos es la determinación de cuándo estamos ante una sola acción, o delito; y, cuándo ante una pluralidad de estas o estos; en este sentido, los criterios anotados para hacerlo son de diferente naturaleza, por ejemplo el plan del autor, el número de resultados antijurídicos producidos o de tipos penales realizados, estar al sentido del correspondiente tipo penal que ofrece lo que debe entenderse por unidad de acción, etc; según el cual se estará ante un único hecho, cuando sea único también el acto de voluntad; o cuando se está ante uno o diversos delitos, entendidos, como tipos penales autónomos e independientes.

### **31. Concurso ideal o formal**

Con base en la unidad de acción, así determinada, pueden abordarse las cuestiones que plantea el que una sola acción del sujeto activo del delito produzca dos o más infracciones penales (concurso ideal o formal); y el que varias acciones del mismo autor constituyan varios delitos (concurso real); empero, hay veces, que por configuración legal, varias acciones distintas del sujeto constituyen un solo delito, y su problemática se incorpora, también, doctrinariamente en la teoría del concurso.<sup>10</sup>

32. Muñoz Conde<sup>11</sup>, considera al concurso ideal:

“3. UNIDAD DE ACCIÓN Y PLURALIDAD DE DELITOS (EL LLAMADO CONCURSO IDEAL)

Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos (la bomba del terrorista mata a varias personas) o heterogéneos (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concurso ideal o formal.

Evidentemente no puede valorarse igual una acción que produce un solo delito, que cuando esa misma acción realiza varios delitos. En este último caso, la aplicación de uno solo de los tipos delictivos no agotaría la valoración plena del complejo delictivo. Sólo la aplicación simultánea de

---

<sup>10</sup> Corte Nacional del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal proceso 333-2014- GT, recurso de casación la Fiscalía contra el ciudadano Edison Ricardo Alencastro Lagla.

<sup>11</sup> MUÑOZ CONDE Francisco: GARCÍA ARÁN Mercedes; Derecho Penal Parte General, Valencia; Edita Tirant lo Blanch; 2010. Pág. 466, 467.

todos los tipos no agotaría la valoración plena del complejo delictivo. Sólo la aplicación simultánea de todos los tipos delictivos realizados por la acción valora plenamente el suceso, si bien, luego, la pena total resultante de la aplicación de todos los tipos delictivos se limita con ayuda ciertos criterios a los que después aludiremos.

Precisamente, la diferencia, entre el concurso ideal y el concurso de leyes (infra 6), consiste en que en el concurso de leyes, aparentemente, son aplicables diversos preceptos penales infringidos por la acción son aplicables, si bien con ciertas limitaciones respecto a la pena total aplicable. Sin embargo, las diferencias entre uno y otro concurso no son fáciles de tratar dependiendo la configuración del tipo delictivo el que un mismo hecho (por ej. Falsedad documental) puede estar en concurso (ideal) de delitos o de leyes con otro ( por Ej., estafa) si se trata de un documento privado, su falsificación solo es punible si se hace para perjudicar a otro (art. 395) l que a su vez constituye ya un delito de estafa (art.248): si se trata de un documento público su falsificación, (arts. 390, 392) es siempre delito, haya o no perjuicio de tercero, perjuicio que si se produce y constituye estafa se castigará conforme a las reglas del concurso junto al delito de falsedad (cfr. Infra).

Supuesto de hecho. El concurso ideal se regula en el art. 77,1 del Código Penal y se da <<en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones>>. Ejemplo: el funcionario de correos que se apodera del contenido de un sobre

(dos delitos: infidelidad en la custodia de documentos y hurto); el puñetazo en la cara a una autoridad cuando se halle ejecutando las funciones de su cargo (lesiones y atentado).

Problema básico para la aplicación de este precepto es de establecer lo que se entiende por

<<un solo hecho>>. La unidad de hecho equivale a la unidad de acción antes citada. Por tanto habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal. Sin embargo, esta unidad de hecho, para integrar el presupuesto de concurso ideal tiene que dar lugar a la realización de varios tipos delictivos (<< dos o más infracciones>>), por lo que el hecho voluntario único debe abarcar una pluralidad de fines (matar a varias personas con una sola bomba), de ahí que no haya tantos medios como fines, sino que el medio puede seguir siendo único, aunque los fines sean diversos.

A todas luces, lo que pretende el legislador es evitar que la producción de varios delitos equivalga automáticamente a la realización de varias acciones (quod actiones, tot crimina), ya que entonces, la distinción entre concurso ideal y concurso real y su incidencia en la determinación de la pena no tendría sentido. Sin embargo la dificultad de fijar cuando hay un solo hecho o una sola acción y cuando varias hace que, en la práctica, exista una gran inseguridad a la hora de apreciar una u otra modalidad concursal.”

### 33. Claus Roxin<sup>12</sup> plantea:

“III. La unidad de hecho (concurso ideal)

1. La estructura básica del concurso ideal

El concurso ideal se presenta según el § 52, como ya se explicó (nm.2), en las formas de unidad de hecho heterogénea. La jurisprudencia y la doc. Absolutamente dom. Lo entienden de tal modo que una acción en el sentido expuesto (nm.10 ss.) ha de haber tenido como consecuencia diferentes realizaciones de tipos. En el supuesto más sencillo las acciones de ejecución son idénticas en su totalidad; así ocurre en el ejemplo ya empleado del arrojamiento de una piedra (nm.2), el cual tiene como

<sup>12</sup>CLAUS Roxin Derecho Penal Parte General, Tomo II. <Especiales formas de aparición del delito> España; Civitas Ediciones.; 2014 Pág. 963.

consecuencia tanto una daño material como también unas lesiones. Pero es suficiente también que las acciones de ejecución de las distintas realizaciones típicas se superpongan parcialmente (en detalle nm. 81ss.): Si una estafa (§ 263) se comete engañando el autor con la ayuda de un documento falsificado por él, la estafa y la falsedad documental sólo coinciden en un acto de acción, que en la estafa cumple el elemento típico del engaño y en falsedad documental el elemento del hacer uso. El resto de los elementos del tipo no se cumplen uno actu. Y a pesar de ello, existe concurso ideal.”

**34.** La esencia del concurso ideal formal de delitos es una acción, o unidad de acciones, con capacidad para adecuarse a las descripciones de varios tipos.

En el caso que hemos ejemplificado, la actividad de A, es una actuación pero no trasgrede a varios tipos penales. Pues se adecua a uno solo.

En consecuencia no nos encontramos ante un concurso ideal o formal de delitos.

**35.** Sobre el concurso real de delitos, los autores antes mencionados, dicen: Muñoz

Conde<sup>13</sup>:

“4. PLURALIDAD DE ACCIONES Y DE DELITOS (EL LLAMADO CONCURSO REAL)

En el fondo, el concurso real, que se da cuando concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo, no plantea ningún problema teórico importante. Cada acción por separado constituye un delito y, en principio, el tratamiento penal debe ser el principio de acumulación. Pero este principio, entendido de un modo aritmético, conduce, si no se limita de algún modo, a penas draconianas incompatibles con la valoración global de todos los delitos y con la sensibilidad jurídica. Así, por ejemplo, un vulgar ratero convicto y confeso de haber cometido en diversos momentos hurtos de escasa cuantía, podría ser condenado a una pena total de muchos años de privación de libertad, superior incluso a la de un homicida o violador. Por otra parte incluso en los delitos graves hay unos límites máximos que no deben sobrepasarse. De lo contrario, llegaríamos a aplicar penas de cientos de años de cárcel, multas de cuantías exorbitantes, etc., de imposible cumplimiento. Es, por ello, lógico que arbitren determinados criterios, con los que, combinando los diversos principios antes citados, se llegue a penas proporcionadas a la valoración global que merecen las diversas acciones y delitos cometidos y a su posible cumplimiento efectivo. Estos criterios serán expuestos, por tanto, en el capítulo XXXI”

Claus Roxin<sup>14</sup> menciona:

---

<sup>13</sup> *Ibidem*; Pág. 468

<sup>14</sup> *Ibidem*, Pág. 981.

“IV. La pluralidad de hechos (concurso real)

1. ¿Qué es el concurso real?

Existe concurso real cuando una pluralidad de hechos punibles se juzga en el mismo procedimiento (§ 53 I) o se somete a una posterior formación de una pena global o conjunta (§ 55 StGB, 460 StPO). Dado que el concepto de unidad de hecho (§ 52 I) ya se ha aclarado e ilustrado en detalles (supra III, nm.70 ss.), el concepto de pluralidad de hechos se interpreta por sí mismo: todas las acciones sometidas a una condena independiente, que no están en concurso ideal y que son susceptibles de formación de una pena conjunta o global, están en concurso real. Por tanto, la delimitación de unidad de acción y pluralidad de acciones (supra nm.10 ss.) aclara ya qué significa haber cometido varios hechos punibles.

Existe- paralelamente a la distinción en el concurso ideal, nm.2- un concurso real heterogéneo y uno homogéneo. El concurso real heterogéneo se da cuando alguien mediante múltiples acciones comete delitos diversos (por ejemplo hoy un hurto y mañana una estafa), y el homogéneo, cuando alguien mediante múltiples acciones realiza varias veces el mismo tipo delictivo (por ejemplo, causando lesiones a varias personas consecutivamente).

Mientras que los concursos se encuentran ya como tales en el límite entre la dogmática jurídica penal y la mediación de la pena (nm.6), en el concurso real se añade todavía un elemento jurídico- procesal más porque esta forma de concurso requiere básicamente el enjuiciamiento de los múltiples hechos en el mismo procedimiento (§ 53 I). No obstante, mediante la posibilidad de formación posterior de una pena conjunta o global (§ 55 Stgb, 460 StPO) esto se relativiza sustancialmente.”

**36.** El Código Orgánico Integral Penal define a los concursos ideal y al real, así:

“**Artículo. 20.- Concurso real de infracciones.-** Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años.

“Se está en presencia de delitos autónomos cuando los elementos integrantes de cada uno, son distintos; es decir, no existen elementos de juicio que autoricen a sostener que en la causa penal se advierten tipos subordinados o complementados, o ilícitos que por su composición descriptiva no pueden coexistir.<sup>15</sup>”

<sup>15</sup> <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/909/909198.pdf>; Consultado el viernes 20 de abril de 2015, a propósito de otro trabajo.

**La noción de delito autónomo alude “a aquella clase de delitos que se caracterizan por su independencia en relación con un determinado delito de referencia respecto del cual presentaría, en principio, alguna vinculación.”<sup>16</sup>**

**Artículo. 21.- Concurso ideal de infracciones.-** Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave.”

**37. Nuestra legislación, del Código Orgánico Integral Penal, no define a los delitos autónomos, pero se refiere a ellos, no solo en la acumulación real, sino en casos específicos como el lavado de activos (Art.317).**

Para el ejemplo y el caso real, al no contar con delitos (actos) autónomos unos de otros, no podemos decir que estamos ante un concurso real.

**38.** La consecuencia de determinar si nos encontramos ante un concurso real o un concurso ideal de delitos, es la pena, como se lee en las reglas generales.

El Código Orgánico Integral Penal, cuando se refiere a los “Delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización”, describe a los verbos, sustancias y cantidades que ya se transcribieron.

Tipificación que, por envío, se complementa con la Disposición Transitoria Décima quinta del Código Orgánico Integral Penal; ya transcrita, lo que permite sostener su constitucionalidad y no afectación al derecho a la seguridad jurídica<sup>17</sup>.

En conclusión, en el presente caso no se reúnen los requisitos del concurso ni en su forma ideal, ni en la real.

**39.** La idoneidad del tipo penal para acumular la punición, y garantizar la proporcionalidad de la pena:

La Tabla de cantidades de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas para Sancionar el Tráfico Ilícito de Mínima, Mediana, Alta y Gran Escala publicada en el en el Registro Oficial N° 288, de 14 de julio de 2014, expone:

**SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES**

<sup>16</sup> <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf>; Consultado el viernes 20 de abril de 2015, a propósito de otro trabajo.

<sup>17</sup> Constitución de la República del Ecuador: “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

Escala (gramos) Peso neto	Heroína		Pasta base de cocaína		Clorhidrato de cocaína		Marihuana	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	>0	1	>0	50	>0	50	>0	300
Mediana escala	>1	5	>50	500	>50	2000	>300	2.000
Alta escala	>5	20	>500	2.000	>2000	5.000	>2.000	10.000
Gran escala	>20		>2.000		>5.000		>10.000	

La tabla reformativa, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 0586, de 14 de septiembre de 2015, establece:

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES								
Escala (gramos) Peso neto	Heroína		Pasta base de cocaína		Clorhidrato de cocaína		Marihuana	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	>0	0,1	>0	2	>0	1	>0	20
Mediana escala	>0,1	0,2	>2	50	>1	50	>20	300
Alta escala	>0,2	20	>50	2.000	>50	5.000	>300	10.000
Gran escala	>20		>2.000		>5.000		>10.000	

Cada tabla tiene vigencia respecto del tiempo de acontecimiento de los hechos, y las y los jueces deben observar su contenido conforme al derecho a la seguridad jurídica, tanto en la fase investigativa como en las etapas procesales; y, sin perjuicio de la favorabilidad que pudiera producirse.

**40.** Así, la sanción para A sería de 28 años de pena privativa de libertad, sin considerar atenuantes ni agravantes. Entonces la pena para B, podría ser de 10 años de privación de libertad, considerando que el exceso entre la alta escala y la gran escala, es de un gramo (sin considerar atenuantes ni agravantes).

41. Sobre el principio de proporcionalidad de la pena, la Constitución de la República del Ecuador, establece:

“**Art. 76.-** 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:

[...]

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

[...]”

**Respecto al principio referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, sentencia de 11 de Mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), expuso:**

“196. En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que **la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.** La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención.” (el resaltado nos corresponde)

**La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 037-13-SEP-CC, dictada el 24 de julio de 2013, en el caso No. 1747-11-EP; expresó que el principio de proporcionalidad forma parte de las garantías del debido proceso:**

“El derecho constitucional al debido proceso es de fundamental importancia para el sistema de justicia ecuatoriano, puesto que garantiza que en la sustanciación de todos los procesos tanto judiciales como administrativos, las personas cuenten con garantías mínimas que les permitan obtener de la administración de justicia un resultado justo y amparado en la realidad de un caso concreto. El artículo 76 de la Constitución de la República determina: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso (...)".

Este derecho contiene un conjunto de garantías básicas, a saber: 1) Corresponde

a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; 2) Presunción de inocencia; 3) Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que, al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; 4) Invalidez e ineficacia probatoria de las pruebas obtenidas con violación de la Constitución o la ley; 5) Principio Indubio pro reo; 6) Proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza y 7) Derecho a la defensa.”

### **Ramiro Ávila Santamaría, considera:**

“Hay dos principios que materializan la proporcionalidad penal y el constitucionalismo: el principio de intervención mínima del estado y el principio de lesividad. Por el principio de intervención mínima se entiende que sólo los bienes jurídicos trascendentales se protegerán penalmente, y estos bienes normalmente se encuentran recogidos en la Constitución. Por el principio de lesividad, sólo los conflictos más graves e imprescindibles serán tipos penales y el daño que produce el delito debe ser real, verificable y evaluable

empíricamente. De lo contrario, desde la Constitución, el derecho penal se tomará arbitrario.”<sup>18</sup>

## **IV. FALLOS DE REITERACIÓN.**

**42.** Las sentencias que fundamentan este precedente, deciden:

- a) En resolución No. 1140-2015, sentencia de 06 de agosto del 2015, las 08h10, proceso No. 0385-2014; el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, y doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional:

“Lo dicho anteriormente, guarda relación con la actualización que el Código Orgánico integral Penal busca efectuar en el pensamiento jurídico de la materia que regula, pues tal como se estipula en su exposición de motivos, su expedición propende a que ‘... las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad (...) **existi[endo] cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena...**’ (énfasis fuera del texto), lo que aplicado a los delitos relacionados con las drogas, implica impedir que se juzgue de la misma forma a quien trafica con una sola sustancia ilícita, que a quien lo hace con varias, pues este último incorpora voluntariamente un mayor grado de injusto en su conducta, debiéndose tomar estos factores altamente en cuenta, ya que ‘... el tráfico ilícito es una actividad delictiva cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad...’, según deviene de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, del año 1998.

... Resolución No. 12-2015

Se debe recordar, además, que ‘el comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo delictivo’ por lo que en los casos relacionados con las drogas, no basta para considerar relevante una acción humana, el que recaiga sobre una sustancia ilícita, sino que el objeto de la acción tiene que estar delimitado en cuanto a su peso y a su tipo para poder ser encuadrado de correcta forma en el tipo penal, lo que sumando el conocimiento subjetivo del autor, respecto a la mayor o menor nocividad de la sustancia sobre la que recae su conducta, la termina diferenciado de cualquier otra en la que los elementos descritos lleguen a variar.

En conclusión, dado que este Tribunal de Casación considera que quien desarrolla su actuar delictivo sobre distintos tipos y cantidades de droga, comete conductas diferenciadas que requieren su propio encuadramiento normativo, corresponde aplicar la regla de acumulación fijada en el Código Orgánico Integral Penal, por lo que con ella, y en conjunto con las demás consideraciones que se han vertido en este punto del fallo, se hace la siguiente cuantificación de la pena que deberá cumplir el recurrente:

[...]” [Sic]

**b) En resolución No. 1211-2015, sentencia de 25 de agosto de 2015, las 12h05, proceso No. 396-2014; el Tribunal conformado por la doctora**

<sup>18</sup> Avila Santamaría, Ramiro. “El principio de legalidad v. el principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces)”; en, Carbonell Miguel, “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008. Pág. 336.

**Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional, y doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional ponente:**

“Ahora bien, el procesado conforme aparece de la sentencia recurrida, recibió condena por el delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas , tipificado y sancionado en el art. 62 de la ley de la materia; conducta que sigue siendo punible en el nuevo catálogo penal, específicamente en el art. 220.1 del COIP, con la salvedad de que la graduación de la pena se impone en consideración a la cantidad y tipo de sustancia estupefaciente, sin que la sanción puede exceder los límites previstos en el art. 55 del Código Penal.

Acumulación de penas.- La acumulación de penas privativas de libertad procede hasta un máximo de cuarenta años.

Las multas se acumulan hasta el doble de la máxima impuesta.

Según el anterior contexto normativo, tenemos que el procesado Cristián Camilo Valencia Jiménez fue encontrado al momento de su aprehensión, en posesión de

163.30 gramos de marihuana, 9.08 gramos de clorhidrato de heroína y 13.65 gramos de clorhidrato de cocaína; es decir, con una diversidad de sustancias estupefacientes, las cuales fueron llevadas a cabo lesionado idéntico bien jurídico, en este caso-la salud pública como bien colectivo-, por parte del mismo sujeto activo-procesado Cristian Camilo Valencia Jiménez-, contra el cual se sustanció en un solo proceso penal.

Así de manera gráfica la dosificación punitiva queda establecida de la siguiente manera:

Acusado	Sustancia sujeta a fiscalización	Cantidad en gramos	Escala	Penas en abstracto	Penas en concreto
<b>Cristian Camilo Valencia Jiménez</b>	Marihuana	163.30	Mínima	2 a 6 meses	4 meses
	Clorhidrato de Cocaína	13.65	Mínima	2 a 6 meses	3 meses
<b>Total</b>	Clorhidrato de heroína	9.08	alta	5 a 7 años	6 años
					<b>6 años 7 meses</b>

” [Sic]

c) En resolución No. 1223-2015, sentencia de 27 de julio de 2015, las

**08h00, proceso No. 0598-2014; el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional, y, doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente:**

“Como ya anotamos la construcción del tipo penal y su punición resulta de la combinación: acción nuclear, tipo de sustancia catalogada sujeta a fiscalización; y cantidad de tal sustancia.

Es una situación distinta a la de los concursos real o del ideal, estamos ante un caso especial, cada acción nuclear permite configurar, un delito por sí mismo, vale decir, un

delito autónomo, que puede constituir su propia particularidad, es decir, un delito independiente, que se reitera.

La punición depende de la sustancia y su cantidad, que ubica al acto en la escala respectiva.

La acción nuclear puede referirse a determinada sustancia y a cierta cantidad; esto la independiza de otra acción que pueda referirse a una sustancia distinta y una cantidad diferente.

Al punirse la acción la pena se complejiviza pues cada sustancia y su ubicación en la tabla de cantidad, conlleva la pena prevista en la ley, según la escala, pena que resulta de sumar la adecuada a cada sustancia y cantidad, teniendo en cuenta el máximo que señala el Código Orgánico Integral Penal en su disposición 55:

[...]” [Sic]

**d) En resolución No. 1255-2015, sentencia de 31 de agosto de 2015, las 10h00, proceso No. 1962-2014; el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional, y doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional:**

“4.3.5. Aclarado aquello, cabe reparar, que otra de las consecuencias en cuanto a que la legislación nacional haya decidido generar diferencias en la tipificación de delitos relacionados con las drogas, tras otorgarle relevancia a su clase y cantidad, es que ya no se puede considerar al desarrollo de un mismo verbo rector del tipo, que recaiga sobre dos o más sustancias diferentes, como una idéntica conducta; al respecto este órgano jurisdiccional ha señalado que:

(...) En efecto, cuando se encontraba en vigencia la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas como norma sancionadora de los delitos relacionados con la droga, no importaba que las circunstancias fácticas de las que proviniese la infracción recaigan sobre varios tipos de sustancias, pues todas ellas configuraban un solo actuar; ahora, por el contrario, la diferenciación que hace el Código Orgánico Integral Penal y la Resolución Nro. 002-CONSEP-CD-2014, torna imposible seguir juzgando estos delitos de la misma forma, pues existe el reconocimiento normativo de que ciertas sustancias causan un mayor peligro de lesión al bien jurídico salud pública, por su escala más alta de nocividad.

Lo dicho anteriormente, guarda relación con la actualización que el Código Orgánico integral Penal busca efectuar en el pensamiento jurídico de la materia que regula, pues tal como se estipula en su exposición de motivos, su expedición propende a que ‘... las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad (...) **existi[endo] cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena...**’ (énfasis fuera del texto), lo que aplicado a los delitos relacionados con las drogas, implica impedir que se juzgue de la misma forma a quien trafica con una sola sustancia ilícita, que a quien lo hace con varias, pues este último incorpora voluntariamente un mayor grado de injusto en su conducta, debiéndose tomar estos factores altamente en cuenta, ya que ‘... el tráfico ilícito es una actividad delictiva cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad...’, según deviene de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, del año 1998.

Se debe recordar, además, que ‘*el comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo delictivo*’ por lo que en los casos relacionados con las drogas, no basta para considerar relevante una acción humana, el que recaiga sobre una sustancia ilícita, sino que el objeto de la acción tiene que estar delimitado en cuanto a su peso y a su tipo para poder ser encuadrado de correcta forma en el tipo penal, lo que sumando el conocimiento subjetivo del autor, respecto a la mayor o menor nocividad de la sustancia sobre la que recae su conducta, la termina diferenciado de cualquier otra en la que los elementos descritos lleguen a variar.

En conclusión, dado que este Tribunal de Casación considera que quien desarrolla su actuar delictivo sobre distintos tipos y cantidades de droga, comete conductas diferenciadas que requieren su propio encuadramiento normativo, corresponde aplicar la regla de acumulación fijada en el Código Orgánico Integral Penal, (...)” (subrayado fuera de texto)” [Sic]

- e) En resolución No. 1256-2015, sentencia de 31 de agosto de 2015, las 08h15 , proceso No. 1133-2014; el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, y doctor Roberto Guzmán Castañeda, Conjuez Nacional:**

“Como se puede observar, supra, la expedición del COIP, en conjunto con la resolución que se menciona, en el párrafo anterior, cambió la manera en la que se juzgan los delitos relacionados con la tenencia de sustancias estupefaciente, pues estableció penas diferenciadas dependiendo del tipo y cantidad de droga de la que trata cada causa en específico; en tal sentido, y dado que en este caso puntual el recurrente ha desarrollado su conducta con base a dos tipos y cantidades diferentes de sustancias sujetas a fiscalización, con el fin de aplicar correctamente el principio de favorabilidad, le corresponde a este Tribunal de Revisión determinar la cantidad específica de cada tipo de sustancia; para ello, el suscrito órgano jurisdiccional debe precisar que se ha requerido revisar la prueba existente, para poder aplicar el principio de favorabilidad, pues dados los anteriores estándares de juzgamiento, devenidos de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, los juzgadores no requerían establecer, específicamente, **la cantidad o peso neto** ni el tipo de droga a la que se refería la causa en concreto; así, en la especie, el tribunal de primer nivel, solamente consigno en su sentencia, que a Jairo Eduardo García López, se le encontró en tenencia de ‘...*cocaína con un peso de 48 gramos, de igual manera (...) marihuana, con un peso de 08 gramos*’, sin precisar el peso neto de cada una de las sustancias descritas.} ”

Luego de efectuar la actividad descrita en el párrafo anterior, y de revisar el acta de destrucción de las sustancias estupefacientes, en comparación con el peritaje de análisis químico que se incorporó al expediente y los testimonios del policía Darling Guillermo Ortiz Ulloa y de la perito bioquímica y de farmacia Grey Ramírez Aspiazu, se concluye que las sustancias sobre las que versa la especie, con sus respectivos pesos, son: a) Pasta base de cocaína, en una cantidad de cuarenta gramos (40 gr.) de peso neto; y, b) Marihuana, en un total de cinco gramos (5 gr.) de peso neto.

Aclarado el tema del que se trata supra, se debe también hacer énfasis en que otra de las consecuencias de que la legislación nacional haya decidido generar diferencias en la tipificación de los delitos relacionados con las drogas, tras otórgale relevancia a su calce y cantidad, es que ya no se puede considerar el desarrollo de un mismo verbo rector del

tipo, que recaiga sobre dos o más sustancias diferentes, como una idéntica conducta. En efecto, cuando se encontraba en vigencia la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas como norma sancionadora de los delitos relacionados con la droga, no importaba que las circunstancias fácticas de las que proviniese la infracción recaigan sobre varios tipos de sustancias, pues todas ellas configuraban un solo actuar; ahora, por el contrario, la diferenciación que hace el Código Orgánico Integral Penal y la Resolución Nro. 002-CONSEP-CD-2014, torna imposible seguir juzgando estos delitos de la misma forma, pues existe el reconocimiento normativo de que ciertas sustancias causan un mayor peligro de lesión al bien jurídico salud pública, por su escala más alta de nocividad.

Lo dicho anteriormente, guarda relación con la actualización que el Código Orgánico integral Penal busca efectuar en el pensamiento jurídico de la materia que regula, pues tal como se estipula en su exposición de motivos, su expedición propende a que ‘... las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad (...) **existi[endo] cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena...**’ (énfasis fuera del texto), lo que aplicado a los delitos relacionados con las drogas, implica impedir que se juzgue de la misma forma a quien trafica con una sola sustancia ilícita, que a quien lo hace con varias, pues este último incorpora voluntariamente un mayor grado de injusto en su conducta, debiéndose tomar estos factores altamente en cuenta, ya que ‘... *el tráfico ilícito es una actividad delictiva cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad...*’, según deviene de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, del año 1998.

Se debe recordar, además, que ‘*el comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo delictivo*’ por lo que en los casos relacionados con las drogas, no basta para considerar relevante una acción humana, el que recaiga sobre una sustancia ilícita, sino que el objeto de la acción tiene que estar delimitado en cuanto a su peso y a su tipo para poder ser encuadrado de correcta forma en el tipo penal, lo que sumando el conocimiento subjetivo del autor, respecto a la mayor o menor nocividad de la sustancia sobre la que recae su conducta, la termina diferenciado de cualquier otra en la que los elementos descritos lleguen a variar.

En conclusión, dado que este Tribunal de Casación considera que quien desarrolla su actuar delictivo sobre distintos tipos y cantidades de droga, comete conductas diferenciadas que requieren su propio encuadramiento normativo, corresponde aplicar la regla de acumulación fijada en el Código Orgánico Integral Penal, por lo que con ella, y en conjunto con las demás consideraciones que se han vertido en este punto del fallo, se hace la siguiente cuantificación de la pena que deberá cumplir el recurrente:

[...]” [Sic]

## V. DECISIÓN

**Con las respuestas a los problemas jurídicos planteados y a los fallos reiterativos respecto a la punición de los casos en que una conducta se adecue a lo analizado; sobre el punto de derecho planteado, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, decide:**

*Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectoros, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal.*

**En la redacción de este precedente jurisprudencial, se han tomado en cuenta las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y sicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala; publicadas en los Segundos Suplementos de los Registros Oficiales No. 288 de 14 de julio de 2014, y No. 586 de 14 de septiembre de 2015, las que deberán aplicarse respetando el derecho de seguridad jurídica y al principio de favorabilidad, de ser pertinente.**

Esta decisión constituye jurisprudencia con efecto generalmente obligatorio, desde su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los dieciséis días del mes de septiembre de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (Voto en contra), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Edgar Flores Mier, Dra. Janeth Santamaría Acurio, Dr. Marco Maldonado Castro, CONJUECES Y CONJUEZA NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL

**VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA:**

**FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR**

**Nombre:** Reyes Bedoya Diego Fernando

**Cédula Nº:** 180219344-9

**Fecha:** 31/01/2019

**Profesión:** Doctor en Jurisprudencia

**Dirección:** Ambato

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIA NAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertinencia		X			
Secuencia	X				
Premisa	X				
Profundidad	X				
Coherencia jurisprudencial	X				
Comprensión	X				
Creatividad	X				
Beneficiarios	X				
Consistencia lógica	X				
Cánones doctrinales jerarquizados		X			
Objetividad	X				
Argumentación	X				
Hermenéutica		X			
Moralidad social		X			

Fuente (Obando, 2019)

Comentario: Buen trabajo, excelente dominio del tema, incita al lector a prepararse en cuestiones legales y procesales. El análisis expuesto por el maestrante en este trabajo investigativo tiene perspectivas inherentes a derechos humanos con estricto respeto a principios constitucionales, es justa la viabilidad de la propuesta expresa.

Firma



## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Garófalo Ledesma Giancarlo Vicente, con C.C: # 120707175-2 autor del trabajo de titulación: *Acumulación de penas por delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas citadas en la Resolución # 12 – 2015*, previo a la obtención del título de **Magister en Derecho mención Derecho Procesal** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 15 de mayo del 2019

f. \_\_\_\_\_  
Nombre: Garófalo Ledesma Giancarlo Vicente  
C.C: 120707175-2



## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Acumulación de penas por delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas citadas en la Resolución # 12 - 2015		
AUTOR(ES): (apellidos/nombres):	Garófalo Ledesma, Giancarlo Vicente		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Dr. Vivar Álvarez Juan Carlos Dr. De La Pared Darquea Johnny.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
CARRERA:	Maestría en Derecho mención Derecho Procesal		
TÍTULO OBTENIDO:	Magíster en Derecho mención Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	15 de mayo del 2019	No. DE PÁGINAS:	101
ÁREAS TEMÁTICAS:	Conflicto y Proceso		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Legalidad, proporcionalidad y justicia		

#### RESUMEN:

La regla que impone la Resolución # 12 – 2015 emitida por la Corte Nacional de Justicia, en función del Art. 220.1 del Código Orgánico Integral Penal, donde la persona que con un acto incurra en uno o más verbos retores, con sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según la sustancia psicotrópica, estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el Art. 55 del COIP. Fallo que tiene carácter vinculante, y en la práctica se impone hasta cuarenta años de pena privativa de libertad, por un delito que tiene una penalidad máxima de trece años, sin existir concurso de infracciones. Es por estos motivos que el **objetivo** de esta investigación es motivar y fundamentar la inconstitucionalidad de la Resolución # 12 – 2015. La **metodología** es cualitativa, buscando derogar la Resolución # 12 – 2015, se estructura con un contenido de temas y descripciones de la norma procesal penal focalizada para el caso en análisis, utilizando el método de análisis - síntesis e inductivo - deductivo, aplicando la técnica de análisis documental de la norma y comentarios de especialistas. Como **resultados** alcanzados se devuelve la independencia jurídica del COIP en lo concerniente al principio procesal de legalidad y sanciones inherentes a los delitos de droga, en **conclusión** no se contravendría el principio constitucional de proporcionalidad, prevaleciendo de este modo el estado constitucional de derechos y justicia.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0961907480	E-mail: iGeancarlo@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN: COORDINADOR DEL PROCESO DE UTE	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando	
	Teléfono: 0982466656	
	E-mail: <a href="mailto:ing.obandoo@hotmail.com">ing.obandoo@hotmail.com</a>	
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>		
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):		
Nº. DE CLASIFICACIÓN:		
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		