



1859

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
NIVEL DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

TÍTULO

**“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PREVISIÓN DE
SANCIONES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.”**

Tesis de grado previa a la
obtención del Título de
Magister en Ciencias Penales

AUTOR: Dr. Mario Chacha Vázquez.

DIRECTOR: Dr. Guilber René Hurtado Herrera Mg. Sc.

LOJA — ECUADOR.

2013

AUTORIZACIÓN

Dr. Guilber René Hurtado Herrera Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DEL ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que he dirigido durante todo el proceso de su elaboración la tesis de maestría en Ciencias Penales intitulada, **“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PREVISIÓN DE SANCIONES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”** presentado por el Dr. Mario Chacha Vázquez; y, por considerar que el mismo cumple con los requisitos exigidos, autorizo su aprobación para que pase a estudio del Tribunal de Grado.

Loja, septiembre del 2013

Dr. Guilber René Hurtado Herrera Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **Mario Chacha Vázquez** declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-Biblioteca virtual.

AUTOR: Mario Chacha Vázquez

FIRMA:

CÉDULA: 0300831690

FECHA: Septiembre de 2013

CARTA DE AUTORIZACIÓN

Yo, **Mario Chacha Vázquez**, declaro ser autor de la tesis titulada; “**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PREVISIÓN DE SANCIONES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**”, como requisito para optar al grado de; **MAGISTER EN CIENCIAS PENALES**; autorizo al sistema bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos muestre al mundo **CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICATION ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO**.

la producción intelectual de la universidad , a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 13 días del mes de septiembre del dos mil trece, firma el autor.

FIRMA:

AUTOR: Mario Chacha Vázquez

CEDULA: 0300831690

DIRECCIÓN: Loja

CORREO ELECTRÓNICO: mariogus_chacha@hotmail.com

TELÉFONO: 0989117642

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Guilber René Hurtado Herrera Mg. Sc.

MIEMBROS DE TRIBUNAL

PRESIDENTE: Dr. Adolfo Moreno Sánchez

VOCAL: Dr. Rogelio Castillo Bermeo

VOCAL: Dr. Rolando Macas Saritama

DEDICATORIA

La presente producción intelectual, investigada y reflexiva la dedico:

A DIOS por darme la vida y los dones necesarios para poder cumplir las metas propuestas.

A mis padres y hermano que se encuentran en el Reino Celestial, y que sin tenerlos cerca siempre desearon mi superación.

A mis hijos y esposa quienes siempre me motivaron con su ayuda y apoyo incondicional, como basé fundamental para culminar mis anhelos de superación

Mario Chacha Vázquez

AGRADECIMIENTO

Quiero llegar con el más sincero agradecimiento al Nivel de Postgrado de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional de Loja en la persona de sus autoridades y catedráticos, quienes influyeron con sus conocimientos en mi formación profesional, así también de manera muy especial al Doctor Homero Jimbo Soto, por su acertada conducción en el presente trabajo de tesis.

En fin, a cada uno de mis familiares y amigos que de una u otra forma me apoyaron para la consecución de tan importante meta en mi carrera profesional.

Mario Chacha Vázquez

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

AUTORIA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Derechos y garantías

4.1.2. Sustancias estupefacientes y psicotrópicas

4.1.3. Delitos y sanciones

4.1.4. Principio de legalidad

4.1.5. Principio de proporcionalidad

4.1.6. Principio de ponderación

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Garantías jurisdiccionales de derechos

4.2.2. La proporcionalidad de las penas y sanciones

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Bienes Jurídicos en la Constitución de la República del Ecuador

4.3.2. Las penas en el Código Penal

4.3.3. Análisis de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Legislación Penal de Colombia

4.4.1. Legislación Penal de España

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales

5.2. Métodos

6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de las encuestas

6.2. Estudio de casos

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Propuesta de Reforma

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PREVISIÓN DE
SANCIONES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.**

2. RESUMEN

Esta investigación comprende un estudio de las penas señaladas en la Ley de Sustancias estupefacientes y psicotrópicas para cada delito son desproporcionales al tipo penal, entre las infracciones y las sanciones. Por estas circunstancias existe la necesidad de ponderar los intereses en conflicto al momento de determinar la limitación de derechos fundamentales. Los del sujeto titular del derecho y los intereses públicos que se pretenden proteger o alcanzar.

El apercibimiento de las penas que debe hacer el Tribunal de Garantías Penales a la persona que es presuntamente culpable, por medio de la amenaza, pena o sanción para que corrija su conducta, para que se enmiende y repare con el ilícito cometido, no va con la proporcionalidad de la infracción.

Por estas circunstancias en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas existe una contraposición como norma, en contra de la Constitución, por no existir una debida proporción entre la infracción y la sanción, pues es necesario se aplique el principio de proporcionalidad. Con aquello, se verifica que las penas para los delitos de tráfico de drogas su sanción en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idóneo, necesario para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

2.1. Abstract.

This research includes a study of the penalties prescribed in the Law on Narcotic Drugs and Psychotropic Substances for each crime are disproportionate to the offense, including offenses and penalties. For these circumstances there is a need to weigh the competing interests in determining the limitation of fundamental rights. The subject of the right holder and the public interests to be protected or achieved.

The warning of penalties should the Criminal Tribunal of the person who is presumed guilty, by threats, punishment or sanctions to correct their behavior, to amend and repair the crime committed, not going to the proportionality of the offense.

For these circumstances the Law on Narcotic Drugs and Psychotropic there is a contrast as a rule, contrary to the Constitution, not to be a due proportion between the offense and punishment, it is necessary to apply the principle of proportionality. With that, it is verified that the penalties for drug trafficking offenses the penalty in question protects a constitutionally valid purpose, which is suitable, necessary to ensure compliance, and that a proper balance between protection and the constitutional restriction.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación jurídica, he abordado un tema importante dentro de la realidad social actual, de la proporcionalidad entre infracciones y sanciones, es adoptada desde los derechos constitucionales, aplicable a la interpretación del caso concreto de los delitos establecidos en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, esto es para lograr una decisión correcta aplicando en la ley en todas las circunstancias del mismo.

En el marco de la investigación de campo, he receptado el criterio que tienen los abogados, acerca de que el tipo penal de los delitos de sustancias psicotrópicas son desproporcionales entre infracciones y sanciones, no siendo acordes a la gravedad del delito cometido, conllevando a que no sea efectivo la imposición y ejecución de las penas señaladas en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo siguiente: La revisión de literatura con un Marco Conceptual que comprende: Derechos y garantías, sustancias estupefacientes y psicotrópicas, delitos y sanciones, principio de legalidad, principio de proporcionalidad, principio de ponderación; un Marco Doctrinario sobre Las garantías jurisdiccionales de derechos, la proporcionalidad de las penas y sanciones; un Marco Jurídico de los bienes Jurídicos en la Constitución de la República del Ecuador, las penas en el Código Penal. Análisis de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; y, la Legislación Comparada de los países de Colombia y España

Después de la revisión de literatura, se especifican los métodos, técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, luego expongo los resultados de la investigación de campo con la aplicación de encuestas. Luego se realizó la discusión con la verificación de objetivos, contrastación de hipótesis, criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta de reforma. Para luego terminar con las conclusiones, recomendaciones a la propuesta de reforma.

De esta manera dejo planteado la presente investigación jurídica, aspirando que la misma sea acogida y aprobada por el Honorable Tribunal de Grado.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Derechos y garantías

El Dr. Galo Espinosa Merino comenta que derecho es *“Conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos aun coercitivamente. Derecho Objetivo: conjunto de normas obligatorias que tienen por objeto conseguir el orden, la seguridad y la justicia. Derecho Subjetivo: poder moral inviolable para exigir, hacer o no hacer una cosa”*.¹

Los conceptos de derecho positivo y el derecho vigente se pueden reducir a que el primero es el que se aplica y el segundo es el que el órgano legislativo público para ser obedecido en tanto dure su vigencia, mientras no sea sustituido por medio de la abrogación o derogación. Por lo tanto no todo derecho vigente es positivo, Es decir hay normas jurídicas que tienen poca aplicación práctica es decir no es derecho positivo pero si es derecho vigente.

Desde el punto de vista objetivo, dícese del conjunto de leyes, reglamentos y demás resoluciones, de carácter permanente y obligatorio, creadas por el Estado para la conservación del orden social. Esto es, teniendo en cuenta la validez; es decir que si

¹ ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, Pág.167

se ha llevado a cabo el procedimiento adecuado para su creación, independientemente de su eficacia y de su valor como la justicia, paz, orden, etc.

Mabel Goldsteinopina que derecho es “*Conjunto de principios, preceptos y reglas a los que están sujetas las relaciones humanas en toda sociedad civil y a cuya observancia toda persona puede ser compelida por la fuerza*”.²

El Derecho es el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirado en postulados de justicia, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter. En otras palabras, es el conjunto de normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos interpersonales.

El Dr. Galo Espinosa Merino manifiesta que garantía es “*Tutela, amparo, protección jurídica. Fianza, prenda. Cosa que asegura y protege contra un riesgo o necesidad*”.³

La palabra garantías han sido conceptualizada como un derecho de libertad, que ha hecho necesario establecer cuáles son las libertades que los individuos, como miembros de un Estado, tiene, y que, además, constituyen un límite al ejercicio de la autoridad.

² GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Colombia, 2008, Pág.204

³ ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, Pág. 327

El Sr. Guillermo Cabanellas opina que garantía es “*Afianzamiento, fianza. Prenda, caución, obligación del garante. Cosa dada en garantía, seguridad y protección frente un peligro o contra un riesgo*”.⁴

En efecto, puede decirse que las garantías individuales son derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de un Estado que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos de libertad consagrados en el Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador; además constan garantías constitucionales como una potestad normativa de la obligación de adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, a los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Enrique del Acebo Ibáñez indica que la dignidad humana engloba “*Toda la problemática de los derechos humanos tiene su fundamento en la dignidad humana, término generalizado en la segunda mitad de siglo XX para caracterizar el reconocimiento social del hombre como persona independiente de su esencia.*”⁵

Las prerrogativas de la dignidad humana y sus derechos han sido incluidos prácticamente en todas las constituciones de los Estados contemporáneos, y son independientes de la nacionalidad, raza, religión, nivel social, etc.

⁴CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Jurídica Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág. 178

⁵ DEL ACEBO IBÁÑEZ, Enrique, BRIE, Roberto: Diccionario de Sociología, Segunda Edición, Buenos Aires, Editorial Claridad, 2006, Pág. 125

Luis Cueva Carrión señala que *“Derechos y garantías forman una unidad dialéctica: los primeros son facultades o atribuciones; las garantías, herramientas para llevarlos a la práctica. Derechos y garantías actúan juntos y esta actuación conjunta posibilita el pleno goce de los derechos. Nada son los derechos sin las garantías jurisdiccionales porque éstas controlan su efectivo cumplimiento.”*⁶

Para que los derechos protejan efectivamente al ciudadano deben contener una obligación concreta, deben ser exigibles jurisdiccionalmente y debe haber la posibilidad cierta de reclamarlos ante un sujeto determinado. Si los derechos cumplen con estas condiciones todos los ciudadanos pueden vivir dentro de una democracia total y continua porque, sólo a través de los derechos concretos, pueden hacerla suya y experimentar sus beneficios: no es posible construir una democracia sin derechos y sin la posibilidad de ejercerlos.

Las garantías jurisdiccionales son mecanismos jurídicos de defensa de los derechos constitucionales creados por la Constitución, estructurados por las leyes procesales y administrados por los órganos jurisdiccionales.

Para el tratadista Gregorio Badén *“Son los medios que la Ley Fundamental pone a disposición de los hombres para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, los individuos y los grupos sociales, y sin las cuales el reconocimiento de estos últimos será un simple catálogo de buenas intenciones. La garantía es el*

⁶ CUEVA CARRIÓN, Luis: Acción Constitucional Ordinaria de Protección, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, 2010, Pág. 59

instrumento que la ley otorga al individuo para que, por su intermedio, pueda hacer efectivo cualquiera de los derechos que esa misma ley le reconoce, y el instrumento que tiene el sistema constitucional para asegurar su subsistencia.- Es la protección práctica y concreta que se dispensa a los derechos del hombre, de modo que la inexistencia o fracaso de una garantía no significa la negación de un derecho, sino su inaplicabilidad positiva por la inexistencia de aquella, y la eventual suspensión de una garantía no significa la suspensión del derecho respectivo, así como también la suspensión de un derecho implica, necesariamente, la suspensión de la garantía, al privar a ésta de su objetivo específico (...) “Nosotros entendemos que las garantías constitucionales son todos los recursos establecidos en forma expresa o implícita por la Constitución, y cuyos alcances no se limitan a la defensa de los derechos individuales y sociales, sino que también se extienden a la defensa de las instituciones y del sistema constitucional”⁷.

Las garantías jurisdiccionales han permitido que los derechos económicos, sociales y culturales pasen de ser un programa político a ser derechos judicialmente exigibles; es decir, auténticos derechos para las grandes masas sociales históricamente relegadas y olvidadas. Así se produjo la transición de la igual formal a la igualdad material de todos los sujetos y el ascenso al goce de todos los derechos sin limitación y con plena efectividad.

Las garantías jurisdiccionales son mecanismos jurídicos de defensa de los derechos reconocidos por la Constitución, estos mecanismos son los procesos constitucionales;

⁷ BADENI, Gregorio: Nuevos Derechos y Garantías Constitucionales, Editorial Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires – Argentina, 1995, Pág. 19, 20

ellos constituyen la vía idónea para su defensa. Estos mecanismos son creados por la Constitución, desarrollados por las leyes de procedimiento y llevados a la práctica por los órganos jurisdiccionales.

4.1.2. Sustancias estupefacientes y psicotrópicas

En el Diccionario Conceptual de Derecho Penal señala que estupefaciente es *“Droga no prevista médicamente, que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo dependencia. La sensibilidad de los individuos a la acción de una sustancia, varía en forma considerable, y casi cada individuo responde en forma propia debido a factores genéticos, inmunológicos, metabólicos, alérgicos idiosincrásicos. Si la persona está permanentemente en contacto con una sustancia puede llegar a ser hipersensible a ella, o hiperresistente. Se sabe que si una persona ingiere diariamente mínimas cantidades de veneno, puede cada vez aumentar la dosis hasta llegar a ingerir dosis mortales sin que le ocasionen ningún malestar, este individuo ha aumentado la tolerancia a los efectos del tóxico”*⁸

El consumo de drogas como se explica aquí en forma permanente, conlleva a lo que comúnmente se conoce como habitualidad, la distribución por el organismo, la depuración en la sangre son diferentes de un individuo a otro, variando la concentración de ella y cambiando la respuesta del individuo tóxico.

⁸ DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá-Caracas-Panamá-Quito, 2004, Pág. 277

Las principales drogas de las cuales está dopado la juventud son las alucinógenas, que son sustancias que distorsionan la conciencia y producen alucinaciones con cuadros semejantes a la esquizofrenia. Entre éstas merecen citarse su frecuencia en cuanto al uso, la marihuana, la coca, el bazuco, el opio y sus derivados como codeína, morfina, heroína. Igualmente utilizan los medicamentos sicotrópicos usados en la práctica corriente de la psiquiatría entre los cuales están los hipnóticos, tranquilizantes, antidepresivos y anfetaminas.

Para Manuel Osorio estupefaciente es *“Sustancia narcótica que produce la pérdida de la sensibilidad y causa degeneración, como los derivados del opio y la cocaína. En derecho penal el problema de los estupefacientes ofrece importancia por cuanto su uso, su distribución y aun su simple tenencia, pueden configurar delito. El tema también es importante en criminología, ya que la aplicación de esas drogas origina la comisión de delitos”*⁹

Sobre lo anotado por Manuel Osorio que las sustancias narcóticas, es aplicado dentro de la criminología que quienes están bajo estas sustancias conlleva a la comisión de delitos, pues al respecto expreso que no existe una estadística precisa que permita establecer una relación, más o menos exacta, entre los consumidores de drogas y el campo de la delincuencia, pero en rasgos generales puede decirse que los drogadictos muestran una mayor propensión a cometer delitos contra la propiedad o contra la honestidad, aunque en muchas oportunidades han llegado también al crimen.

⁹ OSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008, Pág. 386

Entre los delitos mencionados en primer término se destacan por su frecuencia el robo, el hurto, la estafa y la falsificación de recetas médicas, cuyo propósito final es permitir la obtención del tóxico.

En el diccionario jurídico Omeba, las drogas las ubican dentro de la toxicomanía, indicando que *“El comité de expertos de la Organización Mundial de la Salud, en una reunión celebrada en el año 1952, definió a la toxicomanía como ‘un estado de intoxicación periódico o crónico, dañoso para el individuo y la sociedad, ocasionado por el consumo repetido de una droga natural o sintética. Pese a todos los estudios que se han hecho sobre el tema, no se ha logrado aún una clasificación completa de las sustancias capaces de determinar el acostumbramiento que sirve de base a la toxicomanía. La más completa posiblemente sea la elaborada por Durand, que figura en los libros de texto especializados. Sintmnailogía general de la mayoría de las toxicomanías. Los síntomas que hacen a la toxicomanía pueden ser clasificados en dos grupos: a) los que dependen del tóxico; b) los que están vinculados a la personalidad.”*¹⁰.

Los síntomas que se manifiestan como consecuencia de la ingestión de las drogas cuyo consumo configura la toxicomanía, son por lo general los siguientes: sensación de euforia, cada vez más breve (que exige, por consiguiente, un aumento progresivo de las dosis), seguida luego por un estado de depresión física y psíquica, llamado por

¹⁰ DICCIONARIO JURÍDICO OMEBA, CD-ROM

los expertos estado de necesidad. Otros síntomas son la agresividad, el descontrol y la exacerbación sexual.

En cuanto a los síntomas relacionados con la personalidad del drogadicto, puede decirse, en lineamientos generales, que están representados por la potencialización de características tales como la abulia, la apatía, la indiferencia y, en ciertos casos, la exacerbación de la impulsividad y del carácter antisocial. Esto explica por qué estos individuos incurren generalmente en una conducta delictuosa, aunque la misma es determinada, generalmente, por la necesidad de conseguir droga, en cualquier forma.

4.1.3. Delitos y sanciones

Sobre el juzgamiento Guillermo Cabanellas sostiene que juzgar es “*Administrar justicia. Decidir un asunto judicial. Sentenciar. Ejercer funciones de juez o magistrado. Afirmar o exponer relaciones entre ideas. Enjuiciar, examinar, considerar, dictaminar en un asunto o negocio. Antiguamente, condenar a perder alguna cosa; y, más especialmente, confiscarla*”.¹¹

Juzgar es deliberar y sentenciar una causa el que tiene autoridad para ello, respecto de la culpabilidad o no que tiene una persona en una determinada cuestión que se juzga, o en su defecto, también implica deliberar de la razón que le asiste en tal o cual tema para luego emitir una decisión, es decir una sentencia en lo procedente.

¹¹ CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág. 223

Lo que se juzga en lo penal es el cometimiento de un delito, y según Alfonso Reyes Echandía en su obra titulada Derecho Penal, manifiesta que *“En la preparación de los delitos no siempre se da la situación de la intervención de un solo sujeto, produciéndose en más de una ocasión la intervención de un concurso de voluntades con identidad criminosa. En determinados tipos penales la colaboración de más de uno es necesaria como antecedente con el duelo y la bigamia, en otros ese concurso es eventual.”*¹²

Pero aquella posición y otras que quedan claramente establecidas en la tendencia tradicional, han hecho surgir una posición distinta, según la cual considera que no es preferible distinguir entre las diversas personas que intervengan en el delito, considerarlas a todas partícipes y aplicarles la pena fijada para el delito, salvo casos de excepción.

El delito en un proceso continuo, ininterrumpido, en el que se puede distinguir o señalar estos momentos y otros más óptimamente no hay límites tajantes en esta línea ascendiente. Entre todas estas etapas cabe distinguir los siguientes estados de desarrollo del delito: concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer del resultado típico, agotamiento del hecho.

Cabe establecer que el delito no aparece de improviso, obedece a un proceso, lo que los clásicos denominaban, el “camino del delito” o “iter criminis”. Para llegar a la

¹² REYES ECHANDÍA, Alfonso: **Derecho Penal**, Universidad Externado de Colombia, 1980, Pág. 183

consumación del delito, es necesario seguir un “camino”, que va, desde la idea de cometerlo, que surge en la mente del sujeto, hasta la consumación. Ese conjunto de actos para llegar al delito, se denomina “iter criminis” o “camino del delito”.

Sobre este particular según Eugenio Zaffaroni en su Tratado de Derecho Penal, manifiesta que *“Desde el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero íntimo del sujeto, hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor. A este proceso se denomina iter criminis o “camino del crimen”, significando así al conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito”*¹³

Al criterio anterior de Eugenio Zaffaroni, es en sí el desarrollo del delito en un proceso continuo, ininterrumpido, en el que se puede distinguir o señalar estos momentos y otros más óptimamente no hay límites tajantes en esta línea ascendiente. Entre todas estas etapas cabe distinguir los siguientes estados de desarrollo del delito: concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer del resultado típico, agotamiento del hecho.

De todos estos momentos del camino del delito interesan particularmente cuatro a los efectos penales: la etapa preparatoria, la etapa tentativa, la consumación y el agotamiento

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: **Tratado de Derecho Penal**, Tomo IV, EDITAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiero, Argentina- 1999, Pág. 409.

Al hablar de las fases del delito hay que darle una definición de lo que significa, para la “Real Academia de la Lengua define el vocablo delito, como la acción u omisión voluntaria castigada por la ley con pena grave. A lo largo de la historia los pensadores y juristas han dado su propia definición de lo que es el delito. En latín delito, es “delictum” palabra que sugiere un hecho contra la ley, un acto doloso que se castiga con una pena.

Luis Jiménez de Asúa dice que delito es “el acto típico antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena y conforme a las condiciones objetivas de publicidad”.

Para Guillermo Cabanellas, da su explicación cuando comienza diciendo que la palabra Acto, abarca tanto a lo que uno hace como a lo que deja de hacer (acción y omisión). En las dos formas se expresa la voluntad.

Para que el Acto sea delictivo, debe estar descrito como tal en los Códigos Penales”¹⁴

Tomando en cuenta estos conceptos el delito infringe el cometimiento de un acto tipificado como un delito en el Código Penal. En que en la ley y el delito existe un nexo indisoluble, porque el delito es justamente la violación de la ley penal, o para ser más preciso, la infracción de un precepto o prohibición establecido por la ley misma. Generalmente se define el delito como todo hecho al que el ordenamiento jurídico enlaza como consecuencia una pena

¹⁴ PÉREZ SOLÓRZANO, José Luis, Editor: **El Delito**, Diseñado por Diario La Hora, Quito – Ecuador, www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.penal.18html

La noción del delito señalado anteriormente es puramente formal, en cuanto se detiene en los signos exteriores que caracterizan el hecho ilícito penal. En definitiva no dice más que esto. Son punibles las acciones legamente penadas y, por ello, contrariamente al parecer es insuficiente. La ciencia jurídica no puede apartarse de proporcionar también una determinación sustancial del delito, puesto que ésta es necesaria para comprender su efectiva naturaleza y aun para tener una orientación en la interpretación de la ley.

El que ha cometido un delito, ha de recibir una sanción y para el Dr. Galo Espinosa Merino sanción es *“Estatuto o ley. Acto solemne por el que el Jefe de Estado confirma una ley. Pena que la ley establece para el que la infringe. Mal dimanado de una culpa y que es como su castigo. Aprobación dada a un acto, uso, costumbre o ley”*.¹⁵

La sanción es una pena o castigo que la ley prevé para su aplicación a quienes incurran o hayan incurrido en una infracción punible. La pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la "restricción de derechos del responsable". Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente Derecho penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.

¹⁵ ESPINOSA MERINO, Galo: Ob. Cit., Volumen II, Pág.657

Guillermo Cabanellas sostiene que sanción es “*En general, ley, reglamento, estatuto. Solemne confirmación de una disposición legal por el Jefe de un Estado, o quien ejerce sus funciones. Aprobación. Autorización. Pena para un delito o falta. Recompensa por observancia de preceptos o abstención de lo vedado*”¹⁶

En si la sanción viene a constituir la pena o multa que se impone a una persona por el quebrantamiento de una ley, norma, obligación o contrato. Las sanciones en el cometimiento de un delito debe aplicarse en forma mínima, pero no todo asunto debe ser resuelto con la decisión impulsiva del juez, de evitar al infractor de la cárcel, con el razonamiento rústico atribuido a nuestros policías: tiene razón pero va preso.

En cuanto a la pena, el Dr. galo Espinosa, en la Más Práctica Enciclopedia Jurídica, expresa que es “*El castigo previsto en la ley, para ser aplicado por autoridad legítima al autor del delito o falta*”¹⁷. La pena es considerado como un castigo, que mediante la ley, lleva a un trasgresor a la cárcel. Lo que caracteriza la pena es la posibilidad de la pérdida de la libertad del reo. Pero en forma general la pena en la ley no solo amenaza sino que realizan, ejecutan, hacen cumplir las penas.

4.1.4. Principio de legalidad

Sobre el principio de legalidad Luigi Ferrajoli en su obra Democracia y Garantismo cita a Noberti Bobbo, quien señala que al “*Estado de Derecho, como el sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio de la fuerza, con la pretensión*

¹⁶ CABANELLAS, Guillermo: Ob. Citada, Pág.360

¹⁷ ESPINOSA, Galo: Ob. Citada, Pág. 541

*de excluir, o al menos de minimizar la violencia en las relaciones interpersonales. A su vez, la democracia pudiera ser definida como una técnica de convivencia que persigue solucionar no violentamente los conflictos”*¹⁸

Esto quiere decir que es Estado democrático de derecho no debiera existir más violencia legal que la estrictamente necesaria para controlar otras formas de violencia, evidentemente legales, más graves, o lo que es lo mismo que las violencia de las penas, solo quedará legitimada en tanto en cuanto prevenga la mayor violencia que produciría los delitos que en su ausencia se cometería

En el Diccionario Conceptual de Derecho Penal sobre la legalidad señala que “a) *Un derecho no puede considerarse delito ni ser sometida pena, si una ley, entendiendo esta expresión en sentido no formal sino material, no lo prevé como tal; b) Al hecho previsto en la ley como delito solo pueden aplicársele las penas por ella fijadas en cada caso particular; c) El hecho que da lugar a la aplicación de una pena debe hallarse previsto por la ley de un modo expreso y, por ello no puede deducirse analógicamente de normas relativas e hechos diversos”*¹⁹

El alcance práctico del principio consiste en la prohibición de que el Juez extienda las normas que sancionan la aplicabilidad de penas por vía de la analogía; de imponer esta sanción más allá de los casos expresamente previstos por el legislador.

Esta reserva para así la facultad de determinar qué hechos constituyen delito y cuáles

¹⁸FERRAJOLI, Luigi: Democracia y garantismo, Edición de Miguel Carbonel, Editorial Trotta, 2008, Madrid – España, Pág. 175

¹⁹DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito, 2004, Pág. 414

son las respectivas sanciones. En consecuencia el Juez carece de poder de infligir las sanciones aludidas a casos que la ley no considera taxativamente y de aplicar penas distintas a las contempladas en ella, aunque considere que ello sería lógico, justo u oportuno.

4.1.5. Principio de proporcionalidad

En el Diccionario Conceptual de Derecho Penal, expresa que *“la exigencia de proporcionalidad absoluta entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena con la que el mismo se conmina y la exigencia de proporcionalidad concreta entre la pena aplicada al autor y la gravedad del hecho cometido, tienen rango constitucional deducible”*²⁰

En este sentido se ha afirmado que la prohibición constitucional de penas inhumanas y degradantes contiene implícitamente un principio de proporcionalidad de las penas ya que solo la pena proporcionada a la gravedad del hecho cometido es humana y respetuosa con la dignidad de la persona, es decir no degradante.

Jorge Zavala Egas, en su obra Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, en lo referente a la proporcionalidad indica que *“la identidad ontológica entre delitos e infracciones, entre penas y sanciones se introduce el argumento para exigir en ambos Derechos, penal y sancionador, el mismo régimen jurídico, además, que el único fundamento capaz de proporcionar*

²⁰DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito, 2004, Pág. 546

una explicación, al hecho de que los principios estructurales elaborados por la dogmática penal y procesal sean de aplicación a la potestad sancionadora de la Administración y al procedimiento a través del que debe encauzarse su ejercicio no es otro que el de la «unidad ontológica» entre delito e infracción administrativa, por una parte, y entre pena y sanción administrativa, por otra.»²¹

De esta forma el legislador no está habilitado para imponer prohibiciones, excepciones o matizaciones que no consten en la propia normativa suprema como es, por ejemplo, la que consta en el Art. 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador que veda la privación de libertad a toda autoridad administrativa y la circunscribe con exclusividad a los jueces competentes

4.1.6. Principio de ponderación

Para Jorge Baquerizo Minuche en la obra sobre Neoconstitucionalismo, principios y ponderación expresa que: *“Una técnica de aplicación judicial de los principios, que se vale de un razonamiento jurídico peculiar que los transforma en reglas. No en reglas abstractas con contenido regulativo general, sino en reglas específicas aplicables circunstancialmente a los casos concretos.”²²*

Este concepto se habla de transformar las reglas, es una exigencia que dimana de las razones para la acción que encierran los principios, que al no ser perentorias o

²¹ ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilexa S.A., Editores, 2010, Guayaquil – Ecuador, Pág. 313

²²BAQUERIZO MINUCHE, Jorge: Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación, Edilexa S.A. Editores, Guayaquil – Ecuador, 2011, Pág. 95

protegidas, sólo entrañan un carácter prima facie. Esta característica vuelve necesaria una comparación o contraste entre las razones de un determinado principio en juego, y aquellas otras razones que provengan de principios o reglas que pudieran tener relevancia en el caso particular.

Luego, si es preciso edificar esas condiciones de aplicación es porque, en último término, el órgano aplicador del Derecho necesita volver a un tipo de razonamiento silogístico, cuya premisa mayor ya no va a ser un enunciado jurídico regulativo abstracto, sino precisamente la regla específica elaborada como producto de la ponderación precedente. Con esa premisa mayor, puede entonces subsumir los hechos sometidos a su conocimiento premisa menor en la mentada regla.

La subsunción, pues, lejos de considerarse un tipo de razonamiento ajeno en la aplicación de los principios, aparentemente centralidad del razonamiento ponderativo, por el contrario, juega un papel muy importante. Ello obedece a dos circunstancias, como veremos a continuación.

Jorge Zavala Egas en su obra *Teoría y Práctica Procesal Constitucional* expresa que *“La posibilidad de realización gradual, de ponderación entre los distintos valores que expresan las normas y de desviación respecto de los principios del Ordenamiento, son los datos que permiten formular juicios de validez. Esto no tiene nada que ver con la mecanización que importa la operación de la subsunción de los*

hechos a las normas que instruye, como técnica depurada y exacta de aplicación del Derecho, el antiguo positivismo.”²³

El Estado constitucional se instrumenta normativamente sobre la base de un modelo que contiene tres elementos que sobresalen: La supremacía constitucional y de los derechos fundamentales que son todos los enunciados por la Constitución sean de libertad personal o de naturaleza social; el imperio del principio de juridicidad (llamado por muchos de legalidad) que somete a todo poder público al Derecho; y, la adecuación funcional de todos los poderes públicos a garantizar el goce de los derechos de libertad y la efectividad de los sociales.

Luis Prieto Sanchís señala *“El resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos.*”²⁴

Justamente por ello la mayor virtud de la ponderación radica en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es de independencia o jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos. La ponderación se volverá necesaria, pues, cuando se comprenda que no existen jerarquías internas en la Constitución o, lo que es lo mismo, que los distintos principios carecen de un

²³ ZAVALA EGAS, Jorge: Teoría y Práctica Procesal Constitucional, Edilexa S.A., Guayaquil-Ecuador, 2011, Pág. 53

²⁴PRIETO SANCHÍS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, Primera Edición, Editorial Trota, Madrid – España, 2003, Pág. 192

peso autónomo y diferenciado y sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la máxima realización de los demás exigencia de proporcionalidad que presupone establecer un orden de preferencia relativo en cada caso concreto.

Es importante observar, finalmente, que la ponderación así delineada favorece la argumentación moral, pues se trata evidentemente de una técnica que depende sustancialmente de juicios de valor, por antonomasia discrecionales. Así, no hay cómo negar que personas razonables puedan discrepar sobre los resultados de la técnica ponderativa: no en vano suele aludirse a ella como juicio de razonabilidad

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Garantías jurisdiccionales de derechos

Luis Cueva Carrión indica que: *“Las garantías jurisdiccionales de los derechos tienen un objeto bien definido: está constituido por la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos por la Constitución y por los instrumentos internacionales de derechos humanos. El objeto de las garantías jurisdiccionales es la protección de los derechos, tanto de los que constan en la Constitución como los que existen en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, la protección de los derechos se caracteriza por ser inmediata y eficaz. La protección debe comprender: a) la declaración de la violación de los derechos; y, b) la reparación integral de los daños causados por la violación.”*²⁵

Para que la protección sea inmediata y eficaz la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional han creado medidas cautelares cuyo objeto es: prevenir, impedir o interrumpir la violación de los derechos. Las garantías son verdaderas herramientas jurídicas que, puestas en acción, impiden la violación de los derechos y velan por el fiel cumplimiento de los mismos.

Las garantías jurisdiccionales para proteger los derechos reconocidos por la Constitución fueron creadas por la Constitución y por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Procesalmente, equivalen a sendas

²⁵ CUEVA CARRIÓN, Luis: Acción Constitucional Ordinaria de Protección, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, 2010, Pág. 64

acciones. Ellas son: la acción ordinaria de protección (art. 88 de la Constitución); la acción extraordinaria de protección (art. 94 de la Constitución); el hábeas corpus (art. 89 de la Constitución), el acceso a la información pública (art. 91 de la Constitución); el hábeas data (art. 92 de la Constitución); la acción por incumplimiento (art. 93 de la Constitución); las medidas cautelares (art. 87 de la Constitución) y la acción de repetición (numeral 9 del art. 11 de la Constitución). A estas hay que agregar la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena creada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (arts. 65 y 66).

El Dr. Javier Pérez Royo en su obra Curso de Derecho Constitucional realiza una interesante división del tópico de garantías, partiendo de la premisa de que los derechos tienen una doble condición, esto es, de *“derechos subjetivos y de elementos constitutivos del orden objetivo de la comunidad política”*²⁶; lo cual, permite clasificar a las garantías en objetivas o institucionales, llamadas también garantías normativas; y, en garantías subjetivas o individuales, denominadas también garantías jurisdiccionales; las primeras, son los instrumentos que la Constitución, establece para que, los poderes públicos actúen de manera determinada, como la reforma de la Constitución o el control constitucional de las normas; esas son garantías de *toda la Constitución* afirma el mentado tratadista, y no solamente de los derechos fundamentales; y, las segundas, son los mecanismos que la Constitución pone a disposición de todo ciudadano para que pueda *“reaccionar frente a una posible*

²⁶PEREZ RAYO, Javier: Curso de Derecho Constitucional, Séptima Edición, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid – España, 2000, Pág. 578

vulneración de un derecho”²⁷; esas garantías se relacionan estrictamente con los derechos reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales.”

Tomando en cuenta a las garantías jurisdiccionales en la óptica de subjetiva o individuales, se precisa señalar que, no es suficiente la existencia o el reconocimiento de los derechos, sino que es vital hacerlos efectivos, a través de los mecanismos establecidos en la Constitución de la República; de ahí lo importante de establecer las técnicas idóneas y a asegurar al máximo la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

De acuerdo con los argumentos señalados, se puede conceptuar a las garantías jurisdiccionales como el conjunto de instrumentos procesales establecidos en la Constitución, cuyo objeto es primero, proteger eficazmente los derechos reconocidos en la Carta Fundamental o en los instrumentos internacionales de derechos humanos; segundo, establecer la violación de uno o varios derechos; y, tercero, reparar integralmente los daños causados merced a la transgresión o violación de derechos.

Al respecto hay que recordar cuando estaba en vigencia el amparo constitucional el Dr. Jorge Zavala Egas señalaba, que “*No estamos frente a un recurso, sino ante una acción, esto es, el poder jurídico que incita y pone en movimiento al organismo jurisdiccional*”²⁸

²⁷PEREZ RAYO, Javier: Curso de Derecho Constitucional, Séptima Edición, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid – España, 2000, Pág. 578

²⁸ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional la Acción de Amparo y el Control Normativo, Tomo I, Editorial Edino, Guayaquil – Ecuador, 2002, Pág. 363

Históricamente en el derecho procesal constitucional al derecho a la protección se le ha configurado como una acción, lo que nos permite deliberar que es una derivación del derecho procesal de acción, pues, siendo la acción ordinaria de protección el elemento prodigioso y la herramienta en el manejo y protección de los derechos constitucionales de las personas y la naturaleza, instituye una auténtica acción constitucional que previene, defiende y repara los derechos fundamentales quebrantados.

El profesor Gerardo Pisarello, divide a las garantías jurisdiccionales en: garantías ordinarias o especiales, *“Las primeras se encomiendan a tribunales repartidos en diferentes órdenes (civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos) con capacidad para prevenir, controlar o sancionar vulneraciones de derechos provenientes de órganos administrativos o de particulares.- Las garantías jurisdiccionales especiales, en cambio, suelen encomendarse a tribunales superiores o específicamente constitucionales y su objetivo, básicamente es establecer mecanismos de control y reparación en aquellos casos en los que las garantías jurisdiccionales ordinarias han resultado insuficientes o en los que la vulneración de los derechos puede atribuirse a actuaciones u omisiones del propio legislador”*²⁹.

Tal parece que, la división proporcionada por el Dr. Pisarello, se asemeja al sistema de justicia constitucional en el Ecuador, toda vez que, las garantías jurisdiccionales como la acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acción de acceso a la información, están a cargo de jueces de garantías constitucionales de primer nivel; en

²⁹PISARELLLO, Gerardo: Los Derechos Sociales y sus Garantías, elementos para su reconstrucción, Editorial Trota, Madrid – España, 2006, Pág. 120

tanto que, las garantías jurisdiccionales que se les puede calificar de especiales, como la acción por incumplimiento, extraordinaria de protección; y, acción extraordinaria de protección de las decisiones de la justicia indígena, son de competencia de la Corte Constitucional.

Julio Prado Vallejo al hablar de la vigencia de la Constitución expresa que: *“El propósito que perseguimos es el de suscitar la mejor difusión de los Derechos Humanos para llenar uno de los vacíos más penosos que nos ha sido dable comprobar en casi todos los niveles sociales y políticos, entre los cuales existe una general desinformación sobre la materia, tanto sobre la legislación interna, como sobre las resoluciones, convenios, pactos y declaraciones internacionales”*³⁰

Con la difusión de derechos resulta evidente una cultura del conocimiento, respeto y manejo de las garantías constitucionales instituidas en las acciones, como las de incumplimiento, ordinaria y extraordinaria de protección introducidas en nuestro sistema constitucional, siendo estos los productos cualitativos de la actual Constitución de la República del Ecuador. Ello corresponde no solo a abogados, estudiosos del derecho, sino, obligatoriamente donde se originan las leyes, la Asamblea Nacional que esté a la par de los avances jurídicos y científicos que la sociedad lo requiere.

De ahí que es ineludible, ante todo, hacer conciencia del reto de la historia de una nueva constitución del Ecuador, sólo de esta manera habremos conseguido el

³⁰ PRADO VALLEJO, Julio: Documentos Básicos de Derechos Humanos, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1985, Pág. 65

verdadero goce y ejercicio de las garantías jurisdiccionales en la consolidación democrática y progreso de nuestro país

Oswaldo Gozaíni, sobre la motivación señala que *“La verdad nace del conocimiento que se produce de la verificación y refutación de las pruebas que se dan entre acusación y defensa, esta verdad es motivada en razón al modelo de la correspondencia de Aristóteles”*³¹

Para dar una resolución debe existir una motivación de sus actuaciones, que significa que las pruebas que se ingresen al proceso deben de verificarse con la debida contradicción de ellas, debiéndose cumplir con una estricta legalidad dentro del juicio.

Luigui Ferrajoli, indica que en *“El instante que se produzca la correspondencia entre hecho y norma produce la verdad. Como resultado del conflicto de las verdades judiciales entre quien acusa y quien contradice en uso de su defensa”*³²

La correspondencia entre el hecho y norma que produce la verdad, debe de ser aplicado en todo los procesos, y dicha motivación es de vital importancia que los sumarios administrativos deban ser dirigidos por jueces terceros imparciales, con lo cual las garantías orgánicas y procesales en este modelo deben ser esenciales. Caso contrario existen dificultades en la obtención de la verdad, porque la tramitación de los sumarios administrativos que los siguen autoridades de la misma institución, esa

³¹ GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo: El Debido Proceso, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1ra edición, Buenos Aires – Argentina, 2004, Pág. 423

³²FERRAJOLI, Luigui: Derecho y Razón, Editorial Trota, Quinta Edición, España, 2001, Pág. 543

verdad produce una tensión entre los bienes esenciales de la sociedad que se encuentran tutelados por la Constitución y cuya realización se hace a través del proceso administrativo, y la libertad que tiene el servidor público de afectar dichos bienes, hace que para la injerencia en los derechos de estas personas el proceso administrativo deben reunir estas garantías como límites del poder del Estado, ya que no debe prevalecer el interés de protección y de castigo de las sanciones disciplinarias, que una misma institución lesione injustificada o desproporcionadamente los derechos que tengan un carácter justo y equitativo del proceso, como es el derecho de contradicción, de defensa, de asistencia letrada, de utilizar los medios de prueba pertinentes.

Recorriendo esta criterio, en el actual Estado de Derecho se desarrolló en el modelo de garantista, como consecuencia para obtener la verdad deben existir garantías orgánicas, como lo señalado por Luigi Ferrajoli de *“Organización de estado de la justicia, de la separación entre acusación y decisión, el juez natural; como las garantías procesales como en derecho a la defensa, el estado de inocencia, el principio de culpabilidad, de contradicción, recolección de pruebas, las normas de interrogatorio, formulación de acusación”*³³

Tomando en cuenta esta opinión, que de acuerdo al garantismo, los procesos deben de motivarse y en el presente caso de los sumarios administrativos, sustentados y tramitados por terceros imparciales, se trata de subsanar con la garantía procesal que produzca la contradicción en el proceso y el juez conozca los hechos que nacen de

³³ FERRAJOLI, Luigi: Derecho y Razón, Editorial Trota, Quinta Edición, España, 2001, Pág. 539

aquella situación y al momento de dictar sentencia, se debe razonar, porque la racionalidad aplicada a los hechos constitucionales es un requisito natural para que las partes conozcan los motivos que han provocado la persuasión y certeza representada en la decisión.

En la motivación existen algunos principios, y para Fernando de la Rúa, estos son: *“...el tribunal muestra a los interesados y a la sociedad en general que han estudiado acabadamente la causa; que han respetado el ámbito de la actuación, que han valorado las pruebas sin descuidar los elementos fundamentales; que han razonado lógicamente y han tenido en cuenta los principios de la experiencia y, en fin, que han aplicado las normas legales conforme a un justo criterio de adecuación”*³⁴

Debemos señalar que el juez en su sentencia debe acogerse a los principios de la lógica deductiva, que son: el principio de identidad, de contradicción, el de tercero imparcial, el de razón suficiente, para el cual analizo cada uno de ellos.

El principio de identidad es e que en el juicio debe ser idéntico el sujeto del predicado, esto es, que los antecedentes que sirven de sustento de la decisión se identifica con la norma y con ella en sí misma. Si en una misma institución se nombran jueces las pruebas que deben agregarse, no van a hacerla decir lo que dice, se tergiversa haciendo decir lo que materialmente no dice, cuando de existir no se toma en cuenta en el momento de la valorización.

³⁴DE LA RÚA, Fernando: Recursos de Casación, Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1994, Pág. 108

En la contradicción, por existir interese por medio, pueden darse que las pruebas que sirven de sustento, se toman en cuenta una de ellas y no las dos, por lo cual la argumentación se va a contradecir, con lo cual la resolución se convierte en un absurdo jurídico.

4.2.2. La proporcionalidad de las penas y sanciones

Nuestro sistema penal, por las normas consagradas en la Constitución de la República del Ecuador, del cual proviene del nuevísimo garantías basadas en el neoconstitucionalismo, y del cual Luis Cueva Carrión, manifiesta: *“Es un instrumento que no sólo organiza el poder, sino que, además, es fundamentalmente normativa y sus normas deben aplicarse en forma inmediata y directa; su interpretación difiere de la tradicional: es sistémica, se usa el método de la ponderación, que se auxilia del test de proporcionalidad, el método de la unidad de la Constitución y el de la armonización. Todo el sistema constitucional debe funcionar y ser interpretado desde una nueva perspectiva: la de los derechos fundamentales, porque se fundamenta en ellos, son su eje central y, para su efectiva vigencia, ha reforzado las acciones constitucionales existentes y ha creado otras. Para esta corriente, no pisten derechos absolutos, todos tienen igual valor y jerarquía”*³⁵

³⁵CUEVA CARRIÓN, Luis: Acción Constitucional Ordinaria de Protección, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, 2010, Pág. 117

El propósito de esta corriente formada dentro del Derecho Constitucional aspira a dotar al Estado de mejores herramientas jurídicas para perfeccionarlo; para ello somete a todo el poder estatal al Derecho, donde la constitucionalidad prime sobre la legalidad y a la jurisdicción constitucional la ubica como primera y última instancia de la vida jurídica, a fin de que el Estado actual pase a convertirse en paradigma del Estado constitucional; es decir, aspira a una verdadera revolución político-jurídica para insertarse dentro de un nuevo orden jurídico cuyos pilares fundamentales son: la defensa radical de la dignidad, de la igualdad, de la justicia, de la solidaridad de las personas y el establecimiento de una seguridad jurídica de mejor calidad, porque se considera que sobre estos postulados debe fundarse el nuevo Derecho, denominado Derecho global.

Al respecto Jorge Zavala Egas señala *“Los derechos fundamentales en su dimensión normativa objetiva imprimen en la dogmática jurídica la vigencia de los principios al lado del modelo de reglas y con ello la universalización de los mandatos de optimización que pueden realizarse en diferente medida y en las que la esta medida obligada de realización no sólo depende de las posibilidades reales de realización, sino también de las limitaciones jurídicas. Tienen una tendencia normativa a la optimización sin que ésta, sin embargo, esté fijada a un determinado contenido, pues, necesariamente deben someterse al juicio de proporcionalidad y al método de ponderación frente a una medida concreta. Al adquirir, los derechos constitucionales, la categoría de normas-principios para su aplicación ya no se utiliza la interpretación, sino que hay que llegar a su concretización. No es lo mismo: el objeto de la interpretación es indagar el contenido y el sentido de algo*

precedente que se completa y se enriquece. La concretización es el llenado (creativo) de algo fijado únicamente en principio, que permanece abierto en lo demás y que necesita ante todo de la pre-determinación conformadora para ser una norma ejecutable. La concretización es un fenómeno jurídico creativo que va más allá de la interpretación, se aumenta la dimensión de sentido antes que aclara algún sentido, es decir, se trata de una atribución de sentido desde fuera”³⁶

En caso de aplicación de normas-principios hay que crear sub-normas constitucionales (sub-reglas) para decidir los casos, se trata de una norma para el caso, una ley casuística si se quiere, pero con rango constitucional puesto que surge de la actividad interpretadora de la Constitución.

Luis Prieto Sanchís en su obra Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales señala *“Si quisiéramos determinar, en un caso, si una pena es desproporcionada por representar un límite excesivo o no justificado al ejercicio de un derecho (por ejemplo, si las declaraciones de una persona constituyen delito de apología del terrorismo o por el contrario son un legítimo ejercicio de la libertad de expresión, antes es preciso que el caso enjuiciado pueda ser subsumido no una, sino dos veces: en el tipo penal y en el derecho fundamental.”³⁷*

Lo anteriormente dicho, obedece a que las normas-principios carecen de supuesto de hecho o presentan una condición de aplicación bastante abierta o fragmentada, lo

³⁶ ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilexa S.A., Guayaquil Ecuador, 2010, Pág. 128

³⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, Primera Edición, Editorial Trota, Madrid – España, 2003, Pág. 193

cual dificulta la subsunción, esto es, comprobar que existen principios concurrentes que efectivamente estén en real contraposición circunstancial.

Para Jorge Baquerizo Minuche, *“la subsunción, como hemos dicho, es del todo evidente cuando después de obtener el producto de la ponderación, es necesario aplicar la regla, de precedencia o prevalencia condicionada, como la premisa normativa de un esquema subsuntivo para el caso particular que se ha resuelto, en orden a culminar el proceso de aplicación del Derecho.”*³⁸

En este sentido, debe observarse la ponderación como una articulación del conjunto de propiedades relevantes en la explicitación de las condiciones de aplicación de los principios, que previamente no existen o tienen una existencia meramente implícita. Pero una vez realizada la ponderación, la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos. Si la aplicación del Derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales, entonces, por razones conceptuales, no hay aplicación del Derecho sin subsunción.

Para Prieto Sánchez *“La ponderación viene a ser considerada como el paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular prima facie un cierto caso, y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso. Tal innegable reciprocidad de los dos esquemas ha merecido que*

³⁸BAQUERIZO MINUCHE, Jorge: Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación, Edilexa S.A. Editores, Guayaquil – Ecuador, 2011, Pág. 97

*Alfonso García Figueroa califique a la subsunción como el ideal de la ponderación y a la ponderación como la realidad de la subsunción*³⁹.

La subsunción en lo absoluto se repliega ante el juicio de ponderación, sino que por el contrario, actúa ex ante y ex post en la compenetración esquemática que viabiliza la elaboración y aplicación de una regla o premisa mayor como respuesta a la aplicación judicial de los principios. De esta forma, se matiza la distinción antagónica entre subsunción y ponderación como supuestos esquemas exclusivos de aplicación de reglas y principios, correspondientemente. Cuando no existe un problema de principios, el encaje fáctico y la solución normativa vendrán siempre de la mano de la pertinente regla; pero, por el contrario, cuando en efecto se advierte una concurrencia de principios, tanto la subsunción como la ponderación operarán en distintas fases de la aplicación del Derecho.

Si una persona refina droga, y tiene una sanción de doce a dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria, que es la regla general, para todas las personas, pero no se define la cantidad de droga que comete el ilícito, sancionando a diferentes personas con la misma cantidad de pena, es una injusticia para ciertas personas que tienen refinamientos en pequeñas cantidades, con ello se violan derecho de las personas,

A esto Norberto Bobbio citado Jorge Baquerizo Minuchese pronuncia en los siguientes términos: “En la mayor parte de las situaciones en las que está en cuestión un derecho humano ocurre en cambio que dos derechos igualmente fundamentales se

³⁹PRIETO SANCHÍS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, Primera Edición, Editorial Trota, Madrid – España, 2003, Pág. 194

enfrentan y no se puede proteger uno incondicionalmente sin hacer inoperante el otro. Piénsese, por poner un ejemplo, en el derecho a la libertad de expresión, por un lado, y en el derecho a no ser engañados, excitados, escandalizados, difamados, vilipendiados, por otro lado. En estos casos, que son la mayor parte, se debe hablar de derechos fundamentales no absolutos sino relativos, en el sentido de que su tutela encuentra en un cierto punto un límite insuperable en la tutela de un derecho también fundamental pero concurrente⁴⁰

Reconocer a los derechos humanos un carácter absoluto tiene la dificultad de que entonces no se pueden resolver los conflictos que surgen entre los mismos, también aquí podríamos encontrar cierta salida diciendo que absolutos significa que los derechos humanos plantean las exigencias más fuertes dentro de un sistema. De esta forma se comprende que los derechos humanos desplacen a exigencias que provengan de derechos o de intereses que no tengan ese carácter. Pero seguiría en pie la cuestión de cómo resolver los conflictos entre derechos humanos.

Precisamente, constatar el rasgo no absoluto de los derechos, son bien pocos los derechos considerados fundamentales que no se encuentran en concurrencia con otros derechos considerados también como fundamentales, y que no impongan, por tanto, en ciertas situaciones y respecto a particulares categorías de destinatarios, una elección

⁴⁰BAQUERIZO MINUCHE, Jorge: Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación, Edilexa S.A. Editores, Guayaquil – Ecuador, 2011, Pág. 102

En cuanto a la dimensión de la ponderación Jorge Zavala Egas expresa que: *“En nuestra Constitución no hay derechos prevalentes o de distinta jerarquía en abstracto, por ello son siempre iguales y se encuentran en equilibrio perfecto. Lo que es preciso para los jueces es, en los casos concretos, buscar en caso de conflicto de principios, derechos o bienes, cuál es el que tiene mayor peso en esa específica situación, aun cuando en otra puede ser distinta la posición de la balanza”*⁴¹.

Sobre la base de esta ficción, la medición del peso, la ponderación recurre a la conocida idea del balance de los principios contrapuestos, o más precisamente, de los pesos que a estos se les asigna; sin embargo, técnicamente la operación de balancear derechos en concurrencia consiste, mas bien, en establecer un orden de importancia entre ellos, haciendo prevalecer a uno sobre el otro con base en una estimación específica para el caso concreto.

Jorge Zavala Egas expresa que *“Los derechos fundamentales en su dimensión normativa objetiva imprimen en la dogmática jurídica la vigencia de los principios al lado del modelo de reglas y con ello la universalización de los mandatos de optimización que pueden realizarse en diferente medida y en las que la esta medida obligada de realización no sólo depende de las posibilidades reales de realización, sino también de las limitaciones jurídicas. Tienen una tendencia normativa a la optimización sin que ésta, sin embargo, esté fijada a un determinado contenido, pues, necesariamente deben someterse al juicio de proporcionalidad y al método de ponderación frente a una medida concreta. Al adquirir, los derechos*

⁴¹ ZAVALA EGAS, Jorge: Apuntes sobre neoconstitucionalismo. Acciones de protección y ponderación, Acción de Inconstitucionalidad. Proceso Constitucional, Guayaquil – Ecuador, 2009, Pág. 74

*constitucionales, la categoría de normas-principios para su aplicación ya no se utiliza la interpretación, sino que hay que llegar a su concretización.”*⁴²

No es lo mismo: el objeto de la interpretación es indagar el contenido y el sentido de algo precedente que se completa y se enriquece. La concretización es el llenado, creativo, de algo fijado únicamente en principio, que permanece abierto en lo demás y que necesita ante todo de la predeterminación conformadora para ser una norma ejecutable. La concretización es un fenómeno jurídico creativo que va más allá de la interpretación, se aumenta la dimensión de sentido antes que aclara algún sentido, es decir, se trata de una atribución de sentido desde fuera.

En caso de aplicación de normas-principios hay que crear sub-normas constitucionales (sub-reglas) para decidir los casos, se trata de una norma para el caso, una ley casuística si se quiere, pero con rango constitucional puesto que surge de la actividad interpretadora de la Constitución

Por estas circunstancias es necesario que las sanciones que señala la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas sean proporcionales a la infracción, por ello Verónica Jaramillo indica que *“Según Theo Van Boven, ex relator de Tortura para Naciones Unidas, reparar integralmente el daño por violaciones a los derechos humanos es una obligación del Estado que implica lograr soluciones de justicia, eliminar o reparar las consecuencias del perjuicio padecido, evitar que se cometan nuevas violaciones mediante acciones preventivas y disuasivas, la restitución,*

⁴² ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilexa S.A., Guayaquil – Ecuador, 2010, Pág. 128

*rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, y asegurar que las medidas de reparación que se establezcan sean proporcionales a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido.*⁴³

De lo dicho, se colige que, la reparación integral, lleva consigo múltiples connotaciones, como se ha dejado anotado, lo cierto es que, la misma debe efectuarse, en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, y la afectación del proyecto de vida de la víctima.

En el Ecuador, la reparación integral, como se ha señalado, es una consecuencia de la declaratoria jurisdiccional de violación a los derechos humanos, y, se encuentra instituida en la Constitución de la República, y tiene como finalidad restituir las situaciones al estado anterior, toda vez que, el Estado, en lo que le fuere posible, debe adoptar todas las medidas para devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos, ello comprende el restablecimiento de su situación social, familiar y ciudadana.

⁴³ JARAMILLO HUILCAPI, Verónica: Las Garantías jurisdiccionales, en el sistema jurídico ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera edición, Quito – Ecuador, 2011, Pág. 150

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Bienes Jurídicos en la Constitución de la República del Ecuador

La Constitución sustenta todo el andamiaje del Estado sobre la base de los derechos fundamentales al proclamar que *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.*

*La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”*⁴⁴.

Éste no es un cambio cuantitativo, de simple forma, sino de fondo, cualitativo, que ha provocado una revolución dentro del conocimiento del Derecho Constitucional; por lo tanto, los viejos paradigmas ya no tienen función ni significado en la actual organización y desarrollo del Estado ecuatoriano. Con esta primera declaración, además, nuestro país ha ingresado de lleno a un nuevo mundo jurídico-político, al mundo del Neoconstitucionalismo latinoamericano que constituye ya un cambio revolucionario epistemológico y político.

Este nuevo Estado constitucional que se ha refundado sobre los derechos y la justicia constituye una reformulación de sus antiguas bases y de su proyección teleológica;

⁴⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 1

por lo tanto, asistimos a una nueva forma de concebir al Derecho en su génesis y esencia, en sus fines, en su interpretación y aplicación. Como ya hemos dicho, existe otra manera de convertir al derecho abstracto en justicia, de hacerlo descender al campo de la realidad social y humana. Se ha instaurado, entonces, un nuevo rol del Estado y una legitimidad sustantiva y procesal diversa a la tradicional de tipo formal, legal o fríamente racional sin tomar en cuenta el mundo real y humano que es donde tienen lugar las relaciones jurídicas.

El Art. 3 numeral de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe: “*Son deberes primordiales del Estado:*

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.”⁴⁵

Según esta norma, el Estado no solamente garantiza en abstracto los derechos a todos los sujetos sino su efectivo goce; es decir, el Estado garantiza tanto el derecho de acción como la acción procesal porque solamente a través de esta es posible su efectivo goce. Todos tenemos derecho a la protección del Estado y, para que sea efectiva, necesariamente, debe crearse la respectiva acción procesal porque, de lo contrario, la protección quedaría en simple letra muerta; es a través de las acciones procesales que los derechos de los individuos adquieren eficacia y realidad plenas.

⁴⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 3 núm. 1

Considero necesario marcar la diferencia entre el derecho de acción y la acción procesal porque, generalmente, se los confunde. El primero es el derecho que el Estado concede a todos sus habitantes en forma general; la naturaleza abstracta de este derecho es común a todos los derechos declarados en la Constitución y en las leyes; es un derecho público porque mediante él se realiza la función pública de administrar justicia, en este caso concreto, la justicia constitucional. El objeto del derecho de acción radica en la facultad que tenemos todos para activar a la función jurisdiccional para que nos auxilie jurídicamente.

En cambio, la acción procesal es de carácter particular, es un derecho subjetivo que debe ejercer cada sujeto a fin de que el Estado, a través de sus órganos, le conceda la justicia que le corresponde mediante el reconocimiento, el respeto, el resarcimiento o el cumplimiento de sus derechos.

Los derechos de las personas son de carácter universal, pues nadie puede restringir el ejercicio de sus derechos, al respecto el Art. 11 numerales 4, 6 y 7 de la Constitución de la República del Ecuador señalan:

“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

*7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.*⁴⁶

Según este artículo constitucional: nadie puede restringir el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales porque son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; además, reconoce y garantiza tanto la existencia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución como en los instrumentos internacionales; más todavía: la Constitución incorpora al sistema de derechos a aquellos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

El literal e) del numeral 2 del Art. 86 de la Constitución prescribe: “*e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho*”⁴⁷.

Por lo tanto, todas las normas adjetivas que no se ajusten a esta disposición carecen de validez porque están derogadas constitucionalmente y en forma expresa. Desde la estética jurídica: la acción constitucional ordinaria de protección presenta rasgos breves, livianos y atractivos que le permiten caminar con garbo, elegancia frente al cúmulo de formalidades de las acciones tradicionalmente conocidas; estos atributos la dotan de eficacia y de celeridad.

⁴⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 11 núm. 4,6,7

⁴⁷IBÍDEM, Art. 86, núm. 2, lit.) e)

Ahora en cuanto a la jurisdicción y competencia de los juzgados y tribunales el Art. 172 inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador indica “*Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.*”⁴⁸

Por tanto, se administra justicia por los Tribunales y Juzgados establecidos por la Constitución y las leyes vigentes. Potestad legal que se la ejerce sin interferencia u obstáculo alguno de autoridades indebidas de su tarea concreta, que armónico con el Art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa:

*“Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”*⁴⁹

Estado, vale decir la Administración Pública, exterioriza su accionar, a través de comportamientos que se denominan actos administrativos.

El Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, señala “*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y*

⁴⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 172 inciso 1

⁴⁹ IBÍDEM, Art. 173

celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”⁵⁰

Toda persona puede exigir los derechos de protección, de los cuales son sus titulares, cuando un derecho subjetivo reconocido por el Derecho le es afectado y así poder reaccionar mediante acciones administrativas o judiciales. Tales derecho de protección que viabilizan las acciones reaccionales son el derecho a la jurisdicción o a la tutela administrativa o judicial efectiva.

El Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador señala *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:*

- 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*
- 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*
- 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*
- 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*
- 5. En caso de conflicto entre dos leyes 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. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*
- 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*
- 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*
 - a. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*

⁵⁰CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Codificación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2011, Art. 75

- b. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*
 - c. Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*
 - d. Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley.*
- Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.*
- e. Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.*
 - f. Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.*
 - g. En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.*
 - h. 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.*
 - i. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.*
 - j. Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.*
 - k. Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.*
 - l. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*
 - m. Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”⁵¹*

La tutela efectiva es un derecho fundamental de defensa o de protección de toda persona, con capacidad o sin ésta, contra la injerencia de cualquier extraño. Aquí no se trata de proteger los derechos fundamentales, sino cualquier derecho. Es un derecho fundamental de todo ente con personalidad reconocida por el Derecho exigir

⁵¹CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Codificación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2011, Art. 76

tutela judicial para que sus derechos no sean amenazados con lesión o sean efectivamente vulnerados.

La presunción de inocencia que trata el numeral 2 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador se trata de una, que puede ser desvirtuada a través de una mínima actividad probatoria de culpabilidad, por ejemplo, la flagrancia del cargo imputado destruye la presunción de inocencia. En este caso no cabe afirmar que hay ausencia de prueba y no es un caso a ser incluido en la alegación de presunción de inocencia.

La presunción de inocencia, como garantía del debido proceso, es aplicable a todas las ramas del Derecho en que resulte la aplicación de una sanción o una limitación de derechos como consecuencia de una conducta sancionable por la vía administrativa o jurisdiccional. Así, en materia civil, para que resulte admisible un recurso de casación, por infracción de la presunción de inocencia, ha de fundamentarse mediante la referencia a actos concretos que otorguen verosimilitud a la aseveración de que una decisión judicial se ha producido sin apoyo de prueba alguna.

El Art. 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador trata del acto a no ser juzgado ni sancionado sin acto legalmente tipificado ni sin acatamiento del procedimiento debido, esto es, que su vigencia no está reservada única y exclusivamente para el debido proceso penal, sino que comprende a todos los procesos, sean estos administrativos o de cualquier otra naturaleza.

El Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, trata del derecho a la prueba y su valoración, la garantía que la Constitución impone incide en la regulación jurídica de la prueba que es aquel en el que se trata de decidir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso. Por ejemplo, se repite con mucha insistencia que sólo admisible la prueba sujeta a contradicción, lo cual es correcto cuando la prueba se forma en el proceso, pero, igualmente, debe ser eficaz que se obtiene extraprocesalmente. El hecho de que esos elementos se formen fuera del proceso sin el contradictorio de las partes no puede ser evidentemente, una razón para excluir su utilización: la huella de una frenada no se forma respetando el principio contradictorio, pero no obstante es un indicio relevante; una certificación administrativa no se forma respetando el principio contradictorio, pero puede ofrecer útiles elementos de conocimiento. El problema del principio contradictorio, en estos casos, posterga y se plantea únicamente en la fase «procesal» de empleo de pruebas que se han formado fuera del proceso.

El Art. 76 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, se refiere a la ley sancionatoria en el tiempo e interpretación pro reo, es el contenido material el que explica el principio de irretroactividad de las leyes penales. La ley penal o sancionadora contiene un juicio de desvalor sobre la conducta que describe, pero es claro que ese comportamiento no era jurídicamente disvalioso antes de la vigencia de la ley y, esa misma razón, explica el principio de la retroactividad de la ley penal o sancionadora más favorable, considerada una excepción al principio de la irretroactividad de las leyes sancionadoras. El principio in dubio pro reo es procesal y su efecto es que las cuestiones fácticas necesitadas de acreditación sumarial deben

resolverse, en caso de dudas, a favor del reo, conforme al principio de de presunción de inocencia

El Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador trata del derecho a una sanción proporcional a la infracción, es un principio general del Derecho que en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda intervención estatal en los mismos incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas. Es una de las especies de la prohibición de exceso que construyera la doctrina alemana con ocasión de la regulación del poder de policía. Constituye un criterio constitucional informador de aquella actividad de los poderes públicos susceptible de restringir, lesionar o limitar de alguna forma los derechos individuales de los ciudadanos. Cabe hablar, en consecuencia, de una exigencia constitucional de proporcionalidad proyectada sobre las penas y sanciones, y otra exigencia de la misma naturaleza proyectadas sobre las medidas públicas de investigación y sobre las medidas cautelares.

El Art. 76 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador trata del derecho a la defensa, es un derecho que tiene sus raíces en el instinto de conservación, es un impulso vital que tiende a procurar la permanencia de lo que está creado y, por ello, es exigible como garantía esencial a toda persona que es imputada de cometer una infracción

El derecho de defensa constitucionalmente adoptado es el de defensa procesal, esto es, como actividad que desarrolla una persona para responder una iniciativa de otro sujeto, que afecte o pueda llegar a afectar sus intereses, durante un procedimiento ya iniciado. Es decir, es la posibilidad de responder a la demanda o acto en el que se formula la solicitud de declaración del derecho por la persona contra la cual se dirige aquélla o, en general, contra la que se solicita la declaración del derecho.

La proporcionalidad, es un derecho que la Constitución impone, inherente y propio de la dignidad de la persona y que, garantizándose, impide su degradación por efecto de un pronunciamiento de autoridad pública, judicial o administrativa, autoritario y en el que no haya participado el supuesto afectado en forma activa, sino que haya sido mero objeto o instrumento para ejercer un poder de decisión jurídicamente conferido. Por ello es un derecho fundamental y, como tal, inalienable, irrenunciable e indivisible, como lo señala el Art. 11 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

El derecho a la defensa se torna garantía cuando es observado el derecho desde un punto de vista objetivo o institucional, esto es, como un verdadero requisito para la validez del proceso, es decir, como una garantía de la configuración del propio juicio jurisdiccional válido. Cuando se torna en exigencia para la validez del proceso es garantía del derecho fundamental de la persona, pues, no habrá proceso ni sentencia, jurídicamente válidas, sin que se hay concretado el derecho de defensa y a plenitud.

El mismo derecho tiene su faz subjetiva y se radica en las personas, pero desde la objetividad del Derecho es una garantía ya que protege a su titular con una sanción a

su puesta en peligro o efectiva lesión. Tengo el derecho de defensa porque me lo reconoce el ordenamiento jurídico y me lo garantiza el mismo orden normativo, pues, sanciona con la invalidez de lo actuado cuando no lo haya ejercido. Lo dicho es nada menos que afirmar que la violación del derecho de defensa activa la garantía del derecho de defensa, invalidando el proceso e impidiendo la eficacia de la decisión adoptada.

El derecho puede ser conculcado por el legislador, pues, no ha previsto para un procedimiento los mecanismos necesarios para el ejercicio del derecho de defensa o, bien, puede serlo por el juez o la autoridad administrativa. En uno u otro caso, la garantía actúa y la decisión queda invalidada por la invalidez del procedimiento mismo.

La consecuencia más importante de la constitucionalización de esta garantía es que tienen eficacia directa sobre todos los poderes públicos como lo señala el Art. 426 de la Constitución de la República del Ecuador, que indica: *“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.”*⁵²

⁵²CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Codificación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2011, Art. 426

Es decir, sobre el legislativo, el ejecutivo y el judicial y todos ellos, en el ámbito de sus potestades, tienen la obligación de dictar la normativa necesaria para conseguir su efectiva vigencia.

En el caso que se dicte una ley procesal deficiente que limita, desfigurando el contenido del derecho de defensa, la posibilidad de actuación de un imputado y el juez o la autoridad administrativa la aplica, la indefensión es obvia a pesar del acatamiento a la ley, pues, ésta es inválida por inconstitucional. Por ello, la idea de indefensión no puede limitarse, restrictivamente al ámbito de lo que puede plantearse en los litigios concretos, sino que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista constitucional de las leyes reguladoras de los procesos. La calificación de la indefensión con relevancia jurídica constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero rigor formal del enjuiciamiento.

4.3.2. Las penas en el Código Penal

Cuando el Art. 1 del Código Penal define a la ley, “*Leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena*”⁵³

Este artículo afirma que la infracción termina en una pena, en definitiva, pena es la sanción proveniente de una ley penal. La palabra pena debe entenderse, únicamente con este significado.

⁵³ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2012, Art. 1

Esta disposición que trata de la ley, incluye dos elementos fundamentales: el precepto, o sea la conducta típica prohibida, y la pena, o sea la sanción jurídica que establece la ley para quien incurre en esta conducta. Delito y pena son dos componentes inseparables de esta realidad jurídica y sobre los cuales se ha construido la ciencia del Derecho Penal.

El Código Penal en el Art. 51 clasifica a las penas en: Penas peculiares del delito; Penas peculiares de la contravención; y, Penas comunes a todas las infracciones:

Las penas peculiares del delito tenemos: reclusión mayor, reclusión menor, prisión de ocho días a cinco años, interdicción de ciertos derechos políticos y civiles, sujeción a la vigilancia de la autoridad, privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios, y incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público.

Penas peculiares de la contravención son la prisión de uno a treinta días y la multa. Y las penas comunes a las infracciones tenemos la multa y el comiso especial.

De la clasificación que da el Código Penal se haya una clasificación por la autonomía, que son las penas principales, cuando se aplican en forma autónoma, sin depender de otra, las penas privativas de la libertad son de estas clases; y, las penas accesorias cuando se aplican en función y dependencia de una pena principal, las penas interdictas, por ejemplo, se aplican siempre y cuando hay una pena privativa de la libertad, y no por sí solas.

La relación de causalidad se halla definida en el Art. 11 del Código Penal, disposición legal que señala: *“Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión”*⁵⁴.

Al efecto es necesario precisar que la inducción seguida de ejecución para la realización de un hecho que se lo considera antijurídico, requiere de un acuerdo previo tanto objetivo como subjetivo entre el inductor y el inducido, lo que se conoce doctrinariamente como la unidad del delito.

Es decir que el resultado debe ser producto del influjo psíquico ejercido sobre el autor material, basado en una íntima relación delictual. De ahí que es la convergencia en la que se diseña la acción a realizar la que determina una cooperación importante y necesaria para la realización del delito. Sin embargo tal como hemos visto anteriormente, la conducta ilícita está integrada por dos elementos: el subjetivo y el objetivo.

El delito, sin embargo, no se puede reconducir siempre a estos dos únicos elementos. En muchos casos, es preciso que exista un elemento suplementario para completar la conducta ilícita, la denominada relación de causalidad que debe verificarse entre la conducta delictiva y la producción del resultado lesivo.

⁵⁴ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2012, Art. 11

Luego, de esta interpretación, me dirijo a la conceptualización de lo que debe entenderse quienes son responsables de las infracciones en nuestro Código Penal. Y de acuerdo a ello se dan tres formas de concurrencia del delito, de acuerdo a lo establecido en el “Art. 41.- *Son responsables de las infracciones los autores, los cómplices y los encubridores.*”⁵⁵

Nuestra legislación prevé la participación principal y la accesoria, y según estas, clasifica a los participantes como autores, cómplices e encubridores, pues en cuanto a los encubridores es necesario observar que estos propiamente no participan en la realización del delito, sino que intervienen con posterioridad a su ejecución para asegurar sus resultados o buscar la impunidad de sus protagonistas.

El Art. 42 del Código Penal señala: “*Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto*”

⁵⁵ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2012, Art. 41

punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin”⁵⁶

Esta disposición contempla en primer lugar lo que constituyen autores materiales del delito, pero también se extiende este concepto a los autores intelectuales, a los instigadores y a los cooperadores, a quienes se los debe considerar partícipes del delito. En efecto, el Art. 42 del Código Penal presenta un concepto extensivo de autor, pues convierte en autoría toda forma de participación concertada en la realización de la acción típica:

En lo relacionado a los cómplices Art. 43 del Código Penal establece que, “*Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos.*

Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un acto menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.”⁵⁷

En cuanto a los cómplices estos son los que participan en la comisión de una conducta típica ajena con respecto a la que un tercero es el autor material. El cómplice opera a la ejecución con actos anteriores y concomitantes. En contraposición a la exigencia directa de los autores, en los cómplices se utiliza la palabra “indirecta”, dentro del concepto general de la codelincuencia, la complicidad

⁵⁶ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2012, Art. 42

⁵⁷IBÍDEM, Art. 43

tiene un grado medio de responsabilidad entre la autoría y el encubrimiento. La participación del cómplice es distinta y secundaria, de menor importancia y vinculada directamente a la voluntad del autor o autores del delito, el cómplice es un auxiliar o subalterno.

En cuanto a los encubridores el Código Penal establece en el Art. 44, que *“Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente”*⁵⁸

En la participación multipersonal de un delito, el encubrimiento ocupa el último lugar, Verdaderamente no se trata de una participación, porque asoma después de la ejecución de aquel. Este artículo, está dirigido, exclusivamente, a los encubridores profesionales, a quienes los define. En el caso de quienes oculten las armas usadas en los delitos contra personas, serán encubridores. Lo mismo podrá decirse de quienes borren las huellas del delito, o inutilicen sus señales para que no puedan ser descubiertos los autores, o sea, para evitar la represión de éstos.

⁵⁸ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2012, Art. 44

Estas nociones de autores, debe mirársela desde una sola óptica: “Dominio del hecho”, que está vinculado en la relación directa de los actos que se realizan y que son constitutivos de la infracción. La inducción es una forma accesoria de la autoría y se pone de manifiesto por la voluntad del inductor sobre el inducido, capaz de hacer surgir en el mismo, la resolución de ejecutar el hecho.

El Art. 10 del Código Penal preceptúa: “*Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar*”⁵⁹

Según lo dispuesto en esta disposición del Código Sustantivo Penal, son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales y se dividen en delitos y contravenciones según la naturaleza de la pena peculiar, siendo el acto un hecho de la voluntad humana dirigido conscientemente a la perturbación del ordenamiento legal, y son los que dan lugar a la tipicidad y la antijuridicidad, pues la acción delictiva comprende un proceso causal interior y exterior, que trasciende alrededor de una actividad determinada, en la que la intención (dolo) constituye elemento fundamental, mientras que la actividad consiste en practicar actos constitutivos voluntarios dirigidos al rompimiento del ordenamiento jurídico, mientras que, la intención es el deseo de producir el resultado lesivo.

Esta definición de delito además de ser muy escueta resulta excesivamente formal ya que se limita a afirmar que el delito es un comportamiento humano castigado por la

⁵⁹ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2012, Art. 10

Ley mediante una sanción penal y no específica que comportamientos concretos poseen carácter delictivo y como tal, conllevan una pena.

4.3.3. Análisis de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas

El Art. 1 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, establece el objetivo de esta ley, indicando: *“Esta Ley tiene como objetivo combatir y erradicar la producción, oferta, uso indebido y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, para proteger a la comunidad de los peligros que dimanen de estas actividades.”*⁶⁰

El objetivo de la ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas es luchar contra las personas que se dedica a la producción, oferta, uso indebido y tráfico de sustancias ilícitas, esto en sentido que estas sustancias no lleguen a la sociedad por el peligro que conlleva el consumo y las consecuencias que ocasionan en el sistema nervioso de las personas

La creación de esta ley ha sido prevista para erradicar el consumo de droga no terapéutica, como también combatir y erradicar la producción, oferta, uso indebido y tráfico de sustancias, todo esto para proteger de la sociedad del consumido indebido por las repercusiones negativas al organismo de las personas.

⁶⁰ LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 1

El Art. 56 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas trata de las infracciones de la Ley, señalando: “*Son infracciones a la presente Ley los actos punibles sancionados por ella. Se dividen en delitos de acción pública y contravenciones.*”⁶¹

Los actos ilícitos mencionados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y psicotrópicas son consideradas infracciones. Aquí se hace referencia que los delitos son de acción pública y contravenciones, con lo cual es muy diferente a lo señalado en el Código de Procedimiento Penal, que los delitos son de acción pública y delitos de acción privada, los primeros el ejercicio de la acción le corresponde al fiscal y los segundos, la acción le corresponde al ofendido. Con esta referencia se encuentra mal interpretado los delitos señalando en la Ley de Sustancias que son acción pública y contravenciones, lo que debería decirse que los delitos se dividen en infracciones y contravenciones los primeros son de mayor gravedad que los segundos.

El Art. 57 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas determina la sanción para la siembra o cultivo de plantas de las que se pueda extraer elementos para sustancias sujetas a fiscalización: “*Quienes siembren, cultiven, cosechen o en cualquier forma exploten las plantas determinadas en esta Ley y cualesquiera otras de las que sea posible extraer principios activos que puedan ser utilizados para la producción de sustancias sujetas a fiscalización, según se determina en los anexos a esta Ley, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.*”

⁶¹LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 56

Quienes recolecten plantas de las variedades determinadas en esta Ley serán sancionados con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años y multa de cincuenta a cinco mil salarios mínimos vitales generales.”⁶²

Esta disposición sancionan a quienes siembren, cultiven, cosechen o en cualquier forma exploten las plantas determinadas en esta Ley y cualesquiera otras de las que sea posible extraer principios activos que puedan ser utilizados para la producción de sustancias sujetas a fiscalización, según se determina en los anexos a esta Ley, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales, con lo cual no existe una diferencia entre sembrar, cultivar o cosechar, que la sanción debe ser muy diferente porque son actos típicos diferentes, que debe tener una sanción diferente, más que se especifique una sanción entre ocho a doce años, con lo cual no diferencia la gravedad de la infracción.

El Art. 58 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas sanciona la elaboración, producción, fabricación o preparación, expresando; *“Quienes extraigan, purifiquen, cristalicen, recristalicen, sinteticen o por cualquier forma o procedimiento elaboren, produzcan, fabriquen, preparen o envasen sustancias estupefacientes o psicotrópicas sin autorización de la Secretaría Ejecutiva del CONSEP, o infringiendo las normas de esta Ley, serán reprimidos con reclusión*

⁶²LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 57

mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.”⁶³

En esta disposición se penaliza a las personas que se dedican a sacar o lo que es separar algunas de las partes que se componen las sustancias estupefacientes, purificar en sentido de refinar, cristalizar que significa tomar las sustancias estupefacientes en forma cristalina o clara, recristalizar es darle mayor claridad a la sustancia o diferentes formas de procesamiento de las sustancias estupefacientes o su elaboración, producción o fabricación, su sanción será de doce a diez y seis años, sin tomar en cuenta la cantidad de sustancias a que incurrido en estos actos ilícitos.

El Art. 59 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas sanciona a la oferta, corretaje o intermediación, expresando: “*A quienes se les sorprenda ofreciendo, en cualquier forma o concepto, sustancias sujetas a fiscalización, o a quienes realicen el corretaje o intermediación en la negociación de ellas, se les sancionará con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años y multa de cuarenta a seis mil salarios mínimos vitales generales.*”⁶⁴

En esta disposición se expresa el ofrecimiento de sustancias sujetas a fiscalización, en cualquier forma que se presente, esto simboliza la venta, el regalo, la donación el intercambio que se le hace a una persona de sustancias que están sujetas a fiscalización, tienen una sanción con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años y multa de cuarenta a seis mil salarios mínimos vitales generales, lo que conlleva a la

⁶³LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 58

⁶⁴IBÍDEM, Art. 59

demás disposiciones a que no exista una diferencia del tipo de infracción a que incurrido una persona, tan solo existe una sanción de va de ocho a doce años, y con esta sanción el Juez tomará en cuenta lo señalado en la ley para imponer la sanción, que en mínimas cantidades que se consideran ilícitas no es adecuado una sanción de ocho años y otras personas que ofrezcan grandes cantidades, se le imponga una sanción hasta doce años.

El Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas sanciona el tráfico ilícito manifestando *“Quienes compren, vendan o entreguen a cualquier título, distribuyan, comercialicen, importen, exporten o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y otras sujetas a fiscalización, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.*

*Se entenderá por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas u otras sujetas a fiscalización toda transacción mercantil o toda entrega, a cualquier título, de dichas sustancias, realizada en contravención a los preceptos de esta Ley.”*⁶⁵

Este artículo sanciona a quienes compran, vendan o entregan a cualquier título sustancias estupefacientes, siendo algo similar al artículo 59 ya que en este se sanciona a quienes se les sorprenda ofreciendo, en cualquier forma o concepto, sustancias sujetas a fiscalización, esto conlleva a la comercialización, importación o distribución, lo cual la diferencia sería que cualquier forma entraría al regalo de sustancias, mientras que el artículo 60 va estrictamente a la compraventa, y su gran

⁶⁵LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 60

diferencia sería su sanción que en el primer caso es de ocho a doce años de reclusión mayor ordinaria, mientras que en el último es de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria

El Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas sanciona el transporte de sustancias estupefacientes, indicando: *“Quienes transporten, por cualquier medio o vía, sea fluvial, marítima, terrestre o aérea y por cualquier forma o procedimiento, sustancias sujetas a fiscalización, en transgresión de las normas de esta Ley, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales. No serán responsables los transportistas que desconocieren el contenido de la carga transportada.”*⁶⁶

A las personas que se dedique a llevar de un lugar a otro por cualquier medio ya sea por ríos, por el mar, por vías vía terrestre o aérea o cualquier medio, que lleven sustancias sujetas a fiscalización con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales, existiendo una excusa en la sanción a las personas que desconocen el contenido de la carga transportada. Con la indicación que no se precisa la cantidad de sustancias que están sujetas a fiscalización y están siendo transportadas por las personas.

El Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas determina las sanciones para la tenencia y posesión ilícitas, opinando *“Quienes sin autorización*

⁶⁶LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 61

legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.”⁶⁷

Para la utilización de sustancias estupefacientes se necesita de autorización de receta médica, y las personas que no tienen esta autorización, y se los encuentran en posesión o bajo su propiedad en sus ropas, muebles, valijas, en su domicilio, lugar de trabajo o en cualquier sitio como dueños o en lugares de arrendamiento, tenedores o cualquier título serán sancionados con penal de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.

El Art. 63 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, califica a la persona dependiente, manifestando *“El estado de dependencia de una persona respecto al uso de sustancias sujetas a fiscalización se establecerá, aún antes de juicio, previo peritaje de los médicos legistas de la Procuraduría General del Estado, quienes tendrán en cuenta la naturaleza y la cantidad de las sustancias que*

⁶⁷LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 62

*han producido la dependencia, el grado de ella y el nivel de tolerancia que hagan indispensable la dosis poseída, y la historia clínica del afectado, si la hubiere.*⁶⁸

En esta disposición se debe tomar en cuenta a una persona que se dedica a actividades ilícitas en sustancias estupefacientes y psicotrópicas, si está en estado de dependencias, lo cual se calificará o se lo considerará como tal previo peritaje de médicos legistas de la Procuraduría General del Estado, para lo cual calificarán su dependencia el hecho ilícito cometido y la cantidad de sustancias sujetas a fiscalización que se le hubiere encontrado, que en sí esas sustancias se los encontró solo para el uso personal, más no para otros usos como transporte, tenencia ilícita, con lo cual debe hacerse presumir que esa persona se encuentra en tal estado que no ha incurrido en actividades ilícitas.

⁶⁸LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 63

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Legislación Penal de Colombia

El Art. 32 de la Ley 30 de 1986 conocida como estatuto Nacional de Estupefacientes señala: *“El que sin permiso de autoridad competente cultive, conserve o financie plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga que produzca dependencia, o más de un (1) kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de diez (10) a cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales.*

*Si la cantidad de plantas de que trata esta artículo excediere de veinte (20) sin sobrepasar la cantidad de cien (100), la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa en cuantía de uno (1) a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales.”*⁶⁹

En esta Ley existe una proporcionalidad entre infracciones y sanciones por cuando se sanciona de acuerdo a la cantidad producto del cultivo, consumo o financiamiento de plantaciones de mariguana o cualquier otra planta que pueda producir cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, ya que incurren en prisión de cuatro a doce años cuando ese ilícito constituya 1 kilogramo de semillas de dichas plantas.

⁶⁹ LEY 30 DE 1986 ESTATUTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2774>

Es necesario indicar en el segundo inciso existe una pena para la cantidad de plantas destinadas para el consumo, que es diferente a la cantidad de droga procesada, en este caso dicha cantidad de plantas excediere de 20 sin pasar de 100 la pena será de uno a 3 años, con lo cual se mira la cantidad del ilícito cometido, con lo cual existe en este artículo una proporcionalidad entre infracción y sanción.

4.4.1. Legislación Penal de España

El Art. 368 del Código Penal español establece el delito de tráfico de drogas, entre los delitos contra la salud pública señalando que *“Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.”*⁷⁰

En esta disposición también existe una desproporcionalidad de las infracciones para quienes cultiven, o se dediquen a la elaboración o tráfico que promuevan o faciliten el consumo ilegal de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con una pena de tres a nueve años, sin indicar la cantidad del acto ilegal por el cultivo, la elaboración o el tráfico; en cuando a la multa, considero que en este país existe una proporcionalidad, por lo que se impone una multa del triplo del valor de la droga que

⁷⁰ CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, <http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>

es objetivo del delito. Con lo cual considero, en cuando a la pena existe una desproporcionalidad, porque no se indica la cantidad de años de prisión por la cantidad de ilícito cometido, en cambio en las multas existe proporcionalidad, ya que esta se impone de acuerdo a la cantidad del hecho cometido.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales

El desarrollo del trabajo investigativo se direccionó con la utilización de material bibliográfico, la utilización de obras literarias de carácter jurídico referentes a la problemática planteada, revistas jurídicas y páginas web especializadas, diccionarios de Derecho, información de periódicos, entre otros, con los cuales se realizaron los marcos referenciales o revisión de literatura. Los materiales de escritorio, útiles de oficina, entre papel, esferográficos, carpetas, Cds, flash memory, Recursos Técnicos, entre otros, el uso de computadora, impresora, copiadora, scanner, grabadora.

La información empírica, se obtuvo de la observación directa de la codificación de la Constitución de la República del Ecuador, del Código Penal, respecto que si las penas del Código Penal ecuatoriano, se encuentran acordes a la gravedad del delito cometido

5.2. Métodos

Durante esta investigación se utilizó los siguientes métodos: El Método Inductivo, Deductivo, Analítico y Científico. El método deductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido. El método inductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el razonamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de las encuestas

En la investigación de campo está dirigida una encuesta a treinta abogados en ejercicio profesional del derecho con el objeto de esclarecer, la proporcionalidad entre infracciones y sanciones en los delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en la cual gráfico y analizo de la siguiente manera:

PRIMERA PREGUNTA. ¿Cree usted que en el tipo penal, en delitos de sustancias estupefacientes, las penas son las mismas si se encuentran con pequeñas cantidad de gramos, y otro con grandes cantidades?

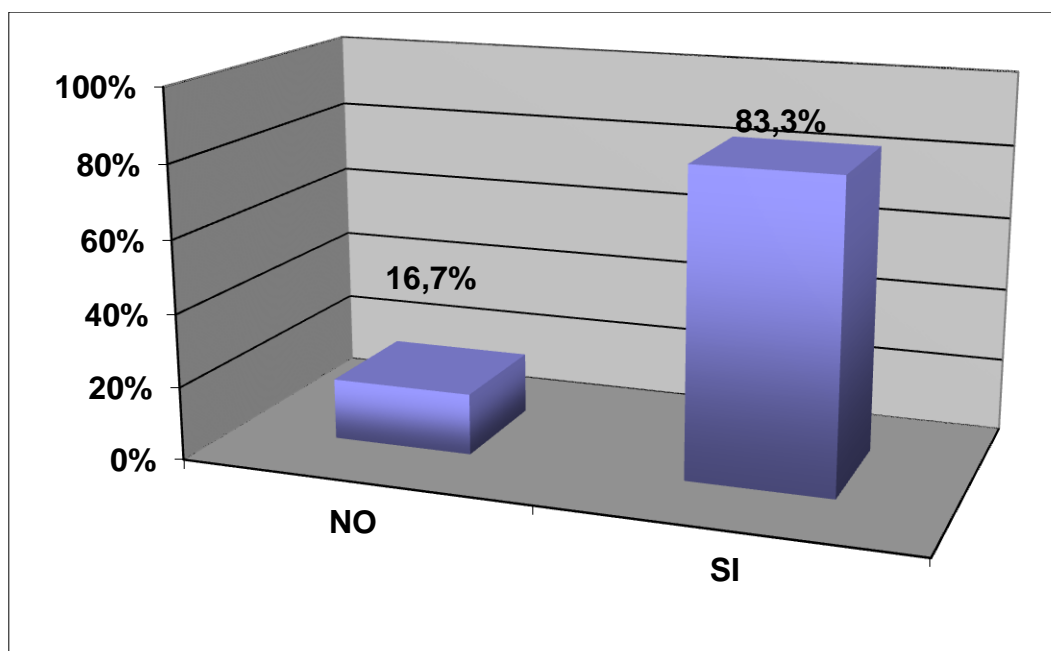
Cuadro 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	16.7 %
SI	25	83.3 %
Total	30	100 %

Autor: Mario Gustavo Chacha Vázquez

Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 1



Interpretación

De a la primera pregunta plasmada a abogados en libre ejercicio profesional, de un universo de treinta encuestados, cinco que equivale el 16.7% señalaron que nono creen que en el tipo penal, en delitos de sustancias estupefacientes, las penas son las mismas si se encuentran con pequeñas cantidad de gramos, y otro con grandes cantidades, porque ello viene de la sana crítica del tribunal para juzgar a los traficantes de sustancias estupefacientes. En cambio; los veinticinco restantes consideraron que si creen que en el tipo penal, en delitos de sustancias estupefacientes, las penas son las mismas si se encuentran con pequeñas cantidad de gramos, y otro con grandes cantidades, porque las sentencias que juzgas a los traficantes se elevan siempre a su pena máxima

Análisis

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas se sanciona a los traficantes de estas sustancias con penas, que no diferencian la cantidad que se trafica, tan solo se especifica el número de años por ejemplo de dieciséis a veinticinco años, con lo cual no existe un tipo penal diferenciador de cantidades en el cometimiento de estos delitos, conllevando con ello a existir una desproporcionalidad para esta clase de delitos e infracción.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Cree usted que existe proporcionalidad entre infracciones y sanciones en sustancias estupefacientes y psicotrópicas?

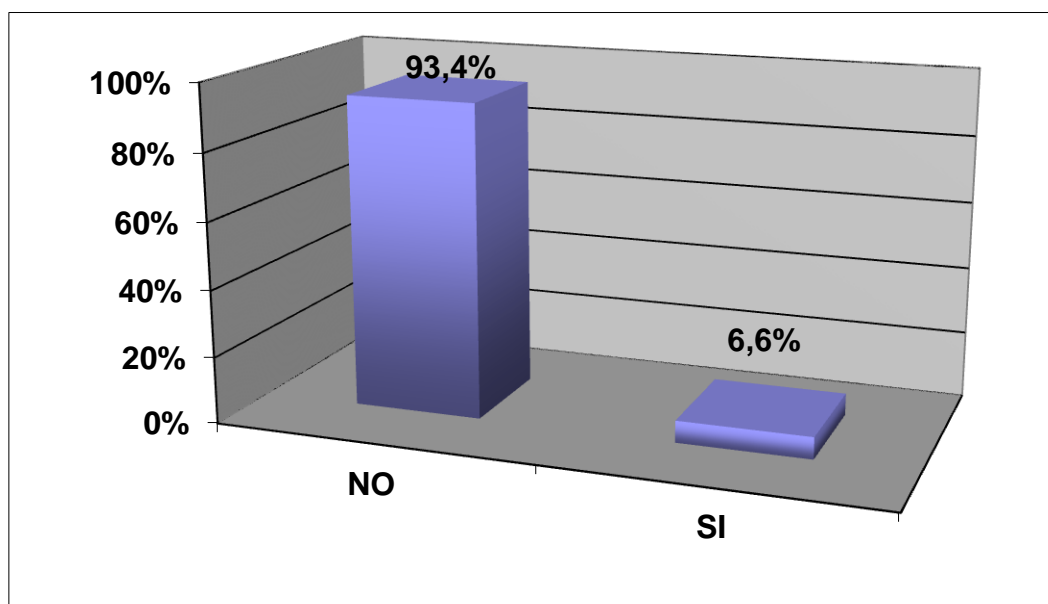
Cuadro 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	6.6 %
NO	28	93.4 %
Total	30	100 %

Autor: Mario Gustavo Chacha Vázquez

Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 2



Interpretación.

En esta pregunta veintiocho encuestados que equivale el 93.4% señalaron que existe proporcionalidad entre infracciones y sanciones en sustancias estupefacientes y psicotrópicas; y, dos personas que engloba el 6.6% manifestaron que si existe proporcionalidad entre infracciones y sanciones en sustancias estupefacientes y psicotrópicas, porque los delitos deben ser castigados con rigurosidad.

Análisis

La Constitución de la República del Ecuador, expresa que en el cometimiento de delitos, la ley sancionará tomando en cuenta el principio de proporcionalidad, tal es el caso que compren, vendan o entreguen a cualquier título, distribuyan, comercialicen, importen, exporten o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y otras sujetas a fiscalización, serán reprimidos con

reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años, pero no se indica la cantidad de quienes se dedican este ilícito, con lo cual no existe proporcionalidad entre el delito y su sanción.

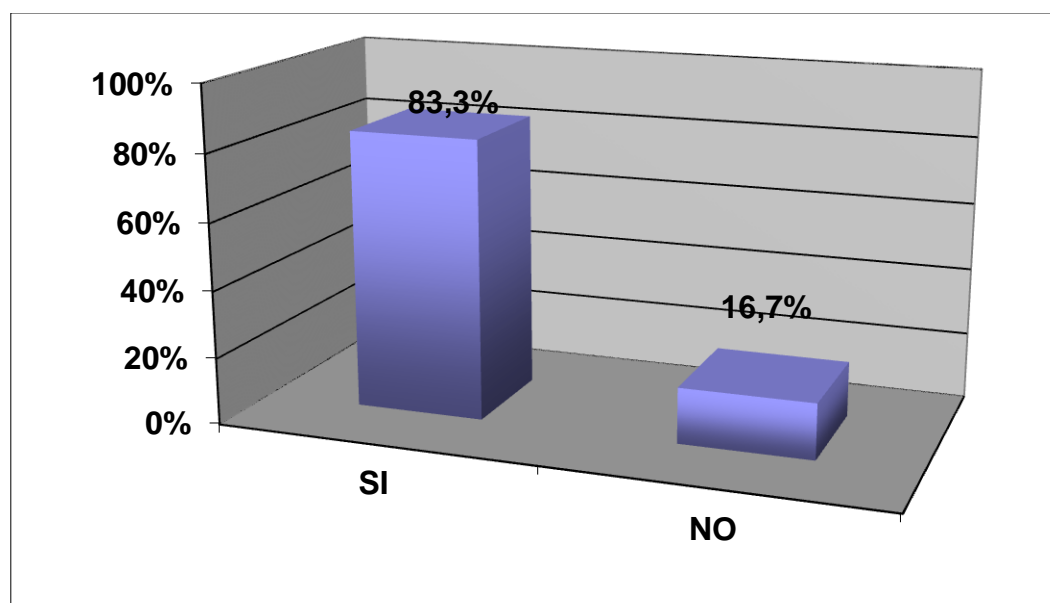
TERCERA INTERROGANTE: ¿Cree usted que en caso de delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la limitación de derechos fundamentales?

Cuadro 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	16.7 %
SI	25	83.3 %
Total	30	100 %

Autor: Mario Gustavo Chacha Vázquez
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 3



Interpretación

De esta representación se observa que cinco encuestados que equivale el 16.7% expresaron no estar de acuerdo que en caso de delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la limitación de derechos fundamentales. Pero veinticinco encuestados que corresponde el 83.3% manifestaron si estar de acuerdo que en caso de delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la limitación de derechos fundamentales

Análisis

En caso de delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la limitación de derechos fundamentales, pues se trata de un instrumento de interpretación típicamente constitucional que, en el marco de las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, impone que los derechos de estos sólo puedan ser limitados en la medida en que ello sea estrictamente imprescindible para la protección de los intereses públicos a los que sirve dicha limitación del ámbito de libre autodeterminación del individuo.

CUARTA INTERROGANTE: ¿Considera usted que las penas que debe hacer el Tribunal de Garantías Penales a la persona que es presuntamente culpable, por medio de la amenaza, pena o sanción para que corrija su conducta, para que se enmiende y repare con el ilícito cometido, no va con la proporcionalidad de la infracción?

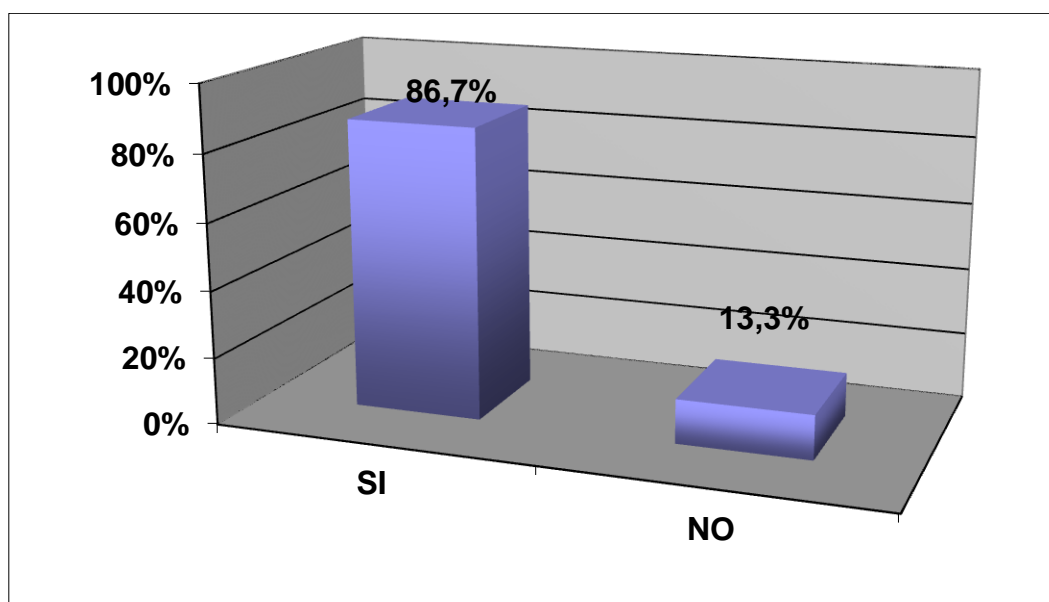
Cuadro 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	4	13.3 %
SI	26	86.7 %
Total	30	100 %

Autor: Mario Gustavo Chacha Vázquez

Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 4



Interpretación.

De esta interrogante, cinco encuestados que equivale el 16.7% manifestaron no estar de acuerdo que las penas que debe hacer el Tribunal de Garantías Penales a la persona que es presuntamente culpable, por medio de la amenaza, pena o sanción para que corrija su conducta, para que se enmiende y repare con el ilícito cometido, no va con la proporcionalidad de la infracción. En cambio veinticinco encuestados que corresponde el 83.3% señalaron estar de acuerdo que las penas que debe hacer el Tribunal de Garantías Penales a la persona que es presuntamente culpable, por medio de la amenaza, pena o sanción para que corrija su conducta, para que se enmiende y repare con el ilícito cometido, no va con la proporcionalidad de la infracción.

Análisis.

Si a una persona que comete un delito en drogas, y se sanciona de dieciséis a veinticinco años, y si esa persona tan solo traficó pequeñas cantidades de droga, no es dable que se imponga tal sanción, porque no es justo moral y legalmente que esa misma sanción la tenga otra persona que cometió el delito pero con grandes cantidades de droga, por una lógica inherente a la relación de medio a fin. Ello es así porque el objeto del principio de proporcionalidad siempre será examinar si la utilización de un determinado medio, la pena como sanción en el cometimiento del delito, es proporcional para la consecución de cierto fin el castigo para la rehabilitación del infractor.

QUINTA PREGUNTA: ¿Estima usted que la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas existe una contraposición como norma, en contra de la Constitución, por no existir una debida proporción entre la infracción y la sanción?

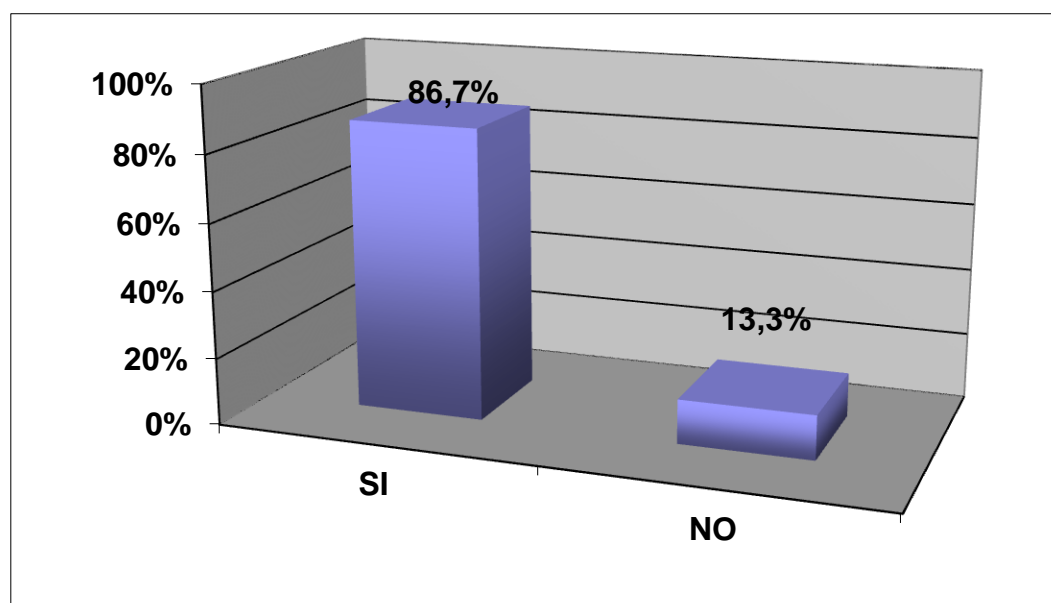
Cuadro 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	4	13.3 %
SI	26	86.7 %
Total	30	100 %

Autor: Mario Gustavo Chacha Vázquez

Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 5



Interpretación

En cuanto a esta pregunta, cuatro encuestados que corresponde el 13.3% señalaron no estar de acuerdo que la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas existe una contraposición como norma, en contra de la Constitución, por no existir una debida proporción entre la infracción y la sanción; pero veintiséis encuestados que corresponden el 86.7% indicaron estar de acuerdo que la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas existe una contraposición como norma, en contra de la Constitución, por no existir una debida proporción entre la infracción y la sanción

Análisis

Toda personas que se encuentra sometida a un proceso, especialmente al proceso penal, tiene derecho a ser sometida a un juicio de culpabilidad, en donde, de manera pública, oral y contradictoria se juzgue su conducta en un juicio de atribuibilidad incluye los juicios de imputabilidad y de culpabilidad , por ello las sanciones para los delitos de drogas siendo las mismas para todos deben basarse en la proporción para declarar la culpabilidad de infractor, caso contrario se le atribuye una infracción con la sanción desproporcional derivación de la presunción de inocencia.

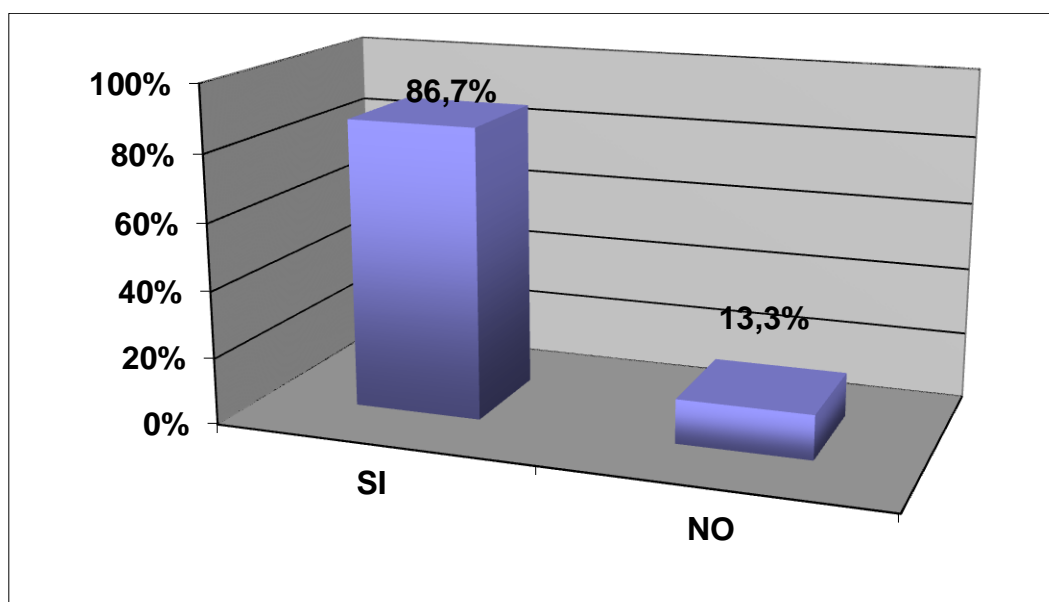
SEXTA PREGUNTA: ¿Considera usted que debe reformarse la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas exigiendo la proporcionalidad de las penas y sanciones para los delitos y contravenciones de sustancias estupefacientes y psicotrópicas?

Cuadro 6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	4	13.3 %
SI	26	86.7 %
Total	30	100 %

Autor: Mario Gustavo Chacha Vázquez
 Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 6



Interpretación

En cuanto a esta pregunta, cuatro encuestados que corresponde el 13.3% señalaron que no debe reformarse la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas exigiendo la proporcionalidad de las penas y sanciones para los delitos y contravenciones de sustancias estupefacientes y psicotrópicas porque deben castigarse los delitos de drogas porque ello perjudican a la sociedad; pero veintiséis encuestados que corresponden el 86.7% indicaron que debe reformarse la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas exigiendo la proporcionalidad de las penas y sanciones para los delitos y contravenciones de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Análisis

Con todos los resultados obtenidos en la encuesta considero que debe reformarse la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas exigiendo la proporcionalidad de las penas y sanciones para los delitos y contravenciones de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, porque ellas expresadas en la Ley, no se analiza la cantidad o hecho delictivo cometido, tan solo se imponen sanciones de acuerdo al tipo penal sin especificar detalladamente que el hecho cometido debe contener penas de diferente tipología.

6.2. Estudio de casos

Caso 1.

Juicio: Nro. 51-201

Primer Tribunal de Garantías Penales de Loja

VERSIÓN DEL CASO

Emitido el auto de llamamiento a juicio por parte del señor Juez Octavo de Garantías Penales de Loja con Sede en Catamayo, en contra de los procesados Darwin Bolívar Torres Merino; y Alfonso Francisco Merino Guayanay, al considerar que en sus calidades de autores quebrantaron la disposición legal tipificada y sancionada en el art. 62 de la Ley Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, se ratifica la orden de prisión preventiva dictada en su contra disponiéndose que continúen detenidos en el Centro de Rehabilitación Social de la ciudad de Loja.” ***Se ordena la prohibición que los procesados enajenen sus bienes cada uno hasta por la suma de quinientas remuneraciones básicas del trabajador, disponiéndose su inscripción en los Registros de la Propiedad de los cantones de Catamayo y Espíndola Provincia de Loja***”. Ejecutoriado el auto referido, al no haber sido impugnado, sometido al sorteo reglamentario, la jurisdicción y competencia se radicó en este Primer Tribunal de Garantías Penales; por lo que el Presidente avocó conocimiento, corrió traslado a los otros jueces y sujetos procesales con la recepción del expediente; y dentro del plazo

previsto en la ley señaló para el juzgamiento el día martes 18 de octubre de 2011, a las 09h00 fecha en que el Tribunal de Garantías Penales, previas a las solemnidades de ley, se instaló en audiencia pública oral y contradictoria de juzgamiento con la presencia de los procesados Darwin Bolívar Torres Merino; y Alfonso Francisco Merino Guayanay, abogados defensores, Dra. Lucía Sangurima Erraéz, Fiscal de Loja con sede en Catamayo, peritos y testigos anunciados y oportunamente notificados audiencia de juicio juzgamiento oral y contradictoria, que se desarrolló conforme a los términos del Art. 285, y siguientes del Código de Procedimiento Penal. Concedida la palabra la fiscal, hizo la exposición inicial sobre la teoría del caso sosteniendo que obra conforme al Art. 286 del Código de Procedimiento Penal que el delito que acusa es de tenencia ilegal de sustancias estupefacientes y sicotrópicas indicando como antecedente parte elaborado por los Agentes Antinarcóticos de la Jefatura Provincial de Loja el 30 de abril de 2011, en el que consta que a las 22h30 aproximadamente del año y fecha antes indicada en las calles 3 de noviembre y Eugenio Espejo a la altura del estadio ubicado frente al Colegio Nacional Nocturno Catamayo realizaron la detención de los procesados por encontrar en el bolsillo anterior derecho del pantalón de Alfonso Francisco Merino Guayanay cuatro retazos de funda plástica a rayas conteniendo seis sobres de papel cuaderno a cuadros, cada envoltura, con una sustancia de color blanquecina de posible base de cocaína, dando un total de 24 sobres, y un celular marca NOKIA con chip, y a Darwin Bolívar Torres Merino le encontraron en el bolsillo anterior izquierdo del pantalón un retazo de funda plástica a rayas conteniendo en su interior ocho sobres de papel cuaderno, con una sustancia de apariencia polvo color blanquecina de posible cocaína, en sus partes íntimas sujetando con el elástico de su bóxer una

funda plástica con el logotipo de ECOMAXI, conteniendo en su interior nueve retazos de funda plástica a rayas con seis sobres de papel cuaderno a cuadros cada envoltura con una sustancia de apariencia polvo color blanquecina de posible cocaína dando un total de 54 sobres además encontraron un billete de cinco dólares, cinco monedas de un dólar y dos celulares marca NOKIA, con su respectiva batería y chip, las sustancias antes descritas una vez a la prueba PIPH, utilizando los reactivos químicos **SCOTT Y TANRED**, dieron como resultado positivo para cocaína con un peso bruto de 30 gramos aproximadamente. Con estos antecedentes procedió a iniciar la instrucción fiscal, sosteniendo que su teoría del caso es la tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, delito tipificado y sancionado por el artículo 62 de la codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y que lo demostrará con los medios de prueba anunciados. Posteriormente en el orden prescrito por el Art 286 del Código de Procedimiento Penal, el Presidente del Tribunal concede la palabra para que realicen sus exposiciones iniciales los abogados de la defensa iniciando la doctora Mónica Fierro Moltavo, abogada de la Defensoría Pública Penal en representación del acusado Darwin Bolívar Torres Merino manifiesta que el 30 de abril de 2011 en horas de la noche su defendido transitaba por el cementerio del cantón Catamayo para comprar 20 sobres de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, para consumirlas porque es un consumidor crónico; que le pidió a Alfonso Francisco Merino le dé teniendo una funda y compre tabacos y fosforo, reitera que a su defendido jamás se lo encontró en otra actitud que no sea la de tenencia de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, por lo que alega que no existe la responsabilidad del delito que se le imputa, solicita se respete la garantía constitucional del principio de

presunción de inocencia. En representación del acusado Alfonso Francisco Merino Guayanay, interviene el doctor Darwin León Gaona abogado de la Defensoría Pública Penal y manifestó que el 30 de abril de 2011 a las 22h030 aproximadamente su representado fue detenido en las calles 3 de noviembre y Eugenio Espejo a la altura del estadio ubicado frente al Colegio Nacional Nocturno Catamayo, en posesión de una funda que desconocía lo que contenía en su interior por lo que no existe su participación en el hecho punible que se le imputa y por el cual ha sido llamado a juicio, lo cual lo comprobará con los elementos de prueba que aportara durante el desarrollo de la audiencia. Producida la prueba, pedida, ordenada e ingresada al juicio, cumpliendo los principios de oralidad, inmediación, contradicción y dispositivo, la fiscal en su alegato de clausura, después de realizar un análisis de los medios de prueba testimonial, documental, e instrumental acusó a los procesados como autores del delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, requiriendo al tribunal pronunciar sentencia condenatoria de conformidad al artículo 62 de la Codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; la defensora pública manifestó que el acusado Darwin Bolívar Torres Merino que de la prueba que aportado la fiscalía no hay suficientes elementos que vinculen la responsabilidad de su defendido con el acto antijurídico que se juzga resaltando que de la valoración psiquiátrica elaborada y suscrita por el doctor Guillermo Bailón médico psiquiatra, se deduce que su representado es un consumidor crónico conducta que no está penalizada por las leyes penales, por lo cual no existe el nexo causal para vincular la responsabilidad penal de su defendido y el delito en cuestión por lo que pide que el tribunal se pronuncie con sentencia absolutoria, por su parte el Defensor Público. Darwin León

sostuvo a nombre de su representado Alfonso Francisco Merino Guayanay, que de la prueba actuada esta no es suficiente para destruir la presunción de inocencia de su representado, pues este desconocía lo que contenía la funda que le dio su cuñado Darwin Bolívar Torres Merino que le tenga el día de los hechos, por lo que pide que en sentencia de declare la inocencia del mismo. En el desarrollo de la audiencia los sujetos procesales aportaron ingresando las pruebas de cargo y de descargo, las cuales sometidas a los principios de inmediación y contradicción, condujeron a la conclusión de la audiencia, luego de lo cual concluida que fuera el Presidente anunció que el Tribunal se retira a deliberar, anunciando después la culpabilidad de los acusados y que el fallo se emitirá en el plazo legal, por escrito indicado lo grados de responsabilidad de los mismos; y se notificará a los sujetos procesales en los casilleros judiciales señalados.

RESOLUCIÓN

Siendo momento de dictar sentencia, por lo dicho, el Tribunal Primero de Garantías Penales, de conformidad al Art. 306 del Código de Procedimiento Penal, dicta el fallo escrito debidamente motivado, para lo cual considera: **PRIMERO.-** El Tribunal Primero de Garantías Penales de Loja tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el presente caso, conforme a lo que disponen los artículos 28, N° 1, y 221, N° 1, de los Código de Procedimiento Penal y Código Orgánico de la Función Judicial, así como por el resultado del sorteo reglamentario practicado en forma legal; **SEGUNDO.-** En la sustanciación del proceso se han tutelado las normas del debido proceso consagrados en la Constitución de la República en donde determina

que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia, que hará efectivas las garantías del debido proceso contempladas en el artículo 77 haciendo efectivos los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la Administración de Justicia garantizados en el Artículo 75 de la misma, ateniéndose a las normas procesales que procurarán la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad en los trámites, se han respectado los principios rectores para la administración de justicia prevista en las normas Art 168 de la Constitución de la República esto es que en *“La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”*⁶ en relación con el Art 18 del Código Orgánico de la Función Judicial que expresa *“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”* Igualmente en el desarrollo del proceso se ha cumplido con lo prescrito por la norma procedimental penal prevista el art innumerado, agregado luego del Art. 5 del Código de Procedimiento Penal; y, no se han cometidos vicios de procedimiento, por lo que se declara la validez de lo actuado; **TERCERO.**- En todo juzgamiento penal es obligación del titular de la acción penal probar la materialidad de la infracción así como la responsabilidad del acusado, por lo cual al Tribunal le corresponde pronunciarse sobre los hechos que tengan relación con los elementos determinados en el auto de llamamiento a juicio, tomándose como referencia los medios de prueba solicitados, actuados e incorporados por los sujetos procesales, de acuerdo con las

normas de los artículos 83, 85, 250, 252 y 315 del Código de Procedimiento Penal.

CUARTO.- Del análisis de la prueba presentada tanto por la fiscalía como por la defensa de los acusados se encuentra. **4.1.** La prueba testimonial de la fiscalía se circunscribió en receptor los testimonios: **a.-** Del doctor **JOSÉ MOISÉS REQUELME TORRES**, ecuatoriano de 48 años de edad, Sargento de la Policía, y de profesión Doctor en Química, domiciliado en la ciudad de Cuenca quien en lo esencial declara: que es Perito químico acreditado por el Consejo de la Judicatura del Azuay; y, que el día lunes 16 de mayo del 2011, a las 15h00 aproximadamente, el señor Santiago García Romero, responsable del Departamento de Bienes en Depósito del CONSEP de la región Suroriente procedió a entregarme un sobre del CONSEP en el que contiene dos muestras de posible base de cocaína perteneciente al proceso penal que se tramita en el juzgado octavo de Garantías Penales de Loja en contra de Darwin Bolívar Torres Merino y Francisco Alfonso Medina Guayanay , en el interior del sobre encontró dos envolturas de papel de color blanco, las mismas que se encuentran selladas con cinta maski, firmadas con una impresión sellográfica del Juzgado Octavo de Garantías Penales de Loja por ambos lados individualizadas con los números 1y 2 respectivamente, en el interior de cada una de ellas se encuentra una funda de plástico pequeña, transparente, grapada individualizadas con los números 1, 2, conteniendo una sustancia granulada color crema, las dos muestras fueron sometidas a los siguientes ensayos: de precipitación para alcaloide, de color, de solubilidad, del pH, de determinación de aniones asociados a alcaloides, cromatografía en capa fina para cocaína, dando como resultado, la sustancia granulada de color crema contenida en la funda plástica transparente individualizada con el n°1 , peso neto 0,3 gramos corresponde a base de cocaína; la sustancia

granulada de color crema contenida en la funda plástica transparente individualizada con el n°2 , peso neto 0,3 gramos corresponde a base de cocaína; por último se ratifica en el contenido del informe pericial químico a las sustancias sujetas a fiscalización y que la firma y rubrica constante en él son de su puño y letra; b.- El testimonio de **JHONSSON OSWALDO AMARI MENDEZ**, de 43 años, de estado civil unión libre, portador de la cedula de ciudadanía 1100254754, sargento de policía, quien desempeña sus funciones en calidad de guardalmacén de la Jefatura de Antinarcóticos de Loja, quien en lo esencial: declara que el día 1 de mayo del 2011 a las 09h30 el agente de policía de antinarcóticos VICTOR LIZALDE, le entrego en las Bodegas de la Jefatura de Antinarcóticos una funda de plástico color blanco con logotipo AUTOSERVICIO ECOMAXI, conteniendo en su interior diez envolturas color plástico a colores, nueve con seis sobres de papel cuaderno a cuadros y una con ocho sobres de papel cuaderno a cuadros, con una sustancia de color blanco hueso posible cocaína y cuatro envolturas de funda plástica color a rayas conteniendo cada una seis sobres de papel cuaderno a cuadros con una sustancia de color blanco hueso posible cocaína, y las siguientes evidencias: un celular marca Nokia color negro con batería y chip de Porta, un celular marca Nokia color blanco con azul sin tapa con batería y chip de Porta, un billete de cinco dólares y cinco monedas de un dólar dando un total de diez dólares americanos . Así también manifiesta que el mismo día 1 de mayo del 2011 presencia de la Fiscal de Loja con sede en Catamayo procedió a realizar la prueba preliminar homologada de las muestra 1 a la 86 de las sustancia aprendida en el caso Guayanay; color blanco hueso utilizando los reactivos **TANRED Y SCOTT** dando resultado preliminar positivo para **POSIBLE COCAINA**, con un peso bruto de 30 gramos aproximados, además da a conocer que

no se pudo obtener el peso neto de la sustancia por la cantidad de sobres existentes, finalmente reconoce que la firma y rubrica impresa en el comprobante de entrega-recepción de evidencia y de la prueba preliminar homologada es de su puño y letra con la que acostumbra a solemnizar sus actos públicos como privados. c.- El testimonio de **WILMER ESDRUAL ZARUMA CHAMBA**, casado, de 30 años de edad domiciliado en el cantón Catamayo, de ocupación agente de la Policía Judicial de Loja, con cedula de identidad 1104035843, quien sostiene que el día primero de mayo del 2011 a las 08h00 aproximadamente realizo el reconocimiento del lugar de los hechos, describiéndola como una escena de tipo abierta la misma que está ubicada en la calle Eugenio Espejo y 3 de Noviembre del cantón Catamayo, sobre la calle Eugenio Espejo en el sentido oeste- este, es el lugar donde los miembros de antinarcóticos han procedido a detener a los ciudadanos Alfonso Francisco Merino Guayanay y Darwin Bolívar Torres Merino, como referencia al lugar describe que a unos quince metros se encuentra el Colegio Nacional Nocturno Catamayo, y que por el lugar existe normal afluencia de personas así como de vehículos; d.- Los testimonios de **JORGE LUIS SIZA CRIOLLO**, de 28 años de edad, soltero, con cédula de ciudadanía número 1103323896, de ocupación Agente Antinarcóticos de la Policía de Loja, en el grado de Cabo Segundo; **VÍCTOR MANUEL ELIZALDE CRESPO**, de 42 años de edad, casado, con cédula número 1102757968, domiciliado en esta ciudad y cantón de Loja, de ocupación Agente de la Policía de Antinarcóticos; **EDWIN HIPÓLITO MAYANQUER ERAZO**, de 30 años de edad, soltero, portador de la cédula número 11002513248, Agente Antinarcóticos de la Policía de Loja, en el grado de Cabo Segundo; y, **FAUSTO GUILLERMO ZURITA CAMALLE**, de 37 años de edad, casado, con cédula

número 0502191570, domiciliado en esta ciudad y cantón Loja, Agente Antinarcóticos de la Policía Nacional; quienes concuerdan en su declaración al señalar que el treinta de Abril de 2011 a las 19h00, se trasladaron desde la ciudad de Loja hasta el Cantón Catamayo a realizar un operativo de inteligencia por disposición de superior esto en virtud de las múltiples denuncias telefónicas que habían realizado desde el cantón Catamayo en el que se denunciaba que cerca del estadio y Colegio Nacional Nocturno Catamayo se expendía droga, siendo las 22h30 aproximadamente ya en el lugar indicado luego de permanecer por treinta minutos se percataron que una camioneta de alquiler se bajaron dos personas de sexo masculino y empezaron a merodear el lugar en una actitud sospechosa motivo por el cual se acercaron identificándose como agentes de policía pidiendo la documentación que los identifique, identificándose uno de ellos como **FRANCISCO ALFONSO MERINO GUAYANAY**, acto seguido proceden a realizar un registro de sus prendas de vestir, encontrándole en el bolsillo derecho de su pantalón cuatro retazos de funda plástica a rayas conteniendo seis sobres de papel cuaderno a cuadros, cada envoltura con una sustancia color blanquecina de posible cocaína, dando un total de veinte cuatro sobres, y un celular marca NOKIA color blanco con negro con su respectiva batería, de señalan que el acompañante del primero se identificó como **DARWIN BOLÍVAR TORRES MERINO**, a quien en su bolsillo interior izquierdo del pantalón se le encontró un retazo de funda plástica con rayas a colores, conteniendo ocho sobres de papel cuaderno a cuadros con una sustancia de apariencia polvo color blanquecina de posible cocaína, en el bolsillo anterior derecho un celular marca NOKIA color blanco con negro, con su respectiva batería y chip de telefonía PORTA, un billete de cinco dólares y cinco monedas de un dólar

americano, en sus partes íntimas sujetado con el elástico de su bóxer una funda de plástico blanca con logotipo de autoservicio ECOMAXI, conteniendo en su interior nueve retazos de funda plástica a rayas a colores con seis sobres de papel cuaderno a cuadros, cada envoltura con una sustancia de apariencia polvo, color blanquecina de posible cocaína, dando un total de cincuenta y cuatro sobres; por ser un delito flagrante se procedió a la detención de los antes nombrados ciudadanos, dándole a conocer inmediatamente del particular a la Dra. Lucía Sangurima Fisca de Loja con sede en Catamayo; así mismo concuerdan al señalar que las sustancias descritas fueron sometidas a la prueba del PIPH utilizando los reactivos químicos **SCOTT y TANRED** dando **POSITIVO** para **posible COCAINA**; además reconoció a los acusados como las personas a quienes les encontró las sustancias sujetas a fiscalización y demás evidencias, finalmente reconocen la firma y rúbrica que se encuentra constante en el parte de detención como de su autoría con la que acostumbran legalizar sus actos públicos y privados; e.- El testimonio de **SANTIAGO ISRAEL GARCÍA ROMERO**, ecuatoriano, de estado civil casado, de 25 años de edad, domiciliado en esta ciudad y cantón Loja, de ocupación custodio de bienes del CONSEP, quien en lo principal manifiesta, que el día cinco de Mayo de 2011, a las ocho horas treinta aproximadamente, en su despacho se constituyó el Juez Octavo de Garantías Penales de Loja con sede en Catamayo, con la actuación del Secretario del mismo, la Fiscal de Loja, con sede en Catamayo con el objeto de practicar la diligencia de pesaje de toma de muestras y destrucción de las sustancias aprehendidas, por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, en contra de **ALFONSO FRANCISCO MERINO GUAYANAY** y **DARWIN BOLÍVAR TORRES MERINO**, como se detalla en el informe y que consiste en una funda de

plástico color blanco con el logotipo AUTOSERVICIO ECOMAXI, conteniendo en su interior diez envolturas de plástico a colores, nueve envolturas con seis sobres de papel cuaderno a cuadros y una con ocho sobres de papel cuaderno a cuadros con una sustancia de color blanca hueso con posible base de cocaína; cuatro envolturas de funda plástica de color a rayas conteniendo cada una seis sobres de papel cuaderno a cuadros con una sustancia de color blanco hueso, posible base de cocaína, se tomó dos muestras de la sustancia de 0.3 gramos de cada una para el análisis químico y otra para que permanezca en custodia del CONSEP, dando un total de peso 30.94 gramos de peso bruto, y peso de 13.66 gramos de peso neto, se procedió a la destrucción de la sustancias sobrantes; dos muestras quedan en custodia del CONSEP y las otras dos las entregó al perito Dr. José Luis Requelme Torres, analista químico del Departamento de Criminalística del Azuay; además sostiene que bajo custodia del Consep se encuentran la siguientes evidencias: dos celulares marca NOKIA color blanco con negro con batería y chip, finalmente reconoce la firma y rúbrica que se encuentra constante en el acta de pesaje, toma de muestras y destrucción de las sustancias aprehendidas son de su autoría con la que acostumbra legalizar sus actos públicos y privados; **i.- el testimonio de la Dra. LETICIA BUSTAMANTE ALVARADO**, de 39 años de edad, casada, domiciliada en esta ciudad de Loja, de profesión Médico Legista de la Fiscalía Provincial de Loja, quien en lo principal declara que el veinte y cuatro de Mayo de 2011 a las nueve horas, se constituyó en el Centro de Rehabilitación Social de Loja, con la finalidad de realizar el examen Psicosomático de BOLIVAR TORRES MERINO y que de los resultados se desprende que el examinado consume marihuana aproximadamente a los diez y siete años, que la última ocasión que consumió fue hace un mes de la revisión, que

demuestra inestabilidad emocional, fármaco dependencia a la cocaína y marihuana, alcoholismo crónico, trastorno antisocial de personalidad, además menciona que según el parte policial es encontrado con setenta y ocho sobres con base de cocaína cuya cantidad es excesiva para su consumo inmediato; mientras que a ALFONSO FRANCISCO TORRES GUAYANAY le realizó el examen psicosomático y supo decir que no era consumidor de sustancias estupefacientes por lo que era innecesario realizarle la pericia, finalmente reconoce que la firma y rúbrica constante en el examen psicosomático pericial es de su firma y rúbrica con que solemniza sus actos particulares y privados; al ser contra examinado respecto a que si la cantidad encontrada era apta para el consumo inmediato y personal la Doctora contestó que es excesivo. **4.2 LA PRUEBA DOCUMENTAL** presentada consiste, **a.-** Parte Policial Informativo, en el cual se detallan las causas y circunstancias en que se encontró la evidencia física, que es elaborado por los señores Agentes de Policía VÍCTOR LIZALDE CRESPO, GUILLERMO ZURITA CAMALLE, EDWIN MAYANGER ERAZO, JORGE SIZA CRIOLLO, y TERESA MAZA LUNA, **b.-** El comprobante de entrega recepción de evidencia suscrita por los agentes de policía JHONSSON OSWALDO AMARI MENDEZ Guardalmacén de la Jefatura Provincial de Antinarcóticos de Loja y del sargento de policía VÍCTOR LIZALDE AGENTE DE ANTINARCÓTICOS, **c.-** El informe de la prueba preliminar homologada PIPH, realizada a las 86 muestras de la sustancia color blanco hueso con los reactivos químicos TANRED Y SCOTT elaborada y suscrita por el sargento de policía JHONSSON AMARI MÉNDEZ, Guardalmacén de la Jefatura Provincial de Antinarcóticos de Loja, **d.-** El acta de entrega pesaje toma de muestras y destrucción de las sustancias aprehendidas suscrita por Santiago García Romero

analista 1 de la Dirección Sur Oriente del CONESP, e.- El informe pericial químico Nro. 104 practicado a la sustancia sujeta a fiscalización elaborado y suscrito por parte del doctor JOSÉ MOISES REQUELME TORRES, perito analista químico del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial del Azuay, f.- El Informe de reconocimiento del Lugar elaborado y suscrito por el cabo de policía WILMER ZARUMA CHAMBA agente de la Policía Judicial de Loja en Catamayo; g.- EL acta de reconocimiento de evidencias suscrita por el agente de antinarcóticos cabo JORGE SIZA CRIOLLO; h.- EL informe psicosomático pericial practicado al señor DARWIN BOLIVAR TORRES MERINO elaborado y suscrito por la Dra. Mg Sc Dra. Leticia Bustamante Alvarado medico legista de la Fiscalía de Loja. **4.3.** Como prueba material la fiscalía presenta las evidencias encontradas en el lugar, día y hora del hecho que se juzga y que consiste dos celulares marca NOKIA color blanco con negro con su respectiva batería y chip. **QUINTO.- PRUEBA DE LA DEFENSA DE LOS ACUSADOS.** 5.1.- Respecto del acusado DARWIN BOLÍVAR TORRES MERINO la defensa presenta lo siguiente; a.- El testimonio del Dr. Guillermo Aurelio Bailón Ortiz, portador de la cédula Nro. 1100422094, viudo, domiciliado en esta ciudad y cantón Loja de profesión médico psiquiatra, Director de Salud Mental del Hospital Isidro Ayora, profesor Universitario, delegado por el Ecuador a la OEA en Salud Mental, quien en lo principal sostiene que el 13 de mayo de 2011 en el Centro de Rehabilitación Social realizo una valoración a Darwin Bolívar Torres Merino y en lo principal sostiene “que el día 13 de mayo del 2011, realizó una valoración psiquiátrica a DARWIN BOLIVAR TORRES MERINO en el Centro de Rehabilitación Social de Loja, determina que el referido señor es paciente consumidor crónico de sustancias, iniciándose con el consumo de alcohol, que tiene

dependencia a la pasta de cocaína, situación que se ha agravado por el abandono de su padre, muerte de la madre; su diagnóstico es que en un inicio consumía dos veces a la semana y que posteriormente el consumo se ha hecho más frecuente, elevando su nivel de tolerancia; además señala que la cantidad encontrada podía ser consumida inmediatamente y hasta mucho más, pues a su criterio la tolerancia depende de un nivel cultural y es difícil determinar cuánto puede consumir una persona; incluso señala que el paciente puede dejar de alimentarse pero no dejar el consumo de drogas, indicando que cuando hay abstinencia las consecuencias son letales, sin embargo que cuando realizó la valoración el 13 de mayo de 2011 lo encontró en estado normal; **b.-** Los testimonios de José Fernando Bravo, de 35 años, de estado civil soltero, de 39 años de edad, portador de la cédula nro. 1103299606, de ocupación agricultor, domiciliado en el cantón Catamayo provincia de Loja; y, de Mario Enrique Vargas Flores, de 24 años, de estado civil soltero, portador de la cédula nro. 110464372, quienes declararon que Darwin Bolívar Torres Merino ha demostrado ser una persona de buena conducta, un muchacho trabajador desde que falleció su padre y cuando su padre los abandono se dedicó a trabajar para ayudar a sus hermanos; **c.-** Respecto de la prueba documental presenta un certificado de conducta otorgado por los miembros del departamento Técnico de Diagnóstico y Evaluación del Centro de Rehabilitación de Loja, en la que consta que el ofendido demuestra ejemplar conducta, y que durante el tiempo de su permanencia como persona privada de la libertad cumple con las normas y reglamentos carcelarios. **5.2.-** Respecto de **ALFONSO FRANCISCO MERINO GUAYANAY: a.-** El testimonio de GLADYS JANETH TINIZARAY OLMEDO, estado civil soltera, portadora de la cédula nro. 1103205603, de ocupación promotora de estimulación temprana,

domiciliada en el barrio San José del cantón Catamayo, provincia de Loja; y , el testimonio de VÍCTOR EMILIO TINIZARAY OLMEDO, de 30 años, soltero portador de la cédula nro. 1104289770, de ocupación profesor de música, domiciliado en el barrio San José del cantón Catamayo, provincia de Loja, quienes declararon sobre la buena conducta de Alfonso Francisco Merino Guayanay, sosteniendo que es un muchacho humilde, que conocen que trabajaba como ayudante de albañil, luego en las tejas, y posteriormente se enteraron que estaba trabajando en la minas, así mismo declararon que no han sabido que se dedique a la venta de drogas; **b.-** Respecto de la prueba documental presenta un certificado de conducta otorgado por los miembros del departamento Técnico de Diagnóstico y Evaluación del Centro de Rehabilitación de Loja, en la que consta que el ofendido demuestra ejemplar conducta, y que durante el tiempo de su permanencia como persona privada de la libertad cumple con las normas y reglamentos carcelarios. **SEXTO.-** Los acusados, previa consulta con sus abogada y abogado defensores públicos, en forma libre, voluntaria y a viva voz renunciando a su derecho constitucional a guardar silencio, pidieron ser escuchados bajo juramento, y en su orden dicen: a.- El primero llamarse DARWIN BOLÍVAR TORRES MERINO de 21 años de edad, de estado civil unión libre, de ocupación jornalero, domiciliado en el cantón Catamayo Provincia de Loja, actualmente privado de la libertad en el Centro de Rehabilitación Social de Loja, quien en lo principal sostiene que el día 30 de abril de 2011 a las 22h30 le pidió a su cuñado Alfonso Francisco Merino Guayanay le acompañe al barrio San José a hacer una vuelta, dándole una funda que contenía sustancias estupefacientes y sicotrópicas que había comprado para consumir además le pidió que compre cigarrillos y una caja de fosforo; declara que desde muchacho es

consumidor de droga, que su suegra le ayudaba a comprar la sustancia por el cementerio a un señor conocido como alias el aletudo y que la compraba en 20 dólares, que se hizo consumidor desde que murió su madre y su padre los abandono, que consume 10, 20, 30, 40, 50 y hasta 200 sobres diarios; y que la sustancia era de su propiedad y no de su cuñado; b.- El segundo dice llamarse ALFONSO FRANCISCO MERINO GUAYANAY, ecuatoriano, de veinte y dos años de edad, de estado civil unión libre, ocupación jornalero, domiciliado en la ciudad de Catamayo, actualmente privado de la libertad en el Centro de Rehabilitación Social de la Ciudad de Loja, quién en lo principal sostiene: que el treinta de abril del dos mil once a eso de las 22H00 salió al centro, no tenía con quien caminar encontrándolo a su cuñado DARWIN MERINO y le dijo que lo acompañe al cementerio, dándole que le tenga una funda, descociendo lo que contenía en su interior, además dijo que le compró cigarrillos y fósforos y que le quiso devolver la funda y que éste no le quiso recibir, que cuando lo encontraron los policías tenía la funda y les dijo que no era consumidor. **SEPTIMO.-** De conformidad con el Art. 250 del Código de Procedimiento Penal; la Fiscalía tiene la obligación de probar dos cuestiones dentro del juicio, a saber: la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados. **7.1.-** Sobre la existencia material de la infracción durante la audiencia de juzgamiento con la declaración de los señores: Policías JORGE LUIS SIZA CRIOLLO; VÍCTOR MANUEL ELIZALDE CRESPO; EDWIN HIPÓLITO MAYANQUER ERAZO; FAUSTO GUILLERMO ZURITA CAMALLE que el treinta de Abril de 2011 a las 19h00 se trasladaron a la ciudad de Catamayo, y que en circunstancias que realizaban un operativo de inteligencia a eso de las 22h30 aproximadamente encontraron en poder de los acusados retazos de

funda plástica a rayas conteniendo, sobres de papel cuaderno a cuadros, con envolturas con una sustancia color blanquecina de posible cocaína, dando un total de ochenta y seis muestras mismas que sometidas a la prueba preliminar PIPH con los reactivos TANRED y SCOTT dieron como resultado posible base de cocaína. Además con la declaración del Dr. José Requelme Torres, Perito Químico del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial del Azuay se determinó que la sustancia color blanquecina encontrada el día del operativo, es decir **LA SUSTANCIA GRANULADA DE COLOR CREMA CORRESPONDE A BASE DE COCAINA**; durante la audiencia se presentaron también las actas de reconocimiento de evidencias, el acta de toma de muestras y destrucción de las evidencias realizada en las oficinas del CONSEP en Loja, además constan el testimonio de los señores Guardalmacén de Antinarcóticos; de tal forma que en estas circunstancias la existencia material de la infracción que se juzga se encuentra comprobada conforme a Derecho. **7.2.- SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ACUSADO.-** a) Respecto de la responsabilidad del acusado, es importantes iniciar considerando que la Constitución de la República del Ecuador refiere en el **numeral 3 del Art. 76 entre una de las garantías básicas del debido proceso que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”**. Así entonces en cumplimiento a este principio constitucional el legislador ha instituido dentro del ordenamiento jurídico, a través de una normativa especial el delito de tenencia ilegal de sustancias estupefacientes, se

encuentra penalizada y criminalizada por el Art. 62 de la Codificación de la Ley Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, cuya norma prescribe “*Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.*” de la misma forma es oportuno citar el Art. 38 de la misma Ley que dice “*Nadie podrá sin autorización legal o previo despacho de receta médica, mantener en su persona, ropas, valijas, lugar de trabajo u otro sitio cualquier cantidad de las sustancias sujetas a fiscalización,(...)*”. Para probar que existió tenencia de base de cocaína durante la audiencia se presentaron a declarar los señores miembros de la Policía JORGE LUIS SIZA CRIOLLO; VÍCTOR MANUEL ELIZALDE CRESPO; EDWIN HIPÓLITO MAYANQUER ERAZO; FAUSTO GUILLERMO ZURITA CAMALLE, testimonios con los que se determina, que el treinta de Abril de 2011 a eso de las 22H30 aproximadamente mientras realizaban un operativo de inteligencia por disposición superior esto se encontraban situados cerca del estadio y Colegio Nacional Nocturno Catamayo, que en lugar indicado de una camioneta de alquiler se bajaron dos personas de sexo masculino y empezaron a merodear el lugar en una actitud sospechosa motivo, ante lo cual los miembros de la policía identificándose, les solicitaron la documentación que los identifique, uno de ellos como ALFONSO FRANCISCO MERINO GUAYANAY, a quien al realizarle

un registro de sus prendas de vestir, se le encontró en el bolsillo derecho de su pantalón cuatro retazos de funda plástica a rayas conteniendo seis sobres de papel cuaderno a cuadros, cada envoltura con una sustancia color blanquecina de posible cocaína, dando un total de veinte cuatro sobres, y un celular marca NOKIA color blanco con negro con su respectiva batería; así mismo que a DARWIN BOLÍVAR TORRES MERINO, en el bolsillo interior izquierdo del pantalón se le encontró un retazo de funda plástica con rayas a colores, conteniendo ocho sobres de papel cuaderno a cuadros con una sustancia de apariencia polvo color blanquecina de posible cocaína, en el bolsillo anterior derecho un celular marca NOKIA color blanco con negro, con su respectiva batería y chip de telefonía PORTA, un billete de cinco dólares y cinco monedas de un dólar americano, en sus partes íntimas sujetado con el elástico de su bóxer una funda de plástico blanca con logotipo de autoservicio ECOMAXI, conteniendo en su interior nueve retazos de funda plástica a rayas a colores con seis sobres de papel cuaderno a cuadros, cada envoltura con una sustancia de apariencia polvo, color blanquecina de posible cocaína, dando un total de cincuenta y cuatro sobres; en tales circunstancias por ser un delito flagrante se procedió a la detención de los antes nombrados ciudadanos, informándole inmediatamente del particular a la Dra. Lucía Sangurima Fisca de Loja con sede en Catamayo; las sustancias descritas fueron sometidas a la prueba del PIPH utilizando los reactivos químicos SCOTT y TANRED dando POSITIVO para COCAINA; b) Respecto del informe y la declaración de la Dra. Leticia Bustamante, quien ha realizado un examen psicosomático al señor DARWIN BOLIVAR TORRES MERINO y de dicho informe, la referida profesional establece que el citado acusado consume marihuana aproximadamente a los diez y siete años, que le da credibilidad a

en un cincuenta por ciento a lo sostenido por Darwin Torres, y que la cantidad encontrada en su poder es excesiva para el consumo inmediato, además el Tribunal mantiene el criterio que los Médicos Legistas no son peritos especialistas en psiquiatría ni forman parte del equipo multidisciplinario para determinar el grado de drogodependencia c) Respecto de la valoración efectuada por el Dr. Guillermo Bailón, quien se presentó a declarar ante este Tribunal, a pedido del acusado y su defensora Dra. Mónica Fierro, es imprescindible señalar que el mismo comparece de forma particular, sin haber sido designado ni posesionado legalmente como perito acreditado en el proceso, por lo que el documento que se indica como informe presentado por éste no es susceptible de apreciación, debido a que se trata de un documento privado y sin ningún sustento legal ni científico que permita establecer como ciertas sus afirmaciones; la afirmación del Dr. Bailón en el desarrollo de la audiencia de que el nivel de consumo y tolerancia depende de la cultura, se contrapone a los fundamentos científicos de la ciencia médica; así mismo debe tomarse en cuenta que durante la aclaración que realizara el Tribunal el Dr. Bailón señaló que para determinar la dependencia al consumo de sustancias estupefacientes debe establecerse un equipo multidisciplinario integrado por un médico psicólogo, trabajador social y médico psiquiatra, pero en el presente caso el realizó la valoración solo, por cuanto no existe un equipo multidisciplinario para efectuar tales valoraciones, por lo que no existe los fundamentos científicos y técnicos que permitan establecer que sus determinaciones sean razonables y encuentren algún fundamento científico, es importante referir que en virtud del principio de racionalidad y razonabilidad las situaciones de un caso concreto por lo mismo han de ser determinables conforme la capacidad humana que permite pensar, evaluar y

actuar de acuerdo al uso de la razón; d) En esas circunstancias los testigos y peritos fueron interrogados y sometidos al contrainterrogatorio por las partes procesales en el momento que consideraron oportuno, cumpliendo de esta forma con el precepto constitucional contenido en la parte final del literal h) numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador; e) Los acusados en la audiencia pública de juzgamiento solicitaron ser escuchado bajo juramento; DARWIN BOLÍVAR TORRES MERINO expreso que el día 30 de abril de 2011 le pidió a su cuñado Alfonso Francisco Merino Guayanay le acompañe al barrio san José a hacer una vuelta, que le dio una funda que contenía sustancia estupefacientes, que existen días que consume hasta 50 sobre y que la sustancia era de su propiedad y no de su cuñado; y, ALFONSO FRANCISCO MERINO GUAYANAY refiere que su cuñado DARWIN MERINO le pidió que lo acompañe al cementerio, dándole que le tenga una funda, descociendo lo que contenía en su interior, además dijo que le compró cigarrillos y fósforos y que le quiso devolver la funda y que éste no le quiso recibir, que cuando lo encontraron los policías tenía la funda y les dijo que no era consumidor. En las circunstancias expuestas es indudable que en poder de los acusados se encontró sustancias estupefacientes, ellos mismos lo han aceptado en la audiencia pública de juzgamiento, ante ello es clara la norma que tipifica tal conducta, pues el Art. 62 de la Ley Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas referida lleva a este Tribunal a tener certeza de los responsabilidad de los acusados, considerando que en su parte pertinente la norma citada refiere “**QUIENES SIN AUTORIZACIÓN LEGAL O DESPACHO DE RECETA MÉDICA PREVIA, POSEAN O TENGAN, CON SU CONSENTIMIENTO EXPRESO O TÁCITO, DEDUCIBLE DE UNA O MÁS CIRCUNSTANCIAS,(...)**”(las mayúsculas no

constan en el texto original); precisamente la sustancia por la cual se juzga fue encontrada en la ropa de los acusados, conforme ellos mismo lo ha aceptado durante su testimonio rendido ante este Tribunal, por lo que la responsabilidad se ha determinado con certeza y no admite duda alguna. Cabe señalar que la posesión y tenencia de sustancias estupefacientes es un delito que se configura cuando a una persona se le encuentra en su poder dicha sustancia, sin que para ello tenga una autorización legal o receta médica previa. En esa perspectiva Carlos Santiago Nino, sostiene que existen tres argumentos para penalizar la posesión de estupefacientes: el perfeccionista, el paternalista y el de la defensa social; en el sentido del perfeccionismo pretende legitimar el castigo sobre la premisa de que la auto-degradación moral del individuo autoriza la intervención del Estado por el hecho de que constituye uno de sus objetivos promover comportamientos adecuados socialmente, pues es inadmisibles que una persona posea dichas sustancias; el argumento vinculado a la defensa social intenta legitimar el castigo de la posesión de estupefacientes por cuanto genera un resultado lesivo al objeto de bien jurídico tutelado, basta con la potencialidad dañosa que pueda tener la conducta respecto de la salud pública y que puede repercutir en el cometimiento de otros delitos; y en un sentido paternalista los bienes jurídicos deben ser tutelados, incluso, a costa de la voluntad de su titular ya que el asunto de los bienes jurídicos penales es un asunto social y no estrictamente individual. **OCTAVO.-** Del análisis conjunto de la prueba actuada que el Tribunal le da todo crédito fundamentado en los principios de la sana crítica, es innegable la responsabilidad de los acusados, así entonces determinada la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado es menester expresar que el establecimiento de delitos dentro del accionar del Estado, constituye una

función orientada a garantizar la protección de los bienes jurídicos, entendidos éstos como valores fundamentales de toda sociedad, originados como mecanismos básicos de convivencia social que merecen tutela por parte del Estado, más aún cuando involucran derechos humanos y los principios constitucionales que les son reconocidos a todos los ciudadanos por igual, en virtud del mandato de la Constitución de la República, así lo prescriben los Arts. 3.1 y 11.9 inciso primero. Por ello el Derecho penal realiza la tarea de defensa de la sociedad castigando las conductas lesivas a los demás integrantes de la sociedad y al propio Estado; en esa perspectiva Zaffaroni, sostiene que “sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Derecho Penal Parte General”, 2ª edición, Ediar. 2002, Buenos. Aires, p. 491). Esto es importante por cuanto en el delito de posesión de sustancias estupefacientes se afecta el derecho de la sociedad a vivir en una comunidad de paz (Art. 3.8 de la Constitución), se altera el orden social, se atenta contra la salud; por lo que al existir un conducta lesiva al orden social, tal conducta debe ser sancionada conforme las leyes penales que tipifican y penalizan tal accionar; pues en los delitos de peligro abstracto la afectación del bien jurídico no se lo define a partir del individuo considerado como persona a la que debe respetarse por encima de cualquier interés colectivo o función del sistema, sino por el contrario, se da prioridad a una tutela fuertemente anticipada que se materializa en la incriminación de conductas notablemente distantes a la realización efectiva de una agresión. Así por ejemplo la legislación Argentina penaliza y criminaliza la tenencia de estupefacientes para el consumo personal, pues el legislador ve en tal conducta un bien jurídicamente protegido cual es la salud pública. Entonces en la

contemporaneidad se tiene una sensación de inseguridad colectiva, tal como lo afirma Silva Sánchez en su obra *La Expansión del Derecho Penal* cuando refiere “...*nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la “inseguridad sentida”. En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo. Es cierto, desde luego, que los “nuevos riesgos”* Pero asimismo lo es que la propia diversidad y complejidad social, con su enorme pluralidad de opciones, con la existencia de una sobreinformación a la que se suma la falta de criterios para la decisión sobre lo que es bueno o malo, sobre en qué se puede confiar y en qué no, constituye un germen de dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad”; por ello en el pensamiento de Roxin lo que caracteriza a los delitos de peligro abstracto es “una conducta típicamente peligrosa como tal sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro” (ROXIN, Claus “*Derecho Penal, parte general*”, traducción LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, Ed. Civitas, Madrid, 1997, TI, p. 407 y ss). **NOVENO.-** El Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales....” esta norma constitucional de aplicación directa e inmediata y que tiene fuerza vinculante conforme lo disponen los Arts. 11.3 y 426 de la misma Constitución, establece la vigencia del principio de proporcionalidad de la pena, la misma que debe entenderse como el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena como en el de su aplicación judicial; en virtud de esta principio debe tomarse un equilibrio al

imponer una pena, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, de tal manera que no se afecte una garantía constitucional que consiste en que no sufrirá un castigo excesivo. Al intentar dilucidar esta cuestión, es perfectamente posible, afirmar que estamos frente a un principio reconocido implícitamente en tres preceptos constitucionales de gran relevancia como son: a) Que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, b) Que propugna como valores superiores de su ordenamiento la justicia y la libertad, y c) de manera intrínseca la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, señalando finalmente que el principio de proporcionalidad se puede inferir de la dignidad de la persona; por lo que debe tomarse en cuenta a fin de mantener un justo equilibrio entre el poder punitivo del Estado y los derechos de la persona, atendiendo con ello también los principios de racionalidad y razonabilidad.

DECIMO.- De la prueba actuada el Tribunal advierte respecto a la responsabilidad penal de los procesados en aplicación de lo dispuesto en el Art 42 del Código penal en el caso que se juzga existen dos grados de responsabilidad en la infracción cometida: **a.-** Respecto de DARWIN BOLÍVAR TORRES MERINO, quien ha aceptado ante este Tribunal ser propietario de la sustancia materia de juzgamiento debe establecer la pena considerándolo como autor del ilícito, pues la autoría al tenor de nuestro código penal está dada en función de que el individuo maneje la dirección de la conducta punible es decir ejecute el acto por sí mismo. **b.-** Respecto de ALFONSO FRANCISCO MERINO GUAYANAY GUAYANAY debe determinarse la pena en el grado de cómplice considerando que el art 43 del Código Penal refiere *“Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible por medio de actos anteriores o simultáneos”* de tal

forma que si bien es cierto en su poder se encontró una sustancia sujeta a fiscalización, el Tribunal tiene la certeza de que esto ocurrió de manera simultánea ya que conforme su declaración rendida en la audiencia, la tenencia de la referida sustancia fue secundaria y circunstancial pues él acompañó a su cuñado a proveerse de la sustancia y su cuñado le pidió que le tenga esa sustancia, lo que lo ubica dentro del grado de responsabilidad de cómplice. Es decir, conforme lo expone la doctrina el cómplice no es propietario del hecho sino que su actuación se encuentra limitada a favorecer un hecho ajeno y de esa forma contribuye con la ejecución de un delito, un aspecto que sí es indispensable es la vinculación entre el hecho principal, de tal forma que sin tener el dominio de la conducta punible coopera con su ejecución; así su nivel de participación se encuentra dado en virtud de las circunstancias que rodean el caso concreto y de los actos ejecutados, de cierta forma los actos del cómplice se ejecutan de manera ocasional ya que no son indispensables para la consumación del delito. Una de las condiciones indispensables para que se determine la complicidad es la presencia de actos subsidiarios en la comisión del mismo, pues los actos ejercidos por el cómplice no son los mismos, ni mantienen la misma intensidad a los ejecutados por el autor, precisamente allí nace la diferenciación de su conducta en que sus actos no son indispensables para el cometimiento del delito. Guillermo Cabanellas en su obra Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, página 235 define al cómplice en los siguientes términos: ***“El que sin ser autor, coopera en la ejecución de un hecho delictivo por actos anteriores o simultáneos, proporcionando a sabiendas ocasión, medios o datos que facilitan el delito o la falta. La participación del cómplice en el hecho delictivo es accesoria, secundaria...”***. Efectivamente nuestro Código Penal solo se refiere al cómplice

cuando ayuda o coopera en la ejecución del acto punible pero estableciendo dos presupuestos sine qua non, esto es que aquella cooperación sea antes o que sea simultánea a la infracción, entonces es preciso señalar que la participación es indirecta, antes o simultáneamente a la consumación de la infracción, brindando cooperación al sujeto que ejecuta el delito, por ello el cómplice no es el que física y directamente comete la infracción, sino que por el contrario su participación se limita en ayudar o cooperar con el autor del delito. En tales circunstancias el principio constitucional de inmediación contenido en el Art. 75 de la Constitución de la República y con la aplicación del sistema oral este Tribunal determina que los acusados han tenido diferentes grados de responsabilidad penal, pues de sus propias declaraciones se ha establecido que ambos tenían la sustancia sujeta a fiscalización, pero que ALFONSO FRANCISCO MERINO GUAYANAY ejerció una participación circunstancial, rodeada por múltiples hechos **DÉCIMO PRIMERO.-** Durante el desarrollo de la audiencia el Tribunal advierte que se justificaron las atenuantes contenidas en los numerales 6, 7 y 8 del Art 29 Código Penal a favor de los acusados, lo que permite a este Tribunal aplicar lo dispuesto en el Art 72, inciso tercero del Código Penal lo que será tomado en cuenta para establecer la pena. **DÉCIMO SEGUNDO.-** Por los antecedentes expuestos este Tribunal Primero de Garantías Penales de Loja, asume la certeza que el acto típico y antijurídico materia de este juicio ha sido probado, en la circunstancias expuestas en los considerandos anteriores; así como ha sido probada plenamente la responsabilidad de los acusados en diferentes grados de participación, consecuentemente, acogiendo en parte la acusación fiscal el Primer Tribunal de Garantías Penales, ***“ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR***

AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y DE LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, se declara al acusado **DARWIN BOLÍVAR TORRES MERINO**, ecuatoriano, de 21 años de edad soltero, de ocupación jornalero, domiciliado en el cantón Catamayo provincia de Loja, actualmente privado de la libertad en el Centro de Rehabilitación Social de Loja autor y responsable del delito previsto y sancionado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndoseles en consecuencia, pena atenuada y modificada de ocho años de reclusión mayor ordinaria conforme a lo dispuesto por el inciso tercero del Art 72 del Código Penal; y a **ALFONSO FRANCISCO MERINO GUAYANAY** de 22 años de edad, de estado civil unión libre, de ocupación, jornalero, domiciliado en el cantón Catamayo provincia de Loja, actualmente privado de la libertad en el Centro de Rehabilitación Social de Loja, responsable en el grado de cómplice del delito previsto y sancionado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndosele en consecuencia, la pena atenuada y modificada de cuatro años de reclusión menor ordinaria conforme a lo dispuesto por los Artículos 43, 47, y 72 del Código Penal. A los acusados se les impone la multa de sesenta salarios mínimos vitales generales, pena privativa de la libertad que la cumplirán en el Centro de Rehabilitación Social de Loja, debiendo descontársele todo el tiempo que hubieren estado privados de su libertad por esta misma causa. De conformidad con lo dispuesto en el inciso cuarto del Art. 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas se ordena la destrucción de la muestra de la sustancia incautada que reposan en el CONSEP, y se ordena la devolución de los celulares a sus legítimos propietarios.- Elévese en consulta esta sentencia a la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja.- Notifíquese.

COMENTARIO

En este caso se sanciona a dos personas como autor y cómplice por tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, imponiendo al autor una pena atenuada y modificada de ocho años de reclusión mayor ordinaria conforme a lo dispuesto por el inciso tercero del Art 72 del Código Penal, en la que la reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años se sustituye con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años por sus atenuantes; y al cómplice se le impone una pena atenuada y modificada de cuatro años de reclusión menor ordinaria conforme a lo dispuesto por los artículos 43, 47, y 72 del Código Penal, en la que reprime con la mitad de la pena impuesta en caso de ser autores del delito. Aquí lo que se analiza son las atenuantes de las infracciones más no existen proporcionalidad entre infracciones y sanciones por la cantidad de posesión ilícita cometida.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio, doctrinario, jurídico y crítico de la proporcionalidad y la previsión de las sanciones de los delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

El objetivo general se verificó en su totalidad, ya que dentro de la revisión de literatura se expone un análisis pormenorizado de cómo se viola el principio de proporcionalidad y la previsión de las sanciones para los delitos señalados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, ya que la proporcionalidad tiene un ámbito de aplicación más restringido que el de la ponderación. Debe notarse que el presupuesto de aquél no es la concurrencia de cualquier tipo de principios, como en la ponderación, sino específicamente la contradicción entre un derecho individual y un bien colectivo.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Efectuar un estudio del tipo penal de los delitos preceptuados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, si se encuentran acordes a la gravedad de la infracción comentada.

El primer objetivo específico se verifica positivamente, por cuanto en la revisión de literatura se analiza pormenorizadamente en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas las sanciones sobre los hechos ilícitos sujetos a fiscalización, haciendo un análisis de cómo se sanciona de acuerdo al hecho cometido.

- Analizar el grado de efectividad de la imposición y ejecución de las penas de los delitos señalados en la Ley de Sustancias estupefacientes y Psicotrópicas.

Este objetivo se verifica con la aplicación de la encuesta, en la segunda pregunta el 93.4 % de los encuestados señalaron que no existe proporcionalidad entre infracciones y sanciones en sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en la cuarta pregunta el 86.7% señalaron que las penas que debe hacer el Tribunal de Garantías Penales a la persona que es presuntamente culpable, por medio de la amenaza, pena o sanción para que corrija su conducta, para que se enmiende y repare con el ilícito cometido, no va con la proporcionalidad de la infracción.

- Demostrar la exigencia de la proporcionalidad en la graduación de las penas para los responsables de delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Este objetivo se verifica oportunamente, por cuanto en la aplicación de la encuesta en la sexta pregunta el 86.7% indicaron que debe reformarse la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas exigiendo la proporcionalidad de las penas y sanciones para los delitos y contravenciones de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

7.2. Contrastación de hipótesis.

La hipótesis planteada en esta investigación es: “En el tipo penal de los delitos de sustancias psicotrópicas existe desproporcionalidad entre la infracción y sanción, no siendo acordes a la gravedad del delito cometido, conllevando a que no sea efectivo la imposición y ejecución de las penas señaladas en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.”

La hipótesis se contrasta se positivamente, esto se corrobora con la aplicación de la encuesta en la segunda pregunta el 93.4% señalaron que no existe proporcionalidad entre infracciones y sanciones en sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en la cuarta pregunta el 86.7% señalaron que las penas que debe hacer el Tribunal de Garantías Penales a la persona que es presuntamente culpable, por medio de la amenaza, pena o sanción para que corrija su conducta, para que se enmiende y repare con el ilícito cometido, no va con la proporcionalidad de la infracción, y en la quinta pregunta el 86.7% indicaron que la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas existe una contraposición como norma, en contra de la Constitución, por no existir una debida proporción entre la infracción y la sanción

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

El Art. 76 numera 6 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza que el debido proceso tiene como garantía que “*La ley establecerá la debida*

proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”⁷¹

Este es un principio, que en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda intervención estatal en los mismos incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas.

El Código Penal tipifica y penaliza acciones que no van acorde a la proporcionalidad de la acción, tal es el caso de violación, el delito de administración pública y los delitos contra sustancias estupefacientes y psicotrópicas. En la que debe intervenir una proporcionalidad stricto sensu que *“es la necesidad de ponderar los intereses en conflicto al momento de terminar la limitación de derecho fundamental. Los del sujeto titular del derecho y los intereses públicos que se pretende proteger o alcanzar”*⁷²

Por esta situación es dable que un violador que ha cometido el delito y su víctima ha sido una menor de edad sea sancionado con la pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, y que esa misma sanción se establezca para aquella persona que ha violado a diferentes o varias menores de edad. No existe una distinción ni una proporcionalidad entre infracciones y sanciones por esta clase de delitos.

⁷¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 76, núm. 6

⁷²ZAVAL EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, EDILEXA S. A. Guayaquil – Ecuador, 2010, Pág. 327, 328

Será factible, en caso de sanción por el cultivo de plantas de las que se pueda extraer sustancias sujetas a fiscalización, señalado en el Art. 59 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas se reprima con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años para quien siembre, cultive o coseche una hectárea, que para aquella persona que sembró, cultivó y cosechó diez hectáreas.

Con estas sanciones por los delitos cometidos son desproporcionales al tipo de delito cometido, entre una persona con otra, lo cual son diferentes a las circunstancias a la infracción cometida. Pues con ello se plantea la ponderación de la acción en una preferencia circunstancial al principio con mayor valor, importancia o peso, tal como lo señala Roberto Alexy, citado por Jorge Baquerizo Minuche que *“La cantidad de lesión o de frustración de un principio (su peso) no sea una magnitud autónoma, sino que depende de la satisfacción o cumplimiento de principio en pugna; y, a la inversa, el peso de éste último está en función del grado de lesión de su opuesto”*⁷³

Con aquello no sólo se pretende que el juzgador ponga los derechos en una balanza y determine la manera como se inclina entre un derecho y otro, como ponderación, sino que debe mirarse entre el grado de intervención en el tipo penal que sea diferente entre unas y otras circunstancias, lo cual también existe una balanza entre los derechos de las personas ofendidas, porque unos pueden tener una mayor agravio y perjuicio que el cometido por otra persona, por el mismo delito pero en diferentes y mayores agravios.

⁷³ BAQUERIZO MINUCHE, Jorge: LEUZCHNER LUQUE Erick: Sobre Constitucionalismo, principios y ponderación, EDILEXA S.A., Guayaquil – Ecuador, 2011, Pág. 115

Lo que señala la Constitución de la República del Ecuador que debe existir una debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones penales, constituye que en nuestro sistema no debe existir una prevalencia que para un sector del delito sea igual al otro sector en cuanto a las penas, ya que el Código Penal, no funciona la ponderación entre infracciones y sanciones. Lo que es preciso que los jueces observen, y busquen entre el delito cometido la debida proporcionalidad, resolviendo que la sanción sea impuesta en la infracción por el peso en que se comete el delito, lo cual significa que no se violen derechos entre principios de ponderación, cuando en otra sea distinta la acción cometida por la infracción lo cual conlleva a una balanza entre infracciones y sanciones.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: En el tipo penal, en delitos de sustancias estupefacientes, las penas son las mismas si se encuentran con pequeñas cantidad de gramos, y otro con grandes cantidades

SEGUNDA: No existe proporcionalidad entre infracciones y sanciones en sustancias estupefacientes y psicotrópicas

TERCERA: En caso de delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la limitación de derechos fundamentales.

CUARTA: Las penas que debe hacer el Tribunal de Garantías Penales a la persona que es presuntamente culpable, por medio de la amenaza, pena o sanción para que corrija su conducta, para que se enmiende y repare con el ilícito cometido, no va con la proporcionalidad de la infracción

QUINTA: La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas existe una contraposición como norma, en contra de la Constitución, por no existir una debida proporción entre la infracción y la sanción

SEXTA: Debe reformarse la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas exigiendo la proporcionalidad de las penas y sanciones para los delitos y contravenciones de sustancias estupefacientes y psicotrópicas

9. RECOMENDACIONES

PRIMERA: A la Policía Nacional, en la investigación de delitos estupefacientes, informen detalladamente, la cantidad que se detectó, para con ello el Tribunal de Garantías Penales impongan las penas de acuerdo a la proporcionalidad de la infracción.

SEGUNDA: Que los Fiscales, acusen dentro de la infracción, y pidan la imposición de la pena de acuerdo a la proporcionalidad entre infracciones y sanciones en sustancias estupefacientes y psicotrópicas

TERCERA: Que el Juez de Garantías Penales, que en caso de delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la limitación de derechos fundamentales.

CUARTA: Al Tribunal de Garantías Penales, a la persona que es presuntamente culpable, por medio de la amenaza, pena o sanción para que corrija su conducta, para que se enmiende y repare con el ilícito cometido, debe ir con la proporcionalidad de la infracción.

QUINTA: Al Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, informen, mediante un estudio técnico, si la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas existe una contraposición como norma, en contra de la Constitución, por no existir una debida proporción entre la infracción y la sanción

SEXTA: A la Asamblea Nacional reforme la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas exigiendo la proporcionalidad de las penas y sanciones para los delitos y contravenciones de sustancias estupefacientes y psicotrópicas

9.1. Propuesta de Reforma

ASAMBLEA NACIONAL

Considerandos:

Que el Art. 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe: Son deberes primordiales del Estado: Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

Que el Art. 11 numerales 4, 6 y 7 de la Constitución de la República del Ecuador señala que El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales; 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía

Que el Art. 172 inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador indica que las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Que el Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador señala En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Que en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, las penas señaladas para cada delito son desproporcionales al tipo penal, como es el caso de drogas, las penas son las mismas si se encuentran con pequeñas cantidad de gramos, y otro con grandes cantidades, para estas clases de delitos, las penas son iguales, por lo que no existe una proporcionalidad entre infracciones y sanciones.

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS

Art. 1. Agréguese en la parte final del Art. 59 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas lo siguiente:

Art. 59.- Al dictar sentencia se calificará la cantidad de sustancias ofertadas, siendo en menor cantidad se rebajará la sanción hasta una tercera parte

Art. 2.- Agréguese en la parte final del primer inciso del Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, lo siguiente:

Las sanciones serán en proporción si el tráfico fuere menor, según el tribunal lo considere, sin que para ello la persona fuere reincidente

Art. 3.- Agréguese en la parte final del Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, lo siguiente:

Las sanciones serán en proporción si el transporte fuere menor, según el tribunal lo considere, sin que para ello la persona fuere reincidente

ARTÍCULO FINAL: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los días del mes de del 2013

f. EL PRESIDENTE

f. EL SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA

- BADENI, Gregorio: Nuevos Derechos y Garantías Constitucionales, Editorial Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires – Argentina, 1995, p. 19, 20

- BAQUERIZO MINUCHE, Jorge: Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación, Edilexa S.A. Editores, Guayaquil – Ecuador, 2011

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Jurídica Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011.

- CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2012.

- CUEVA CARRIÓN, Luis: Acción Constitucional Ordinaria de Protección, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, 2010

- DEL ACEBO IBÁÑEZ, Enrique, BRIE, Roberto: Diccionario de Sociología, Segunda Edición, Buenos Aires, Editorial Claridad, 2006, p. 125

- DE LA RÚA, Fernando: Recursos de Casación, Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1994

- DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá-Caracas-Panamá-Quito, 2004

- DICCIONARIO JURÍDICO OMEBA, CD-ROM

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986,

- GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Colombia, 2008.

- GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo: El Debido Proceso, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1ra edición, Buenos Aires – Argentina, 2004

- FERRAJOLI, Luigi: Democracia y garantismo, Edición de Miguel Carbonel, Editorial Trotta, 2008, Madrid – España

- FERRAJOLI, Luigi: Derecho y Razón, Editorial Trota, Quinta Edición, España, 2001

- JARAMILLO HUILCAPI, Verónica: Las Garantías jurisdiccionales, en el sistema jurídico ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera edición, Quito – Ecuador, 2011

- LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012.

- OSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008

- PEREZ RAYO, Javier: Curso de Derecho Constitucional, Séptima Edición, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid – España, 2000

- PÉREZ SOLÓRZANO, José Luis, Editor: **El Delito**, Diseñado por Diario La Hora, Quito – Ecuador,
www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.penal.18html

- PISARELLO, Gerardo: Los Derechos Sociales y sus Garantías, elementos para su reconstrucción, Editorial Trota, Madrid – España, 2006

- PRADO VALLEJO, Julio: Documentos Básicos de Derechos Humanos, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1985

- PRIETO SANCHÍS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, Primera Edición, Editorial Trota, Madrid – España, 2003

- REYES ECHANDÍA, Alfonso: **Derecho Penal**, Universidad Externado de Colombia, 1980.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: **Tratado de Derecho Penal**, Tomo IV, EDITAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiero, Argentina- 1999.

- ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional la Acción de Amparo y el Control Normativo, Tomo I, Editorial Edino, Guayaquil – Ecuador, 2002.

- ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilexa S.A., Editores, 2010, Guayaquil – Ecuador.

- ZAVALA EGAS, Jorge: Teoría y Práctica Procesal Constitucional, Edilexa S.A., Guayaquil- Ecuador, 2011.

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Señor Abogado, Sírvase contestar la siguientes preguntas que a continuación detallo relacionado con el tema “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PREVISIÓN DE SANCIONES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, PROBLEMÁTICA ACTUAL”, su colaboración me será de mucha ayuda en el desarrollo de la presente investigación.

1. ¿Cree usted que en el tipo penal, en delitos de sustancias estupefacientes, las penas son las mismas si se encuentran con pequeñas cantidad de gramos, y otro con grandes cantidades?

Si () No ()
¿Por qué?.....
.....

2. ¿Cree usted que existe proporcionalidad entre infracciones y sanciones en sustancias estupefacientes y psicotrópicas?

Si () No ()
¿Por qué?.....
.....

3. ¿Cree usted que en caso de delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la limitación de derechos fundamentales?

Si () No ()
¿Por qué?.....
.....

4. ¿Considera usted que las penas que debe hacer el Tribunal de Garantías Penales a la persona que es presuntamente culpable, por medio de la amenaza, pena o sanción

para que corrija su conducta, para que se enmiende y repare con el ilícito cometido, no va con la proporcionalidad de la infracción?

Si () No ()

¿Por qué?.....

.....

5. ¿Estima usted que la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas existe una contraposición como norma, en contra de la Constitución, por no existir una debida proporción entre la infracción y la sanción?

Si () No ()

¿Por qué?.....

.....

6. ¿Considera usted que debe reformarse la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas exigiendo la proporcionalidad de las penas y sanciones para los delitos y contravenciones de sustancias estupefacientes y psicotrópicas?

Si () No ()

¿Por qué?.....

.....

Gracias por su colaboración.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

**ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
NIVEL DE POSGRADO**

MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

TEMA

**“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PROVISIÓN DE
SANCIONES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, PROBLEMÁTICA
ACTUAL.”**

Tesis previa a la obtención de Grado
de Magister en Ciencias Penales

MAESTRANTE: Mario Chacha Vázquez

**LOJA — ECUADOR
2011**

1. TEMA.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PROVISIÓN DE SANCIONES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, PROBLEMÁTICA ACTUAL.

2. PROBLEMÁTICA.

En nuestra legislación penal, las penas señaladas para cada delito son desproporcionales al tipo penal, como es el caso de drogas, las penas son las mismas si se encuentran con pequeñas cantidad de gramos, y otro con grandes cantidades, o el delito de cohecho, las sanciones son por igual para todos, o en el caso de violación, que no existe una distinción de los diferentes circunstancias de violación, para estas clases de delitos, las penas son iguales, por lo que no existe una proporcionalidad entre infracciones y sanciones.

Por estas circunstancias existe la necesidad de ponderar los intereses en conflicto al momento de determinar la limitación de derechos fundamentales. Los del sujeto titular del derecho y los intereses públicos que se pretenden proteger o alcanzar. ¿Es dable que un violador en serie, sea sancionado con una pena por igual que un violador que lo hizo por una sola vez? ¿Debe penalizarse en caso de delito de administración pública como peculado, para un servidor público que dispalfarró grandes cantidades de dinero que para una persona que hubiera cometido un delito de peculado por pequeñas cantidades? ¿o debe sancionarse por igual al procesado por

tenencia de drogas por igual que el que se encuentra transportando estas sustancias estupefacientes y psicotrópicas prohibidas?

Es el caso de violación señalado en el Art. 513 del Código Penal indica que “El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de *dieciséis a veinticinco años, en el número 1 del artículo anterior; y con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en los numerales dos y tres del mismo artículo*”⁷⁴

El apercibimiento de las penas que debe hacer el tribunal de garantías penales a la persona que es presuntamente culpable, por medio de la amenaza, pena o sanción para que corrija su conducta, para que se enmiende y repare con el ilícito cometido, no va con la proporcionalidad de la infracción.

Las penas señaladas de dieciséis a veinticinco años, sin estudiar la proporcionalidad de las mismas, estas provisiones solo actúan con la conminación general de penas, lo que no adquiere una efectividad con su imposición y ejecución.

3. JUSTIFICACIÓN.

Siendo imperante un plan de investigación científico, en el Área del conocimiento jurídico, planteo un problema acorde a las necesidades socio-jurídicas, ya que por su singular relevancia y su trascendencia social, definitivamente constituye a todas luces

⁷⁴ CÓDIGO PENAL, Legislación Codificada, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 513

un problema de la realidad que mediante mi aporte, trabajando siempre con honradez y dedicación consolida los cimientos de la convivencia social establecida.

Es por ello que amparado en el imperio de la Constitución, la ley y de la justicia delimito este problema de la realidad que a mi óptica, constituye una trasgresión directa a una de las libertades constitucionales establecidas en nuestro país y reconocidas por los convenios y tratados internacionales de derechos humanos vigentes.

En síntesis ha ubicado la: “el principio de proporcionalidad y la provisión de sanciones en la legislación ecuatoriana, problemática actual”, como figura jurídica faltante.

Consciente de la trascendencia del presente problema de investigación mis esperanzas de constructor y mi doctrina no tienen más armas que la inteligencia y más sistemas que la sabiduría.

La posibilidad real de insertar la normativa, dentro del Código Penal es eminentemente práctico y esencialmente ético con profundos rasgos científicos, filosóficos y doctrinales.

Convencido, en que mañana ya no se hablará del Código Penal, sino del Código de Defensa Social; ya no se hablará de penas, sino de medidas de profilaxis y terapéutica social, y el término responsabilidad, se traducirá en peligrosidad social,

de la cual estamos obligados a defendernos y enfrentarla en una época de deshumanización de la sociedad en la que difícilmente somos capaces de definiciones existenciales definitivas.

Es importante saber que existen unos Derechos Humanos que nuestra Constitución reconoce y que además, tenemos el derecho y el deber de protegerlos utilizando los mecanismos que la Ley pone a nuestro alcance.

La intolerancia se puede mostrar a través de actitudes y comportamientos, activos o pasivos, que violan y atacan los derechos fundamentales que todos tenemos reconocidos, hechos que tienen su origen en los prejuicios ante las diferencias de las personas, en atención a su pensamiento ideológico político diferente a otra persona. Muchas veces esos comportamientos pueden concretarse en las proporcionalidades entre infracciones y sanciones en lo penal.

Pero otras muchas veces esos comportamientos, se trata de los razonamientos jurídicos en la ponderación que debe existir entre infracciones y sanciones, del resultado del razonamiento utilizado por los órganos aplicables del Derecho en la transformación del principio más relevante y pertinente a las propiedades genéticas examinadas, en una regla particular que contenga la correspondiente solución normativa del caso.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio, doctrinario, jurídico y crítico de la proporcionalidad y la previsión de las sanciones de los delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Efectuar un estudio del tipo penal de los delitos preceptuados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, si se encuentran acordes a la gravedad de la infracción comentada.
- Analizar el grado de efectividad de la imposición y ejecución de las penas de los delitos señalados en la Ley de Sustancias estupefacientes y Psicotrópicas.
- Demostrar la exigencia de la proporcionalidad en la graduación de las penas para los responsables de delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

5. HIPÓTESIS

El tipo penal de los delitos de violación, de administración pública y de sustancias psicotrópicas evidencian desproporcionalidad entre infracciones y sanciones, no

siendo acordes a la gravedad del delito cometido, conllevando a que no sea efectivo la imposición y ejecución de las penas señaladas en el Código Penal.

6. MARCO TEÓRICO

El Art. 76 numera 6 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza que el debido proceso tiene como garantía que ***“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”***⁷⁵

Este es un principio, que en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda intervención estatal en los mismos incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas.

El Código Penal tipifica y penaliza acciones que no van acorde a la proporcionalidad de la acción, tal es el caso de violación, el delito de administración pública y los delitos contra sustancias estupefacientes y psicotrópicas. En la que debe intervenir una proporcionalidad stricto sensu que ***“es la necesidad de ponderar los intereses en conflicto al momento de terminar la limitación de derecho fundamental. Los del sujeto titular del derecho y los intereses públicos que se pretende proteger o alcanzar”***⁷⁶

⁷⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 76, núm. 6

⁷⁶ ZAVAL EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, EDILEXA S. A. Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 327, 328

Por esta situación es dable que un violador que ha cometido el delito y su víctima ha sido una menor de edad sea sancionado con la pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, y que esa misma sanción se establezca para aquella persona que ha violado a diferentes o varias menores de edad. No existe una distinción ni una proporcionalidad entre infracciones y sanciones por esta clase de delitos

En el caso de peculado, considerado en el Art. 257 del Código penal, será dable que se reprima con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos o entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos, en desfalco, y esa pena sea la misma para una persona que desfalcó diez mil dólares que una persona que lo hizo por cien mil dólares,

Oh será factible, en caso de sanción por el cultivo de plantas de las que se pueda extraer sustancias sujetas a fiscalización, señalado en el Art. 59 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas se reprima con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años para quien siembre, cultive o coseche una hectárea, que para aquella persona que sembró, cultivó y cosechó diez hectáreas.

Con estas sanciones por los delitos cometidos son desproporcionales al tipo de delito cometido, entre una persona con otra, lo cual son diferentes a las circunstancias a la infracción cometida. Pues con ello se plantea la ponderación de la acción en una

preferencia circunstancial al principio con mayor valor, importancia o peso, tal como lo señala Roberto Alexy, citado por Jorge Baquerizo Minuche que “*La cantidad de lesión o de frustración de un principio (su peso) no sea una magnitud autónoma, sino que depende de la satisfacción o cumplimiento de principio en pugna; y, a la inversa, el peso de éste último está en función del grado de lesión de su opuesto*”⁷⁷

Con aquello no sólo se pretende que el juzgador ponga los derechos en una balanza y determine la manera como se inclina entre un derecho y otro, como ponderación, sino que debe mirarse entre el grado de intervención en el tipo penal que sea diferente entre unas y otras circunstancias, lo cual también existe una balanza entre los derechos de las personas ofendidas, porque unos pueden tener una mayor agravio y perjuicio que el cometido por otra persona, por el mismo delito pero en diferentes y mayores agravios.

Lo que señala la Constitución de la República del Ecuador que debe existir una debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones penales, constituye que en nuestro sistema no debe existir una prevalencia que para un sector del delito sea igual al otro sector en cuanto a las penas, ya que el Código Penal, no funciona la ponderación entre infracciones y sanciones. Lo que es preciso que los jueces observen, y busquen entre el delito cometido la debida proporcionalidad, resolviendo que la sanción sea impuesta en la infracción por el peso en que se comete el delito, lo cual significa que no se violen derechos entre principios de ponderación, cuando en

⁷⁷ BAQUERIZO MINUCHE, Jorge; LEUZCHNER LUQUE Erick: Sobre Constitucionalismo, principios y ponderación, EDILEXA S.A., Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 115

otra sea distinta la acción cometida por la infracción lo cual conlleva a una balanza entre infracciones y sanciones.

7. METODOLOGÍA

7.1. Métodos

El desarrollo de la presente tesis, está encaminado a realizar una investigación descriptiva y bibliográfica. La investigación descriptiva es aquella que nos permite descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos naturales y sociales mediante un estudio con el propósito de determinar las características de un problema social.

La investigación bibliográfica consiste en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

La información empírica, se obtendrá de la observación directa de la codificación de la Constitución de la República del Ecuador, del Código Penal, respecto que si las penas del Código Penal ecuatoriano, se encuentran acordes a la gravedad del delito cometido

Durante esta investigación se utilizará los siguientes métodos: El Método Inductivo, Deductivo, Analítico y Científico. El método deductivo, parte de aspectos

particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido. El método inductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el razonamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

7.2. Procedimientos y Técnicas.

En lo que respecta a la fase de la investigación, el campo de acción a determinarse, estará establecido en que al señalar que el tipo penal de los delitos de violación, de administración pública y de sustancias psicotrópicas son desproporcionales entre infracciones y sanciones, no siendo acordes a la gravedad del delito cometido, conllevando a que no sea efectivo la imposición y ejecución de las penas señaladas en el Código Penal.

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regiré por lo que señala al respecto la metodología general de la investigación científica, y por los instrumentos respectivos y reglamentos a la Graduación de la Universidad

Nacional de Loja, para tal efecto, y especialmente de la Modalidad de Estudios a Distancia, y cumplirlos en forma eficaz, en el cumplimiento de la investigación.

7.3. Esquema Provisional del Informe Final.

El informe final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento de Régimen Académico que establece: Tema Resumen en Castellano y Traducido al Inglés; Introducción, Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados, Discusión, Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía; y, Anexos.

Sin perjuicio del cumplimiento de este esquema, es necesario que en este acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el Informe Final de la investigación socio-jurídica propuesta, siguiendo la siguiente lógica:

En primer orden, se concreta el Acopio Teórico, comprendiendo: a) un Marco Teórico Conceptual, el que contiene: ponderación, proporcionalidad, provisión, sanciones y penas; b) un Marco Jurídico, acerca del valor de los principios y garantías señalados en la Constitución de la República del Ecuador, los delitos en el Código Penal, las penas para sustancias estupefacientes y psicotrópicas; y, c) Marco Doctrinario sobre los principios de ponderación, proporcionalidad de delitos entre infracciones y sanciones

En segundo lugar se sistematizará la indagación de campo o el acopio empírico, siguiendo el siguiente orden: a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas y entrevistas; y b) Presentación y Análisis de los resultados de los casos jurisprudenciales, como Casuística.

En tercer orden vendrá la síntesis de la investigación jurídica, con la concreción de: a) Indicadores de verificación de los objetivos y de contrastación de la hipótesis, b) La deducción de conclusiones y recomendaciones; y c) la fundamentación jurídica de la propuesta de la reforma legal, en relación a la materia y al problema materia de la tesis en estudio.

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

ACTIVIDADES Meses	NOV. 11				DIC. 11				ENE. 12				FEB. 12				MAR 12				
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	
Recopilación de la Información	*	*	*	*																	
Investigación de Campo					*	*															
Análisis de Datos									*	*											
Redacción de la Tesis										*	*	*	*								
Presentación del Borrador													*	*							
Redacción definitiva y presentación															*	*	*	*	*	*	
Sustanciación																				*	

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1. Recursos Humanos:

- Director de Tesis.
- Asesores.
- Mario Gustavo Chacha Vázquez.

9.2. Recursos Materiales y Costos

Material bibliográfico	100.00
Material de escritorio.	80.00
Artículos de Internet	100.00
Adquisición de textos	90.00
Movilización y alimentación	50.00
Digitación de trabajo	100.00
Reproducción y encuadernado	120.00
Derechos timbre y más especies valoradas	150.00
Imprevistos	50.00
TOTAL:	840.00

9.3. Financiamiento

La presente investigación será financiada con mis propios recursos.

10. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALBAN ESCOBAR, Fernando: Estudio Sintético Sobre el Código de Procedimiento Penal; Editorial Torres; Primera Edición; Tomo I; Quito – Ecuador; 2001

- BAQUERIZO MINUCHE, Jorge: LEUZCHNER LUQUE Erick: Sobre Constitucionalismo, principios y ponderación, EDILEXA S.A., Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 115

- BLUM MANZO, Maximiliano: Nuevo Código de Procedimiento Penal; 2da Edición, Imp. Gramagraf Enero/2003.

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires – Argentina.

- Código de Procedimiento Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones; abril del 2009; Quito – Ecuador.

- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa, SIGLO XXI, Calpe S. A., Madrid, 1999.

- GARCIA Falconí, José: Manual de Practica Procesal de las Acciones y Recursos en Materia Penal, Quito ,1981

- Ediciones Legales, Constitución Política y Leyes Conexas; Primera Edición, Editorial MYL, Ecuador, 1998

- MENDOZA GARCÍA, Luis: Diccionario Jurídico, Instructivo y Práctico; Editorial Impresos Nueva Luz; Guayaquil-Ecuador

- TORRES Chávez, Efraín, Breves Comentarios al Código Penal, Tomos I y II, Edipal y otras, Cuenca, 1980.

- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: El Delito Procesal Penal; Editorial EDINO; 2002; Impresiones V&O Gráficas.

- ZAVALA Baquerizo, Jorge, “El Proceso Penal” Tomos I, II, III, Edino, Bogotá, 1989-1990.

- ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, EDILEXA S. A. Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 327, 328

ÍNDICE

PORTADA.....	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
DEDICATORIA	vi
TABLA DE CONTENIDOS.....	vii
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN.....	2
2.1. ABSTRACT	3
3. INTRODUCCIÓN	4
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	6
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	6
4.1.1. Derechos y garantías	6
4.1.2. Sustancias estupefacientes y psicotrópicas	11
4.1.3. Delitos y sanciones.....	14
4.1.4. Principio de legalidad.....	19
4.1.5. Principio de proporcionalidad	21
4.1.6. Principio de ponderación	22
4.2. MARCO DOCTRINARIO	26
4.2.1. Garantías jurisdiccionales de derechos	26
4.2.2. La proporcionalidad de las penas y sanciones	34

4.3. MARCO JURÍDICO	43
4.3.1. Bienes Jurídicos en la Constitución de la República del Ecuador	43
4.3.2. Las penas en el Código Penal	55
4.3.3. Análisis de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.....	62
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	70
4.4.1. Legislación Penal de Colombia.....	70
4.4.1. Legislación Penal de España	71
5. MATERIALES Y MÉTODOS	73
5.1. Materiales	73
5.2. Métodos.....	73
6. RESULTADOS	75
6.1. Análisis e interpretación de las encuestas	75
6.2. Estudio de casos	87
7. DISCUSIÓN	117
7.1. Verificación de objetivos	117
7.2. Contrastación de hipótesis.....	119
7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma	119
8. CONCLUSIONES	123
9. RECOMENDACIONES	125
9.1. Propuesta de Reforma	126
10. BIBLIOGRAFÍA.....	129
11. ANEXOS.....	133
INDICE	151