



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
NIVEL DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

TÍTULO:

**“LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS,
ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS SUJETAS A
FISCALIZACIÓN, EN EL DERECHO ADJETIVO PENAL
ECUATORIANO”**

TESIS PREVIA A OPTAR
EL TÍTULO DE
MAGISTER EN CIENCIAS
PENALES

AUTOR:

Dr. Aldo Raúl Zapata Aguirre

DIRECTOR:

Dr. Aníbal Guarnizo Jaramillo. Mg Sc.

LOJA- ECUADOR
2013

AUTORIZACIÓN

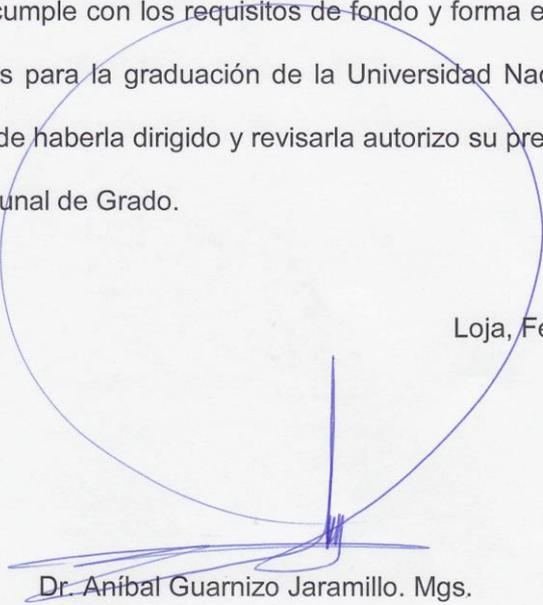
Dr. Aníbal Guarnizo Jaramillo. Mgs.

**DOCENTE DEL ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**

CERTIFICA:

Que la tesis para optar por el Grado de Magíster en Ciencias Penales intitulada: **“LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS, ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN, EN EL DERECHO ADJETIVO PENAL ECUATORIANO”**, presentada por el Doctor Aldo Raúl Zapata Aguirre, cumple con los requisitos de fondo y forma exigidos por las normas generales para la graduación de la Universidad Nacional de Loja; por lo que luego de haberla dirigido y revisarla autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, Febrero de 2013



Dr. Aníbal Guarnizo Jaramillo. Mgs.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo Aldo Raúl Zapata Aguirre declaro ser autor(a) 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.

AUTORA: Aldo Raúl Zapata Aguirre

FIRMA:

CÉDULA: 1103532980

FECHA: Loja, Octubre de 2013

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Aldo Raúl Zapata Aguirre declaro ser autor (a) de la Tesis titulada: **“LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS, ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN, EN EL DERECHO ADJETIVO PENAL ECUATORIANO”**, como requisito para optar al Grado de: **Abogado**: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo 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 29 días del mes de julio del dos mil trece, firma el autor.

FIRMA:.....

AUTORA: Aldo Raúl Zapata Aguirre

CÉDULA: 1103532980

DIRECCIÓN: Zamora, Calles 10 de Noviembre y José Luis Tamayo

CORREO ELECTRÓNICO: arza78@hotmail.es

TELÉFONO: CÉLULAR: 0994511248

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Aníbal Guarnizo Jaramillo Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Lenin Cabrera Arboleda Mg. Sc.

(Presidente)

Dr. Luis Mogrovejo Jaramillo Mg. Sc.

(Vocal)

Dr. Shandry Armijos Fierro Mg. Sc.

(Vocal)

DEDICATORIA

A Dios, por ser testigo de este pequeño esfuerzo y por su grandeza de amor.

A mis queridos padres Ángel Rubén y Gloria María, quienes me han guiado con mucho amor durante toda mi vida y por su íntegra vida dedicada a la educación de generaciones.

A mis queridos y respetados hermanos Yssaly Margoth, Ángel Darwin, Gloria Zaida, con quienes hemos vivido grandes alegrías y pequeños momentos de tristeza; a mis sobrinos el pequeño gigante Fernando Antonio (Cherni) y Santiago Emiliano (Enifitor), a quienes debemos enseñar con el ejemplo, y son inspiración de nuestras vidas.

A mi amada esposa Mayra Alejandra, eterna compañera, con quien nos hemos propuesto retos de estudio, a mi amado hijo Raúl Andrés, fruto de nuestro amor, y a quienes pido disculpas por esos momentos robados por cumplir con dedicación a mis estudios.

Lo propuesto con fe lo podrás; solo nosotros ponemos barreras imaginarias.

Con amor.

Dr. Aldo Raúl Zapata Aguirre

AGRADECIMIENTO

Mi eterno agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja, al Área Jurídica, Social y Administrativa, Nivel de Postgrado, en cuyas aulas tuve la oportunidad de estudiar y de formarme como profesional de cuarto nivel, en la Maestría en Ciencias Penales. A todos los distinguidos Catedráticos por haberme compartido sus sabios conocimientos, y de manera muy especial al Dr. Aníbal Guarnizo Jaramillo Mgs., por su dedicación y empeño tanto académico como profesional, lo cual ha sido decisivo y fructífero para culminar mi tesis.

Dr. Aldo Raúl Zapata Aguirre

AUTOR

TABLA DE CONTENIDOS

Portada

Autorización

Autoría

Carta De Autorización De Tesis

Dedicatoria

Agradecimiento

Tabla De Contenidos

1.-Titulo

2.- Resumen

Abstract

3.- Introducción

4.- Revisión De Literatura

4.1.- Marco Conceptual.

4.1.1. El Garantismo Penal Sinónimo De Justicia En El Ecuador

4.1.2.- El Derecho Procesal Penal Concepto

4.1.3.- Características Del Derecho Procesal Penal

4.1.3.1.- El Proceso Penal

4.1.3.2.- Presupuestos Del Debido Proceso

4.2.- Marco Doctrinario

4.2.1.- Debido Proceso Para La Destrucción De Sustancias,
Estupefacientes Y Psicotrópicas

4.2.2.- Los Delitos Relacionados Con Sustancias Estupefacientes Y
Psicotrópicas.

4.2.3. Los Delitos De Sustancias Psicotrópicas Y Estupefacientes Como
Parte De Los Delitos De Riesgo O Del Derecho Penal De Riesgo

4.2.4.- La Destrucción De Sustancias Estupefacientes Y Psicotrópicas
Decomisadas Y De Sus Muestras

4.2.5.- Afección Al Debido Proceso Y Al Principio De Proporcionalidad En
La Sanción De Delitos De Sustancias Psicotrópicas Y Estupefacientes

4.3. Marco Jurídico

- 4.3.1. Un Enfoque A La Constitución De La República Del Ecuador
- 4.3.2.- Estudio Análítico De La Destrucción De Las Sustancias Narcóticas O Alcaloides En La Ley De Sustancias Psicotrópicas Y Estupefacientes, Su Reglamento Y Normas Conexas
- 4.4.- Legislación Comparada.
 - 4.4.1.- Legislación Venezolana
 - 4.4.2.- Legislación Peruana
 - 4.4.3.- Legislación Chilena
- 5.- Materiales Y Métodos
 - 5.1.- Materiales
 - 5.2.- Métodos.
- 6.- Resultados
 - 6.1.- Resultados De La Aplicación De Encuestas
 - 6.2.- Estudio De Casos
- 7.- Discusión De Los Resultados
 - 7.1. Verificación De Objetivos.
 - 7.2. Contrastación De Hipótesis
 - 7.3. Fundamentos Jurídicos Que Sustentan La Propuesta De Reforma Al Art. 121 De La Ley De Sustnacias Estupefacientes Y Psicotrópicas Del Ecuador
- 8.- Conclusiones
- 9. Recomendaciones
 - 9.1.- Propuesta De Reforma
- 10.- Bibliografía
- 11.- Anexos
- Índice

1.-TITULO

“LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS, ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN, EN EL DERECHO ADJETIVO PENAL ECUATORIANO”

2.- RESUMEN

Con la ejecución de mi trabajo de investigación denominada **“LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS, ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN, EN EL DERECHO ADJETIVO PENAL ECUATORIANO”**, me he permitido tomar varios puntos importantes sobre este grave conflicto penal, respecto a la destrucción de sustancias, estupefacientes y psicotrópicas y sus garantías legales que no tiene sustento en la dogmática penal ecuatoriana; en la cual, realizo un breve estudio iniciando con la conceptualización del garantismo penal, del Derecho Procesal Penal, sus características, la destrucción de la sustancias sujetas a fiscalización, a fin de dimensionar y profundizar el tema en el ámbito penal.

En resumen para analizar y cumplir con los objetivos propuestos me he servido de varias directrices como el Derecho Penal, la Dogmática Penal, el debido proceso, el régimen jurídico y doctrinario sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como también el estudio comparado de la legislación ecuatoriana con otras legislaciones de países sudamericanos.

Luego realizo un estudio de varios actos de violación a los derechos humanos, en la cual, se sanciona a personas con penas que no están sustentadas en los principios de proporcionalidad y humanización de las penas.

Para el cumplimiento de mis objetivos planteados, me he sustentado en el estudio teórico doctrinario comparado como en el trabajo de campo que he realizado a abogados en libre ejercicio de la profesión y a magistrados de la Corte de Justicia de Loja.

En cuanto a las conclusiones y recomendaciones al finalizar la tabulación respectiva de las encuestas y entrevistas pude notar que las personas encuestadas y entrevistadas en su mayoría están de acuerdo con la reforma del régimen jurídico de la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización.

Como una muestra del descontento social que emana de esta problemática presentaré las respectivas conclusiones y recomendaciones obtenidas de los diversos criterios vertidos sobre las interrogantes de las encuestas y entrevistas aplicadas a las personas que intervinieron en la realización del trabajo de campo.

La fundamentación de la propuesta de solución se inclinará por la defensa de los derechos humanos, al debido proceso y al régimen de destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización.

ABSTRACT

Inside the present thesis which is denominated "THE DESTRUCTION OF SUBSTANCES, NARCOTICS AND PSICOTRÓPICAS SUBJECT TO INSPECTION, IN THE ECUADORIAN PENAL ADJECTIVAL RIGHT", I have allowed myself to take several points key on this serious social conflict that doesn't have sustenance in the dogmatic one penal; in the one which, he/she carried out a brief study on the conceptualization of the penal garantismo, of the penal procedural law and their characteristics he/she stops then to refer to the destruction of the substances subject to inspection in the Ecuador to size the topic in the penal environment.

In a general summary they have taken into account the Criminal law, the Dogmatic one Penal, the due process, the juridical and doctrinal régime of the substances narcotics and psicotrópicas; as well as I will make a comparative study of the Ecuadorian legislation with other legislations of South American countries.

Then I will carry out a breakdown from some violation acts to the human rights, in the one which, you sanctions to people with hardships that are not sustained in the principles of proportionality and humanization of the hardships.

For the execution of my outlined objectives, I have based myself on the field work that I have carried out lawyers in free exercise of the profession

and to magistrates of the Court of Justice of Loja.

As for the summations and recommendations when concluding the respective tabulation of the surveys and interviews could notice that interviewed people and interviewees in their majority agree with the reformation of the juridical régime of the destruction of the substances subject to inspection.

As a sample of the social dissatisfaction that emanates of this problem I will present the respective summations and obtained recommendations of the diverse approaches poured on the queries of the surveys and applied interviews to people that intervened in the realization of the field work.

The foundation of the solution proposal will lean for the defense of the human rights, to the due process and the régime of destruction of the substances subject to inspection.

3.- INTRODUCCIÓN

El Estado a través del poder punitivo ha incorporado algunos tipos penales que son producto de la expansión del derecho penal globalizado en el mundo y que en el Ecuador tienden a perpetuar un régimen especial de sanciones y castigos en el ámbito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, al igual que en otros países de una forma irracional, ilógica y violando flagrantemente los derechos humanos de las personas. Esto es resultado de la expansión del derecho penal globalizado que ha influenciado perjudicialmente en los sistemas penales del mundo, en la cual, el derecho penal se lo utiliza como mecanismo de violencia institucional para etiquetar a las personas y aplicar figuras jurídicas tendientes a garantizar el poder de las clases pudientes en el Estado y reduciendo al máximo los derechos humanos de las personas que en gran medida son aplicadas mediante el etiquetamiento de los sectores pobres como delincuentes, debido a su vulnerabilidad y falta de recursos económicos.

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, contiene los diferentes tipos penales que norman la conductas típicas que deben ser castigados con las penas establecidas en este marco legal, su estudio y análisis es necesario para determinar que estos tipos penales restringen los derechos humanos, en especial, porque están basados en los delitos de riesgo o peligro.

Mi trabajo de investigación tiene la finalidad de analizar como eje central el régimen de destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización, sus características y sus consecuencias negativas que se han evidenciado a lo largo de la historia en nuestro País.

Al hacer conocer estos antecedentes se pretende que de alguna manera se pueda luchar mancomunadamente a favor de la prevención del delito relacionado con sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

La tesis se encuentra estructurada en los siguientes aspectos: Preliminares, Cuerpo de la Investigación, Síntesis del Informe Final; esenciales que permiten analizar los contenidos científicos, doctrinarios, jurídicos y de campo necesarios para la comprobación positiva de mi trabajo de investigación científica y que explico sintéticamente a continuación:

La revisión de la literatura se constituye en el apartado estructural que permite analizar los contenidos doctrinarios y jurídicos, la misma que se encuentra estructurada en el marco conceptual, marco doctrinario y marco jurídico. En el marco conceptual encontramos los conceptos referidos al garantismo penal, el proceso penal y el debido proceso. En el marco doctrinario enfoco los temas inherentes al régimen doctrinario de las sustancias sujetas a fiscalización, su destrucción y su relación con el debido proceso. El marco jurídico está basado en el estudio de los derechos al debido proceso y a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Los materiales y métodos hacen referencia a la utilización de los implementos o herramientas que permitieron desarrollar mi trabajo investigativo. La descripción de los métodos es esencial para el desarrollo de mi tesis, puesto que los mismos me permitieron desarrollar de forma analítica, reflexiva sintética y empírica cada uno de los contenidos de la presente investigación.

La presentación de resultados entendió el desarrollo de la investigación de campo, comprendida en la presentación de las encuestas y el estudio de casos que permitieron recabar la información empírica necesaria para la verificación de objetivos y comprobación de hipótesis.

La discusión está basada esencialmente en la verificación de los objetivos generales y específicos propuestos en el proyecto de investigación así como en la comprobación de hipótesis que permiten ubicar a la investigación como positiva o negativa para la culminación de la misma. Así en este apartado encontramos los fundamentos finales para alegar motivadamente el porqué de la propuesta de solución en el ámbito doctrinario y jurídico.

La síntesis del informe final contiene los apartados finales de conclusiones, recomendaciones y propuesta doctrinaria y jurídica para la reforma del régimen jurídico de la destrucción de las sustancias sujetas a la fiscalización que son producto de toda la acción investigativa desplegada en el presente trabajo que pongo a disposición de las autoridades, docentes y estudiantes de la Carrera de Derecho de la

Universidad Nacional de Loja.

Mi trabajo de investigación contribuirá a que las abogadas y abogados del Ecuador, tengan una fuente de consulta basada en los aspectos doctrinarios, jurídicos y legales que permitan exigir al Estado un cambio significativo en las políticas legislativas.

4.- REVISIÓN DE LITERATURA

4.1.- MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. EL GARANTISMO PENAL SINÓNIMO DE JUSTICIA EN EL ECUADOR

Es propio de los Estados contemporáneos, introducir en sus legislaciones sistemas de enjuiciamiento penal que garanticen la plena vigencia de los derechos fundamentales, pues se ha superado la idea inquisitiva de mirar al delincuente como un mero objeto de persecución penal, sino a un individuo que goza plenamente de derechos a lo largo de un proceso iniciado en su contra; así, el Ecuador incorpora totalmente en el año 2001, el sistema penal acusatorio, y en la Constitución actualmente vigente, en el numeral 6, artículo 168, determina que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará entre otros, el criterio de que la sustanciación de los procesos se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Lo anotado en líneas anteriores, va de la mano y compagina íntegramente con lo prescrito en el indicado artículo 195 del texto constitucional, que sienta como principios rectores de las actuaciones de los fiscales a la oportunidad y a la mínima intervención penal, que al fin de cuentas se resume en el postulado del Derecho Penal de última ratio, que parte de la

necesidad de restringir al máximo posible y socialmente tolerable, la intervención de la ley penal (carácter fragmentario), reservándola única y exclusivamente para los casos de violaciones graves a las normas de convivencia social, que no pueden ser contenidas y resueltas por otros medios de control social menos formalizados y rigurosos.

En otras palabras, dejar en el ámbito de lo penal a las conductas más lesivas para la sociedad y que no pueden ser resueltas a través de otras ramas del Derecho, que sin entrar a reprimir a través de la imposición de penas, lograrían la reparación del daño causado.

La legitimación de la postura del Derecho Penal de última ratio o Derecho Penal mínimo, radica en el contenido y aplicación del principio de subsidiariedad penal o subsidiariedad sancionatoria, a través del cual se aplica la lógica jurídica de la necesidad, que establece que la pena más grave será subsidiaria, por tanto sólo podrá aplicarse en los casos en los que la alternativa menos grave no baste; debiendo el legislador claramente establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones, según lo dispone el Artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República.

Por lo aquí señalado, el principio de mínima intervención penal o última ratio, está conformado por el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal.

Según el principio de subsidiariedad, como lo indicamos, el Derecho

Penal ha de ser la última ratio, por tanto, el último recurso a utilizar a falta de otros medios de control social menos lesivos y represivos; mientras que el carácter fragmentario del Derecho Penal constituye una exigencia relacionada con la anterior, referente a la aplicación del poder punitivo del Estado, únicamente para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir, la propia violencia punitiva del Estado.

En aplicación del principio de oportunidad, podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada cuando:

a) *“El hecho constitutivo del presunto delito no comprometa gravemente el interés público, no implique vulneración a los intereses del Estado y tenga una pena máxima de hasta cinco años de prisión.*

b) *En aquellos delitos donde por sus circunstancias el infractor sufre daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal o cuando tratándose de un delito culposo los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad. Téngase presente que cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio, el fiscal no podrá abstenerse en ningún caso de iniciar la investigación penal”¹.*

Se debe decir que, aunque el postulado constitucional de mínima intervención penal en el Ecuador, ha sido enfocado única y exclusivamente para el ejercicio de las atribuciones privativas del Fiscal;

¹ REVISTA, NOVEDADES JURÍDICAS, Corporación MYL. Año III, Nro.26, Febrero 2011. Pág.29.

es necesario que el órgano legislativo lo aplique de igual forma, al momento de realizar el juicio de valor en relación con las necesidades sociales y las conductas ilícitas, que dan origen a las leyes penales que contienen la descripción de los elementos objetivo y subjetivo de las acciones u omisiones consideradas como antijurídicas y su correlativa pena o sanción; toda vez que el Fiscal, no puede ejercer una función discriminatorizadora, por cuanto se debe ceñir a las tipologías contenidas en el Código Penal y sus leyes especiales.

4.1.2.- EL DERECHO PROCESAL PENAL CONCEPTO.

Con el objetivo de presentar un estudio doctrinario y científico, me referiré brevemente a los aspectos inherentes al derecho penal, procesal penal y al debido proceso.

El Derecho Penal según lo manifiesta el Dr. Jorge Zabala Baquerizo es aquel que tiene por objeto *“El estudio del Derecho Penal, de la ley del procedimiento que lo rige su organización y estructura que, de las leyes no penales que por cualquier motivo que en su momento dado entran también a regular el proceso penal, ya como leyes subsidiarias, o como leyes referidas, y además, el sector de la realidad en donde surgieron las mencionadas leyes”*².

El Derecho penal no se reduce sólo al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad. Esto se logra a

² ZABALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo IV. Pág. 13.

través de medidas que por un lado llevan a la separación del delincuente peligroso por el tiempo necesario, a la par que se reincorpora al medio social a aquellos que no lo son mediante el tratamiento adecuado en cada caso para lograr esta finalidad.

Es por ello entonces que la función del Derecho Penal es regular las relaciones humanas y ordena el conglomerado social para hacer posible la convivencia. Pero el Derecho Penal realiza esta función protegiendo determinados intereses del individuo y de la comunidad, mediante la combinación de sanciones penales para las conductas que atenten contra ellos. Esta protección no la realiza el Derecho Penal sobre todos los intereses del individuo o de la comunidad, sino sólo sobre los que son fundamentales: aquellos de cuya lesión o puesta en peligro resulta una perturbación intolerable para la convivencia pacífica de los hombres.

La selección de estos intereses, y su rango de fundamentales, está en función de los valores culturales vigentes en la realidad histórico-social del grupo humano en un momento determinado.

Bramont Arias Torres, señala: *"El Derecho Penal es un medio de control social que se caracteriza por imponer sanciones penas o medidas de seguridad cuando, se han cometido acciones graves que atenten contra los bienes jurídicos de mayor valor de la sociedad"*³.

Los medios con que cuenta hoy el Estado para reaccionar contra los

³ BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel; "Manual de Derecho Penal", Parte General, Tercera Edición. Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima-Perú, 2005. Pág. 109.

individuos que infringen el imperativo contenido en la norma penal son la pena y la medida de seguridad. La primera tiene carácter retributivo y se impone en relación a la culpabilidad del autor de la infracción; la segunda tiene carácter preventivo y se aplica en atención a su peligrosidad.

Básicamente, el control social va a ser una serie de mecanismos institucionalizados o no, que van a regular la vida y la conducta del individuo en sociedad. El control social va a variar de acuerdo a la estructura de poder que tiene una sociedad determinada, puesto que van a existir grupos dominantes y dominados, con sectores más o menos alejados a los centros de decisión. Conforme a esa estructura, se controlará socialmente la conducta de los hombres.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento el derecho penal es una forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos los delitos. Se trata, pues, de una forma de control social lo suficientemente importante para que, por una parte, haya sido monopolizada por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal.

El control social, es serie de mecanismos que viene desde el Estado para regular y controlar la vida del hombre en una determinada sociedad, de acuerdo a ciertos tipos de variables, que, básicamente vienen desde el poder y la ideología imperante en éste, hacia el control del Estado.

Es por eso que de aquí van a nacer diferentes tipos de concesiones

acerca de cómo debería ser o manejar el control social institucionalizado punitivo. Por eso justamente hablamos de control social, porque éste se va a aplicar a toda una sociedad.

Ahora que irá a controlar más a unos que a otros, si es cierto; por ello hablamos de ideología y poder, y de distintos tipos de derechos penales y variables respecto al control social.

La ideología de un estado se traduce en el poder de éste, el Estado es el que tiene el máximo poder sobre una determinada sociedad; el Estado tiene un sistema de ideas, una ideología que va cambiando con el pasar del tiempo, conforme al desarrollo que éste tenga.

De acuerdo a ello, el control social ha de ser diferente, según se trate de un país. En cada uno de ellos, el poder generará, condicionará, fomentará o será proclive a explicaciones o versiones de la realidad que influirán en la idea que se tenga acerca del control social.

También se expresa que el Derecho Penal es el *"Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida asegurador"*⁴.

El Derecho Penal tiene un carácter primordial como una justa e imparcial

⁴ STAMPA BRAUN. *Introducción a la Ciencia* del Derecho Penal. VALLADOLID. 1953; y JIMENEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Tomo II., Pág.. 171-172.

administración, de justicia posee contenido técnico jurídico donde se determinan las reglas para poder llegar a una verdad discutida y a dictar un derecho justo.

Básicamente el derecho penal se diferencia de las otras pautas de derecho en qué, el derecho penal cumple la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la coerción penal y ésta por su parte, se distingue de las restantes coerciones jurídicas, porque tiene carácter específicamente preventivo y particularmente reparador.

Todo derecho provee a la seguridad jurídica, pero sólo el derecho penal provee a ella con la coerción penal. Muchas veces la pena es más grave que las otras sanciones jurídicas pero en los casos concretos puede no serlo.

El tratadista Prieto Castro, cita el Dr. Daniel Reyes Rodríguez, define al Derecho Procesal Penal en tres acepciones importantes como son:

“a) El Derecho Procesal Penal en sentido objetivo es el conjunto de normas jurídicas contenidas en la ley positiva que regula el Proceso Penal, tanto el de cognición como el de ejecución.

En cuanto a la organización y funcionamiento de los tribunales, incluyendo, desde luego, las reglas sobre la fijación y delimitación de las competencias de los órganos jurisdiccionales, no se duda que son materiales que forman parte del Derecho Procesal Penal concebido en sentido lato.

b) Es posible construir una Definición del Derecho Procesal Penal en sentido estricto que contemple no solamente los objetivos principales, sino también los

que hemos enumerado. Conforme a esas ideas será Derecho Procesal el que establece las normas sobre los sujetos del Proceso Penal y sus capacidades, regula los objetos del mismo y señala los requisitos atinentes a los actos procesales penales y a su eficacia.

c) En sentido doctrinal o científico, Derecho Procesal Penal, es la disciplina que expone, analiza y critica las normas competentes de esta rama jurídica”⁵.

El Derecho Procesal Penal, es una ciencia que está encargada de disciplinar el amplísimo campo que tienen los jueces correspondiente a su jurisdicción y competencia; el poder jurídico que tiene por finalidad estimular al órgano jurisdiccional para que éste inicie el proceso respectivo, mediante las pruebas que se introduzcan en el proceso que permitan comprobar la existencia del delito, la responsabilidad del infractor o infractores y la búsqueda de hacer efectivo el “Jus puniendi”; es decir, el poder de castigar que tiene el Estado.

El tratadista Eugenio Florián, también citado por el Dr. Ricardo Vaca Andrade, con relación al mismo tema señala; *“Es el conjunto de actividades y formas, mediante las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley observando ciertos requisitos, proveen juzgando la aplicación de la ley penal en cada caso concreto”⁶.*

El procedimiento que se debe de seguir para descubrir la verdad en el cometimiento de un delito, con la finalidad de establecer a los

⁵ REYES RODRIGUEZ, Daniel, Los Sistemas del Procedimiento Penal, Documento de Estudio de la Universidad Nacional de Loja, Módulo VI, Pág. 3

⁶ VACA ANDRADE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal 1ª Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito - Ecuador, 2001, Pág. 2.

responsables del delito, para lo cual la fiscalía en coordinación con la policía judicial deben investigar los hechos delictivos puestos a su conocimiento.

Mientras que por otra parte los Jueces de Garantías Penales, son quienes garantizan el cumplimiento del debido proceso tanto del ofendido como del imputado.

Para Manzini, citado por el Dr. Ricardo Vaca Andrade, lo define como *“Aquel conjunto de normas, directas o indirectamente sancionadas, que se funda en la institución de órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicable en concreto el derecho penal sustantivo”*⁷.

Son los artículos que constan en las leyes penales que se encargan de señalar el procedimiento penal a seguir y de establecer las sanciones a los infractores a través de un procedimiento determinado.

Aldo Prieto Morales, citado por el Dr. Ricardo Vaca Andrade, dice que: *“Es conjunto de normas jurídicas emanadas del poder del Estado, que ordena el proceso, sea en su conjunto, sea en los actos particulares que lo integran, y que tiene por finalidad aplicar el derecho material para restablecer la legalidad quebrantada”*⁸

El Derecho Procesal Penal depende exclusivamente del Estado, a través del cual, disciplina, ordena, y regula las actividades de las personas;

⁷ VACA ANDRADE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal. Obra citada. Pág. 2.

⁸ VACA ANDRADE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal. Obra citada. Pág. 2

persigue la aplicación de las normas jurídicas del derecho penal sustantivo, tiene como objetivo de restablecer o volver a la normalidad el derecho quebrantado, a través de la aplicación de la Ley Penal.

El derecho procesal penal determina los procedimientos a seguir para la defensa y acusación penal.

4.1.3.- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL

El Derecho Procesal Penal tiene un carácter primordial para el estudio de una justa e imparcial administración de justicia, posee contenidos técnico jurídicos que determinan las reglas para poder llegar a la verdad, y dictar un derecho justo para todos. El Derecho Procesal Penal tiene sus propias características, las mismas que le permiten diferenciarse de otras ramas del Derecho. Tiene el poder de acusar, el mismo que, lo ha hecho efectivo a través de los diferentes sistemas procesales conocidos a lo largo de la historia.

El Derecho Procesal Penal tiene diferentes clasificaciones, unos lo clasifican combinando los conceptos más evolucionados y otros lo analizan desde los caracteres de su evolución que se ha dado a través de los tiempos, desde esta concepción se tendría que conocer, de manera indispensable, sobre las funciones históricas de de estos tres sistemas como son: el acusatorio, inquisitivo y mixto.

1. El Sistema Acusatorio.- En este sistema, la primera concepción del juicio criminal exigía de un acusador, prevalecía el interés privado al del ofendido; luego evoluciona y la persona encargada podía ser cualquier persona del pueblo; procedimiento que posteriormente mejora al introducir la publicidad y oralidad en el sistema. Su decadencia radica básicamente en que para que funcione se debe dar en un pueblo eminente educado en virtudes ciudadanas.

Entre las principales características del sistema acusatorio tenemos:

- a.) La oralidad;
- b.) La intermediación;
- c.) La publicidad;
- d.) La concentración; y,
- e.) La contradicción.

En el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, sobre el sistema acusatorio se expresa que *“Es el procedimiento penal que obliga al juzgador a decidir según los resultados de la acusación pública o privada y de la controversia mantenida con la defensa; salvo especial informe solicitado de las partes sobre actos, omisiones o circunstancias no tenidas en cuenta por ellos”*⁹.

El sistema acusatorio otorga la facilidad que el proceso se desarrolle

⁹ OSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, 28ª Edición Actualizada Corregida y Aumentada, Buenos Aires, 2002, Pág. 926.

oralmente mediante la aplicación del principio dispositivo, en la cual, las partes están en la obligación de probar los hechos, a excepción del acusado quien goza de la presunción de inocencia.

En este sistema las funciones de investigación se separan de las de juzgamiento. *“El Fiscal investiga y acusa, mientras el aparato judicial se aboca a dos funciones: garantizar los derechos Constitucionales durante la investigación y juzgar sobre la existencia o no de la infracción y la culpabilidad del acusado en el momento del juicio”¹⁰.*

El sistema procesal acusatorio que contempla el Código de Procedimiento Penal, dispone que la fiscalía podrá desenvolver y llevar a la práctica las facultades investigativas para enfrentar al delito y la corrupción, que le confiere la Constitución de la República del Ecuador como órgano especializado del poder público dotado de amplias facultades legales para desempeñar tan necesaria labor dentro del sistema de defensa social contra el delito.

2.- El Sistema Inquisitivo.- Nace en Roma y en las monarquías cristianas del siglo XII, desde el momento que se dan las primeras detenciones de oficio, al mismo tiempo desaparece la venganza y el Estado comprende la necesidad de reprimir algunos delitos, ocasionando el desuso del sistema acusatorio utilizado hasta el siglo XIII.

En relación a este tema Manuel Ossorio, expresa lo siguiente: *“E/*

¹⁰ NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL. El Código de Procedimiento Penal del 2000. Manual Para Abogados. Quito-Ecuador 2002.- Pág. 33.

enjuiciamiento criminal de otros tiempos en el que al juez pertenecía la iniciativa probatoria y la discrecionalidad punitiva, incluso sobre el rigor de la acusación pública o privada, y hasta prescindiendo en absoluto de una y otra. Por la falta de garantías para el reo, lo ha reemplazado el sistema acusatorio oral”¹¹.

Implantando este proceso de inquisición, el proceso penal sufrió profundas modificaciones que lo transformaron por completo, en algunos países como España, este sistema se desarrollo, gracias a los compromisos de algunos reyes con la iglesia católica.

En este sistema el Juez iniciaba el procedimiento de oficio basado en las denuncias, quejas y rumores, se dedicaba a buscar las pruebas, examinaba los testigos y todo guardaba en secreto; esto dura hasta la aparición de la Revolución Francesa, la que se extendió hasta Europa, el espíritu revolucionario de los libertarios, generó, una conciencia crítica frente a todo lo que existía de la vieja sociedad feudal. Posteriormente el sistema netamente inquisitorio se extingue para dar paso el sistema mixto.

Históricamente, el sistema inquisitivo, tiene las siguientes características:

- a) *“La jurisdicción es ejercida por jueces permanentes, representantes del monarca;*
- b) *Existe en consecuencia la doble instancia, a la que se arriba por recursos*

¹¹ OSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, 28ª Edición Actualizada Corregida y Aumentada, Buenos Aires, 2002, Pág. 926

interpuestos ante éste;

- c) La acción puede ser promovida de oficio por el juez;*
- d) El juez es el director absoluto del proceso;*
- e) El derecho de defensa del acusado es limitado en general y nulo en casos;*
- f) El procedimiento es totalmente escrito, secreto y, por tanto, no contradictorio.*
- g) La valoración de la prueba se hace mediante el sistema de las pruebas legales;*
- h) La ulterior instancia ante el monarca, quien resuelve sin límites formales ni sustanciales, vulnera toda la legalidad del sistema.*
- i) La prisión preventiva y la incomunicación del acusado es una regla de aplicación permanente¹².*

Estas características que cumplía el Juez Penal, con la aplicación de las anteriores normas del Código de Procedimiento Penal, convirtió al Juez en director absoluto del proceso que conocía y resolvía la primera y segunda etapa procesal, esto era el sumario y etapa intermedia, quien investigaba y de todo lo actuado en el sumario para su cierre, le pasaba el expediente al Fiscal para que emita un dictamen de las diligencias actuadas bajo su dirección, sin embargo no era necesario tener un dictamen exculpatario por cuanto el Juez tenía la potestad para dictar el auto de apertura a plenario, situación que en la actualidad cambio, porque la norma penal es clara indicando que si no hay acusación no hay juicio. Así mismo se lesionaban los derechos del infractor y no se respeta el debido proceso.

¹² REINOSO H., Ariosto "El juicio acusatorio oral en el nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano" Pág. 50.

3.- Sistema Mixto.- El Sistema Mixto tuvo su origen en Francia, apareció debido a los inconvenientes y ventajas de los anteriores procesos, este sistema es una combinación de los sistemas acusatorios e inquisitivos.

El proceso comprende dos períodos, en el primero tiene una mayor influencia inquisitoria y el segundo cuando nace la publicidad, es decir cuando el Ministerio Público acusa al imputado, quién pasa a ser acusado.

De lo señalado se denota que en la época Griega y Romana primero predominó el sistema acusatorio oral y luego fue sustituido por el sistema inquisitivo, a diferencia de los países anglosajones y americanos que primero estuvo el sistema inquisitivo y luego es acusatorio, conforme lo recoge Manuel Ossorio en su diccionario jurídico, y en muchos países han combinado los dos sistemas dando como resultado el sistema mixto.

Este es un procedimiento ecléctico, mediante el cual toma elementos de cada uno de los sistemas mencionados, pero en su filosofía general predominan los que nutren al sistema acusatorio. Francisco Carrara manifiesta: *“El juicio penal mixto, es un término medio entre el proceso meramente acusatorio y el inquisitivo, así como la monarquía constitucional es el término medio entre la república y el gobierno despótico. El concepto general del proceso mixto no es la compenetración de los dos procesos, para que de ella resulte un tercer método completamente especial; ni es tampoco una mixtura (mixto) en sentido propio; es más bien la reunión alternada de las dos antiguas*

*formas; una yuxtaposición y no una aleación donde se encuentran reunidos los elementos de los sistemas inquisitivo y acusatorio*¹³.

La ciencia procesal penal ha desarrollado un sinnúmero de principios opuestos constitutivos del proceso. La preeminencia ya del uno o del otro, o su fusión, caracterizan la historia del proceso. El predominio de estos principios opuestos en el derecho moderno, no es tampoco más que un tránsito del Derecho del pasado al Derecho del futuro.

4.1.3.1.- EL PROCESO PENAL.

El término de proceso viene de procesos, que se deriva de procederé, que significa proceder, avanzar, caminar hacia delante. El Estado para hacer efectiva la pretensión punitiva, es necesario que los jueces recorran el largo camino del proceso penal previsto en el Código de Procedimiento Penal.

En este tema los autores españoles, Prieto Castro, Fernández y Eduardo Gutiérrez de Caabiedes, citados por el Dr. Daniel Reyes Rodríguez, definen al Proceso Penal como él: *“Medio Instrumental que han de usar los tribunales que ejercen la jurisdicción para hacer efectivo el derecho a la justicia, ahora penal, que corresponde al Estado, en su modalidad derecho de castigar a los sujetos responsables de hechos y omisiones tipificados y sancionados en el Código Penal.*

El Proceso Penal puede ser definido en términos analógicos al civil

¹³ REINOSO H., Ariosto “El juicio acusatorio oral en el nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano” Pág. 50

contemplando su fin específico y diferenciador. Es el conjunto de actividades reguladas por el derecho procesal penal que realizan el tribunal y las partes en virtud de la petición de otorgamiento de justicia o acto por el cual se realiza el derecho de castigar (ins puniendo) del Estado”¹⁴.

Vicenzo Manzini, citado por el Dr. Daniel Reyes Rodríguez, define al proceso penal, como: “El conjunto de los actos concretos, previsto y abstracto por el derecho procesal penal, cumplidos por sujetos públicos o privados y autorizados, a los fines del ejercicio de la jurisdicción penal, en el orden a la pretensión punitiva, hecho válido mediante la acción o en orden de otra cuestión legítimamente presentada al juez penal, constituye la actividad judicial progresiva que es el proceso penal”¹⁴.

Para Eugenio Florián, citado por el mismo Dr. Reyes Rodríguez, señala que es: *“El conjunto de actividades y formas mediante las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto: Trato – dicho en otros términos – de definir la relación jurídica penal concreta y, eventualmente las relaciones jurídicas secundarias conexas”¹⁵.*

Basado en los criterios transcritos se define que el Derecho Procesal Penal es el conjunto de actos, actividades y formas reguladas que se ejecutan a través de los órganos jurisdiccionales con el fin de aplicar el derecho penal sustantivo.

¹⁴ REYES RODRIGUEZ, Daniel, Los Sistemas del Procedimiento Penal, Documento de Estudio de la Universidad Nacional de Loja, Módulo VI, Pág. 4

¹⁴ IBÍDEM, Pág. 4

¹⁵ REYES RODRIGUEZ, Daniel, Los Sistemas del Procedimiento Penal, Documento de Estudio de la Universidad Nacional de Loja, Módulo VI, Pág. 4

“El Derecho Procesal Penal contiene los siguientes caracteres esenciales como son:

- a.) Es de carácter público, porque regula la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la intervención estatal, busca proteger los intereses públicos cuando los delitos afecten el orden social, además mantienen la convivencia social, resolviendo los conflictos entre los particulares.*
- b.) Es de carácter instrumental, porque sirve para, que se pueda, tutelar los derechos tanto de los ciudadanos como de todos los integrantes de una comunidad organizada.*
- c.) Es de carácter práctico; porque sus normas deben aplicarse a los casos considerados como delitos, los mismos que lesionan bienes jurídicos y deben ser intervenidos por las autoridades competentes para conocerlos y resolverlos.*
- d.) Finalmente es de carácter autónomo, porque el Derecho Procesal tiene individualidad propia, en sí éste es considerado como el conjunto de normas, encargado de organizar los Tribunales y las Salas Penales y regular todas sus actividades emanadas de la actuación jurisdiccional.*

Entre los fines del proceso penal tenemos:

- 1. Investigación del hecho delictuoso para conocer las circunstancias en que fue desarrollado;*
- 2. Descubrimiento del responsable de él y de las personas que participaron en otros grados en su Comisión;*
- 3. Aseguramiento del imputado y de todos aquellos sujetos cuya presencia sea necesaria para el esclarecimiento de la verdad;*
- 4. Aseguramiento del corpus delicti y de toda clase de elementos*

probatorios;

5. *Aseguramiento de bienes suficientes para cubrir el valor de las indemnizaciones que se deban al Estado y a los particulares en caso de que estas sean exigibles; y,*
6. *Imposición y cumplimiento de la pena como medio de restaurar el orden social alterado*¹⁶.

El Proceso Penal ecuatoriano es eminentemente humano, porque guarda el equilibrio necesario entre la eficacia de las actuaciones procesales de sus etapas encaminadas al descubrimiento de la verdad y la mínima limitación de los derechos humanos del imputado.

4.1.3.2.- PRESUPUESTOS DEL DEBIDO PROCESO.

Con relación a este fundamental tema, el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, señala lo siguiente: *“De manera general, los presupuestos son las circunstancias anteriores que deben existir antes que la actividad se inicie y sin cuya existencia carece de eficacia jurídica todo lo actuado. El proceso penal para que tenga legitimidad exige, previo a su desarrollo, la presencia de ciertos presupuestos que son: El Órgano Jurisdiccional, la situación jurídica de inocencia del ciudadano y el derecho a la tutela jurídica*¹⁵.

En un Estado Social de Derecho se respeta al derecho a través de la aplicación de su normativa. En el proceso penal, es indispensable la existencia de tres presupuestos que dotan de eficacia todo lo actuado,

¹⁶ LLORE MOSQUERA, Víctor. – “Compendio de Derecho Procesal Penal”. Cuenca. Ecuador. Segunda Edición 1960. Pág. 13.

¹⁵ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. ESI Debido Proceso Penal.- Editorial Edino. Guayaquil-Ecuador.2002. Pág. 33.

entre ellos se encuentran: el órgano jurisdiccional, la situación jurídica de inocencia y la tutela jurídica. Así también la Constitución de la República, reafirma el tema, cuando en el Art. 75, 76, 77 establece el cumplimiento de las garantías del debido proceso, cuya observancia dota de plena legitimidad lo actuado por el órgano jurisdiccional.

1.- El Órgano Jurisdiccional.- Como se señaló anteriormente, para que el proceso penal tenga legitimidad, debe existir algún presupuesto, entre ellos está el Órgano Jurisdiccional que de acuerdo a nuestra Constitución en el Art. 176 *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”*¹⁶.

Cuando señala la jurisdiccionalidad, se refiere a que será un solo órgano el que tenga la responsabilidad jurídica de hacer efectiva la función de administrar justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, lo mismo que señala la Función Judicial.

“La Carta Magna en el Art. 178, clasifica de la siguiente manera: “Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:

1. La Corte Nacional de Justicia.

2. Las cortes provinciales de justicia.

¹⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ediciones Legales. M2010. Quito-Ecuador

3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.

4. Los juzgados de paz.

El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.

La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley.

La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial.

La ley determinará la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia”.¹⁷

Por otro lado, el nuevo Código de Procedimiento Penal recoge en su artículo 17 en forma más amplia esta clasificación en la que expresa: “Son órganos de la jurisdicción penal, en los casos, formas y modos que las leyes determinan:

1. *Las Salas de lo penal de la Corte Nacional de Justicia;*
2. *El Presidente de la Corte Nacional de Justicia;*
3. *Las Salas que integran las Cortes Provinciales de Justicia;*
4. *Los Presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia;*

¹⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ediciones Legales. M2010. Quito-Ecuador

5. *Los Tribunales Penales;*
6. *Las Juezas y Jueces Penales;*
7. *Las Juezas y Jueces de Contravenciones; y,*
8. *Los demás Juezas y jueces y Tribunales establecidos por las leyes especiales*¹⁸.

De lo citado se interpreta que, la jurisdicción es el poder que tiene el Estado para administrar justicia, pero para cumplir con esta finalidad, necesita crear ciertos órganos que son los encargados de administrar justicia de acuerdo a la Ley.

Estos organismos están integrados por personas de diverso nivel administrativo, pero es solo el titular del órgano el que tiene la responsabilidad jurídica de administrar justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley; así tenemos pues que como se citó anteriormente cuales son los órganos de la Función Judicial, conforme a la Constitución; y de la Jurisdicción Penal, conforme el Código de Procedimiento Penal.

Otro punto importante que hay que señalar es el papel que cumple el Fiscal en los procesos penales, a mi criterio la fiscalía a través de los fiscales, cumple un papel primordial en el proceso penal por cuanto es el encargado de dirigir la etapa pre procesal y procesal penal, conforme lo señala la ley objetiva, y tienen una gran responsabilidad que pesa sobre

¹⁸ Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano. Ediciones Legales. Quito-Ecuador. 2010. Pág. 17

sus hombros ya que de él depende iniciar o no un proceso penal.

En este tema el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, comenta lo siguiente: *“Se debe observar que constitucionalmente no está previsto como órgano de la Función Judicial al Ministerio Público, pues éste es un organismo independiente de la Función Judicial que no puede reemplazar o sustituir al órgano jurisdiccional, ni interferir en la función de titular del mismo. Por tal motivo, es que nosotros no consideramos al Ministerio Fiscal como un presupuesto ya que la intervención en la etapa inicial del proceso penal del representante de dicho ministerio, esto es el fiscal, en la iniciación del desarrollo del proceso penal, además de ser inconstitucional, violenta la seguridad jurídica del ciudadano, como es fácil comprender cuando se observa que una misma persona funge de acusador y juez”*¹⁹.

De lo dicho se concluye que sólo los órganos de la Función Judicial son los encargados de aplicar justicia y como tal la fiscalía es un órgano independiente de la Función Judicial, pero conforme lo comenté anteriormente la ley le ha otorgado una gran responsabilidad en el proceso penal, de tal forma que de sus intervenciones depende mucho para que el Estado logre uno de sus principales objetivos como es el de garantizar una justicia plena y digna para todos sus habitantes, y se castigue a todos los responsables que lesionan los bienes jurídicos protegidos en la ley.

De tal forma que para garantizar un debido proceso justo y legal sólo lo puede realizar el Juez competente como único dotado de capacidad

¹⁹ ZAVALA BAQUERIZO. Jorge. Obra citada. 2002. Pág. 35.

subjetiva y objetiva para administrar una justicia digna y expedita.

2.- La Situación Jurídica de Inocencia.- La situación de inocencia es un derecho que está relacionado, más íntimamente, con el derecho de inocencia de las personas.

Este derecho existe desde la antigüedad (época esclavista), pero el Estado no les reconocía, de forma expresa, a los esclavos, los predichos bienes personales son fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad, a la inocencia, estos derechos están implícitos en la persona.

Para el doctor Jorge Zavala Baquerizo, respecto a este punto señala que: *“La inocencia es una presunción; es un bien jurídico que vive en el hombre y que genera un derecho subjetivo, con características propias que le permiten exigir la garantía del Estado. El bien jurídico de inocencia vive en el ser humano desde que nace hasta que muere. La inocencia es general, la culpabilidad es concreta. Se es generalmente inocente y concretamente culpable”²⁰.*

Cuando el órgano jurisdiccional al iniciar el proceso penal indica o imputa la comisión de acto típicamente antijurídico a una persona, está asumiendo que esa persona es inocente.

La Constitución de la República del Ecuador en su art. 76, numeral 2 señala lo siguiente: *“Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.”²¹.*

²⁰ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Obra Citada. Págs. 51,52.

²¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra Citada.

Para el autor anteriormente citado, esta disposición está mal redactada porque lo que realmente se presume en el proceso no es la inocencia, sino la culpabilidad. La inocencia no desaparece hasta que se establece la culpabilidad mediante existencia de sentencia ejecutoriada.

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 4 recoge, de forma más acertada, la definición sobre inocencia de la persona, que es una garantía constitucional y que así debe estar recogida en la norma Constitucional, el mismo que señala: *“Todo procesado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable”*²².

Es importante comentar que según el Código de Procedimiento Penal hace una clasificación de la persona que está siendo procesada dependiendo la etapa en que se encuentre el juicio; Primero se lo denomina imputado, mientras está en la etapa de Instrucción Fiscal y cuando pasa a la etapa intermedia se lo denomina acusado.

Si analizamos bien la disposición anterior, sólo se considera la inocencia del imputado y no menciona nada sobre el acusado, se puede sobrentender, según ésta disposición, que cuando el procesado asume la denominación de “acusado”, éste pierde su derecho de inocencia, contradiciéndose la misma norma cuando posteriormente señala que se han declarado culpable cuando se haya dictado la sentencia y ésta este ejecutoriada.

La inocencia es un derecho indiscutible en las personas y por el hecho

²² CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO, Obra Citada.

que están imputadas o acusadas por algún delito, no hacen que la pierden, pero si miramos cómo se realizan los procesos en la actualidad por las autoridades competentes, primero son declarados como culpables y los involucrados tienen que demostrar su inocencia. Como ejemplo señalaré que bien se puede imputar y acusar a una persona, durante un largo lapso de tiempo, basándose incluso en versiones y testimonio falsos, llegando hasta la etapa de el juicio, para que aquí pueda demostrar su inocencia, si es que tuvo las pruebas necesarias o, en su caso, no se presentaron a rendir su testimonio las personas que en la primera etapa la señalaron como culpable del delito cometido.

Con lo expuesto se reafirma qué importante es que las versiones y testimonios que recoge el Fiscal, en su momento, tengan, de alguna forma, mayor sustento o valor probatorio, para que la persona, imputado o acusado, no se la mantenga durante tanto tiempo en proceso, basado simplemente en versiones y testimonios que no tienen ningún valor si éstos no son ratificados en la Etapa del Juicio. De tal forma que, la inocencia es un presupuesto subjetivo general del debido proceso, es decir toda persona es inocente, antes y durante el proceso, hasta que la sentencia ejecutoriada señale lo contrario.

3.- Derecho a la Tutela Jurídica.- Para explicar este presupuesto del debido proceso, que como ya comente anteriormente, éste debe existir antes de que se inicie la actividad procesal, y sin su ausencia todo lo actuado carece de eficacia jurídica, la Constitución de la República del

Ecuador en su artículo 75, expresa: *“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 celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”*²³. Según el mandato Constitucional el ejercicio de la potestad judicial le corresponde a los órganos de la Función Judicial. Los mencionados órganos de la Función Judicial, son los llamados, por la Constitución y la ley, a hacer cumplir este presupuesto muy importante del debido proceso como es, el derecho a la Tutela Jurídica.

Para ilustrar más el tema citaré al Dr. Jorge Zavala que señala: *“Es necesario tener presente que el derecho a la Tutela Jurídica por parte de los órganos jurisdiccionales no sólo comprende la acción del que demanda dicha Tutela sino también de la correlativa a la contradicción que ella origina”*²⁴.

Se entiende que no sólo puede hacer uso de la tutela jurídica la persona ofendida por el delito cometido en su contra; sino también el demandado que se ve inmerso dentro de un proceso; es decir aquí están comprendidos tanto el que estimula la actividad jurisdiccional como el que esta demandado.

El mismo autor anteriormente citado, señala: *“La tutela de los órganos*

²³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra Citada.

²⁴ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Obra Citada. Págs. 66.

jurisdiccional para ser efectiva, además de imparcial, debe ser oportuna, este es, que la actividad judicial en el plazo más corto posible el que señalan los procedimientos previstos en la ley respectiva repare el derecho lesionado y evite que se mantenga una situación injurídica que perturbe el ordenamiento jurídico y sea causa de inseguridad jurídica para los ciudadano”²⁵.

Es decir, que la tutela que brinde el órgano jurisdiccional debe desarrollarse de manera ágil y libre de cualquier obstáculo que entorpezca el proceso, además debe cumplir con los principios de eficiencia, eficacia, imparcialidad o sea juzgar de acuerdo a lo que señale la ley sin mirar la condición de las personas, conforme los derechos y garantías de los ciudadano consagrados en la Constitución. Toda persona merece un trato digno y justo que no violente sus derechos y como tal los órganos de la función judicial están encargados de brindar la tutela jurisdiccional deben garantizarle.

4.- El principio de non bis in idem. De acuerdo al tratadista Roxín este principio significa *“No dos veces por igual causa. En materia penal significa que no cabe aplicar dos sanciones por una misma infracción, ni acusar segunda vez por igual hecho, a no mediar nuevas pruebas y dentro de gran limitación.”*²⁶ Este principio es de valoración esencial, puesto que permite evitar que las personas sean sancionadas dos veces por el mismo delito, pero también permite imponer el criterio jurídico que ninguna persona sea afectada con la utilización de sus antecedentes

²⁵ IBIDEM, Págs. 66.

²⁶ ROXÍN, Claus; Artz Gunther y Klaus Tiedmann. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. Barcelona, Ariel, 1989

penales para sancionarlo con la agravación de la pena, cuando se la aplique la reincidencia penal.

4.2.- MARCO DOCTRINARIO

4.2.1.- DEBIDO PROCESO PARA LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS, ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS

En la legislación ecuatoriana se establece un proceso a seguir en el momento que se realiza la aprehensión de sustancias, estupefacientes o psicotrópicas, por parte de las autoridades competentes, en este caso particular, como parte actuaria la Policía Nacional.

Para el caso particular que se determina para la destrucción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, existe la Ley de Sustancias, Estupefacientes y Psicotrópicas, ley que fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial 490, del 27 de diciembre de 2004. En el mismo se determina en el Art. 14. Que: *“De la Secretaría Ejecutiva, sus funciones y atribuciones.- “La Secretaría Ejecutiva será el organismo técnico y operativo del CONSEP y tendrá las siguientes funciones y atribuciones, que ejercerá en coordinación con los otros organismos y autoridades encargados de la aplicación de esta Ley. numeral 15.- Actuar como depositaria de las sustancias o bienes objeto de aprehensión, incautación y comiso e intervenir en la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hayan sido objeto de aprehensión, incautación y comiso”²⁷;*

²⁷ LEY SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÒPICAS. Quito. 2004. Ediciones Legales.

La misma Ley, además se señala en el Art. 108.- *Acta de destrucción de sembríos y laboratorios.- “Cuando las autoridades de la investigación procedan a la destrucción de plantas, sustancias o laboratorios, dejarán constancia de ello en una acta que se agregará al proceso, y que contendrá, además de la identidad del propietario o presunto responsable, una descripción prolija de las plantas, el estado de los sembríos y la extensión del terreno cultivado, de las sustancias, equipos, instalaciones y otros bienes que se encontraren en los sembríos y en los laboratorios y de los medios utilizados para esa destrucción. Previamente a la destrucción se tomarán muestras para el análisis.*

Art. 121.- Destrucción de sustancias sujetas a fiscalización.- Dentro de los quince días siguientes a la resolución de la instrucción, a pedido del Fiscal, el Juez dispondrá que se proceda a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hubieren sido aprehendidas, salvo que, si se tratare de insumos, precursores químicos u otros productos químicos específicos, el Consejo Directivo del CONSEP podrá disponer, dentro de los sesenta días siguientes a su recepción, la utilización por una entidad del sector público, su enajenación para fines lícitos o su destrucción. La enajenación se realizará en la forma que decida este organismo y a favor de las personas naturales o jurídicas previamente calificadas²⁸.

Es de suma importancia que, para la destrucción se verificará la integridad de la envoltura y la identidad de la sustancia, y se comprobará el peso bruto y el peso neto, verificando si corresponde al que consta en

²⁸ LEY SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS. Quito. 2004. Ediciones Legales.

el informe de investigación. En esta diligencia intervendrán el Juez, el delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP y el Secretario del Juzgado.

“Art. 123.- Sentencia.- El Tribunal o la correspondiente Sala del fuero, al dictar sentencia, en la apreciación de los hechos y las pruebas atenderá las reglas de la sana crítica.

En la sentencia condenatoria, el Tribunal o la correspondiente Sala del fuero ordenará el comiso y entrega definitiva de los bienes al CONSEP.

Tratándose de bienes inmuebles se protocolizará copia certificada de la sentencia para que sirva de título, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Estas diligencias se practicarán gratuitamente.

En la sentencia se ordenará la destrucción de las muestras de las sustancias incautadas²⁹.

El auto en que se revoque la prisión preventiva, de cesación de medidas de aprehensión, retención e incautación, el sobreseimiento provisional o definitivo, dictado por el Juez y las sentencias condenatorias y absolutorias serán obligatoriamente elevadas en consulta a la respectiva Corte Superior, quien resolverá, previo informe obligatorio que emitirá el Ministro Fiscal dentro del plazo improrrogable de veinticuatro horas”.....

En el Reglamento a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, se han determinado con claridad y de forma exclusiva funciones y atribuciones a la Secretaría Ejecutiva del CONSEP, las mismas que se

²⁹ LEY SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÒPICAS. Quito. 2004. Ediciones Legales.

determinan en el Art. 16.- Funciones y atribuciones de la Secretaría Ejecutiva que son, numeral 2:

“2.- Coordinar con el Ministerio Público para que sus representantes concurren, obligatoriamente, a la práctica de toda diligencia orientada a comprobar las infracciones contempladas en la Ley, a fin de que los vestigios y demás pruebas no se pierdan, alteren o destruyan;

Además la Secretaría en referencia en el Art. 19, del mismo Reglamento determina las atribuciones del Secretario Ejecutivo, y que se determina en el numeral cuatro:

4.- Delegar un funcionario del CONSEP que intervendrá en la diligencia de destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, conjuntamente con el juez y el secretario del juzgado”³⁰;

Es de suma importancia que conforme se ordena en el Art. 81, del Reglamento a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas se elabore un acta, el acta a la que se refiere el Art. 106 de la Ley, que será elaborada en un formulario distribuido por el CONSEP y contendrá, a más de lo determinado en dicho artículo, la ubicación del inmueble destinado al ilícito, la cantidad, peso o volumen de las sustancias, los nombres, apellidos y las firmas de los miembros de la Fuerza Pública y más funcionarios que intervinieron en la destrucción.

Se dejará, también, constancia de la cantidad, peso o volumen de las muestras que se tomen para el análisis respectivo.

³⁰ REGLAMENTO A LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS. Quito. 2004. Ediciones Legales.

A esta acta, que se agregará al proceso, se adjuntarán, las filmaciones y más grabaciones que se hubieren obtenido.

Copia del acta y/o informes de las diligencias previstas en las disposiciones anteriores se enviarán al CONSEP.

Se establece como una disposición general en este Reglamento, en el Art. 85, que.- *“Las disposiciones de este Reglamento prevalecerán sobre otras de igual naturaleza”*³¹.

Finalmente en el Código de Procedimiento Penal, en el Art. 111, se determina.- *Alteración o destrucción.- “Si para practicar la pericia fuere necesario alterar o destruir la cosa que ha de reconocerse, la Fiscal o el Fiscal solicitará autorización al juez para que así se proceda, y dispondrá que, de ser posible, se reserve una parte para que se conserve bajo custodia de la Policía Judicial”*³².

4.2.2.- LOS DELITOS RELACIONADOS CON SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS.

Los delitos de sustancias psicotrópicas y estupefacientes o más conocidos como delitos de drogas presentan un gran problema para la sociedad, puesto que su desarrollo ha conllevado a que algunas personas caigan en una adicción permanente y otras de aprovechándose de esta adicción se dediquen a la venta de estas sustancias de manera ilícita y con fines de lucro.

³¹ REGLAMENTO A LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS. Quito. 2004. Ediciones Legales.

³² CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Quito. 2010. Corporación de Estudios Legales.

Los delitos relacionados con las drogas son aquellos *“delitos cometidos bajo la influencia de drogas ilegales, los delitos cometidos por consumidores para financiar su drogodependencia y delitos sistemáticos cometidos como parte del funcionamiento de los mercados ilegales”*³³

Los delitos de drogas son aquellos que están dedicados al uso, distribución y venta de sustancias estupefacientes y psicotrópicas prohibidas en las normas legales y que con mayor frecuencia están sujetas a fiscalización, normalmente, los delitos que más se cometen en la legislación ecuatoriana son los de narcotráfico y tenencia ilegal.

Según en el mismo Plan Nacional de Prevención Integral y Control de Drogas, mencionado anteriormente, las describe como *“Sustancias sometidas a fiscalización, la mayor parte de ellas están contenidas en productos farmacéuticos que actúan sobre el sistema nervioso central, estimulándolo o deprimiéndolo”*³⁴

Es decir, las sustancias estupefacientes y psicotrópicas son sustancias sujetas a fiscalización porque tienen un uso terapéutico, sin embargo, estas sustancias naturales o sintéticas son más adictivas y dañinas, aunque eso sí, más redituables para las farmacéuticas transnacionales que las venden bajo receta médica, como es el caso de los antidepresivos, antipsicóticos, sedantes, estimulantes sintéticos, entre

³³ BARROCO González Pablo. Las sustancias sujetas a fiscalización. Ediciones Asdrual. Bogotá – Colombia. 2000. Pág. 12

³⁴ PLAN NACIONAL DE CONTROL DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS. CONSEP. 2011. Pág. 12

otros, pero su uso ilegal da origen al ilícito.

Estos delitos relativos a drogas, “Son delitos de peligro y su sanción pretende evitar una futura lesión del bien jurídico protegido que en este caso es la salud pública, bastando la puesta en peligro de este bien jurídico para la comisión de un hecho delictivo, es por eso que se sanciona su mera tenencia, ya que de esta acción se presume el dolo de tráfico; pero la mera presencia de una cantidad insignificante de droga no puede implicar la existencia de un delito, ni riesgo para la sociedad, siempre y cuando esta tenencia no esté acompañada de un cierto riesgo, riesgo que debe ser determinado en primer lugar de manera objetiva, estableciendo parámetros y en segundo personalizándolo según las circunstancias concretas del caso y del autor”³⁵

Es lógico que los delitos de drogas estén contenidos como actos ilícitos que afectan a la salud en general, puesto que los daños que estos provocan, están orientados directamente a destruir la integridad psíquica y física del ser humano que consume estas sustancias, por ello, la doctrina con mucha sabiduría ha ubicado a esta clase de delitos como de riesgo o peligro, pues su efecto genera un riesgo para la sociedad a futuro, cada droga tiene su propio efecto y uso, pero a la final todas las drogas tienden a afectar al estado de salud de las personas, dependiendo del nivel de consumo.

En el mundo entero existe una gama diversa de sustancias estupefacientes que han sido estudiadas por el hombre para utilizar sus

³⁵ SÁNCHEZ Monar Alex Aurelio. Los delitos de narcotráfico. Ediciones Meza. Bogotá – Colombia. 1999. Pág. 13

componentes en la actividad económica o como se ha mencionado anteriormente para su comercialización ilícita, por lo cual, es necesario conocer su clasificación y efectos en el cuerpo humano.

TIPOS DE DROGAS	CARACTERÍSTICAS	EFECTOS
Narcóticos	<p><i>“La palabra narcótico es un vocablo griego que significa “cosa capaz de adormecer y sedar”. Esta palabra se usa con frecuencia para referirse a todo tipo de drogas psico activas, es decir, aquellas que actúan sobre el psiquismo del individuo, se pueden dividir en:</i></p> <p><i>Opio, opiáceos y sucedáneos sintéticos.</i></p> <p><i>Neurolépticos o tranquilizantes mayores.</i></p> <p><i>Ansiolíticos o tranquilizantes menores.</i></p> <p><i>Somníferos o barbitúricos.</i></p> <p><i>Grandes narcóticos o anestésicos generales.</i></p>	<p><i>Es una droga con composiciones y orígenes distintos, que tienen en común su efecto en el organismo, aunque este se manifieste en manera y de grado diferentes.</i></p>
Neurolepticos o Tranquilizantes Mayores	<p><i>Se trata de sustancias utilizadas para tratar la depresión, las manías y las psicosis, y muchas de ellas se venden sin prescripción médica en la mayoría de farmacias, entre estas están fenotiazinas, el</i></p>	<p><i>Producen un estado de indiferencia emocional, sin alterar la percepción ni las funciones intelectuales, sumamente tóxicos, poseen efectos secundarios tales como parkinsonismo,</i></p>

	<i>haloperidol y la reserpina.</i>	<i>destrucción de células de la sangre, arritmia cardiaca, anemia, vértigos, entre otros.</i>
<i>Ansiolíticos Tranquilizantes Menores:</i>	<i>Habitualmente usados para tratar las neurosis, estas drogas constituyen la mitad de todos los psicofármacos consumidos en el mundo, a pesar de que producen un síndrome de abstinencia muy grave. En dosis mayores funcionan como hipnóticos o inductores del sueño: algunos se usan como relajantes musculares.</i>	<i>Producen letárgica, estupor y coma, con relativa facilidad. Al abandonar su consumo pueden aparecer episodios depresivos, desasosiego o insomnio.</i>
<i>Somníferos Barbitúricos</i>	<i>Su uso puede provocar lesiones en el hígado o en los riñones, producir erupciones cutáneas, dolores articulares, neuralgias, hipotensión, estreñimiento y tendencia al colapso circulatorio.</i>	<i>La intoxicación aguda puede llegar a provocar la muerte. La dependencia física se genera entre las 4 o las 6 semanas.</i>
	<i>Las drogas conocidas como alucinógenos son fármacos que provocan alteraciones psíquicas que afectan a la percepción. Los alucinógenos se consideran productos psicodélicos que inhiben los mecanismos de</i>	<i>La alucinación es un síntoma grave de la psicosis de la mente y su aparición distorsiona el conocimiento y la voluntad.</i>

<i>Alucinógenos</i>	<i>defensa del yo, y facilitan la distribución de la sensibilidad así como la aparición de imágenes desconcertantes.</i>	
<i>Anfetaminas</i>	<i>El consumo de este excitante está ampliamente extendido y distribuido por todas las clases sociales. A diferencia de lo que sucede con la cocaína que la consumen preferentemente los sectores medios y altos, las anfetaminas son consumidas tanto por ejecutivos que pretenden sobreexcitación como por amas de casa que buscan un anoréxico para sus dietas o por estudiantes que preparan exámenes³⁶.</i>	<i>Causan hipertensión, taquicardia, hiperglucemia, midriasis, vasodilatación, periférica, hiperpnea, hiporexia, etc. El estado de ánimo del adicto oscila entre la distrofia y la hipomanía así como ansiedad, insomnio, cefalea, temblores y vértigo. Pueden aparecer cuadros depresivos y síndrome paranoides anfetamínicos.</i>

FUENTE: Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2007.

El problema de la adicción a las drogas se genera desde la antigüedad por ello, varias fuentes indican que la mayoría de los consumidores de drogas en tratamiento ha tenido contacto con el sistema penal. *“Una serie de estudios sobre personas acusadas de delitos y condenados realizados*

³⁶ MARTÍNEZ. Ramiro. CRIMINALÍSTICA. Ediciones. Euroméxico. 2012. Pág. 697.

en Grecia (Universidad Aristotélica de Salónica, 2000) e Inglaterra y Gales (Bennett, 2000) muestran que los consumidores de drogas tienen más posibilidades de haber cometido diversos tipos de delitos que los no consumidores de drogas. Por lo general, los delitos contra la propiedad constituyen el principal tipo de delito que comenten los consumidores de drogas (Universidad Aristotélica de Salónica, 2000; Bennett, 2000; Meijer et al., 2002)”³⁷

El Ecuador en las dos últimas décadas ha permanecido expuesto a una serie de problemáticas económicas y políticas que han repercutido en la gobernabilidad democrática y que a su vez ha repercutido en el crecimiento del narcotráfico, por ello, se han generado diferentes formas de delitos castigados por la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, a la cual, me referiré brevemente, en cuanto a los delitos de mayor importancia y repercusión para nuestro país.

1.- El narcotráfico “*Abarca la producción, distribución y venta de drogas*”³⁸.

El narcotráfico se ha convertido en una verdadera industria nacional e internacional, que mueve millones de personas y millones de dólares, convirtiéndose en una fuente de trabajo que genera supuestamente grandes cantidades de dinero.

El narcotráfico es el comercio clandestino de drogas, comercializadas por las grandes mafias nacionales e internacionales.

³⁷ REVISTA EL NUDO DE LAS DROGAS. Revista oficial del NCP. Ediciones Ultra. Bogotá – Colombia. 2000. Pág.34

³⁸ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Fundación Tomas Moro. Edición Calpe. Madrid – España. 2000. Pág. 213.

El comercio de los narcóticos o de las sustancias estupefacientes o psicotrópicos se llama narcotráfico y ha sido parte de la globalización, siendo un problema importante que crece y crece cada día por ello ha sido considerado un problema de salud pública “*La Organización de las Naciones Unidas (ONU) calculó que entre un 3% y un 4% de la población mundial consume drogas.*”³⁹ La drogadicción, drogodependencia o dependencia a sustancias psicotrópicas es la ineludible necesidad que un individuo tiene por consumir narcóticos, o drogas aceptadas socialmente, pero con igual perjuicio, como son el tabaco y el alcohol.

La producción de drogas en Sudamérica, es uno de los factores más riesgosos en nuestros países, ya que consigo ocasiona más inconvenientes como el surgimiento de multiplicidad de actos delictivos como el sicariato, asaltos, robos, hurtos, asesinatos y más violencia.

2.- La tenencia ilegal de drogas.- La tenencia ilegal de drogas es uno de los delitos más cometidos en nuestro país, este delito, ha sido denominado como el “*Delito de los pobres*”⁴⁰, puesto que las personas que más cometen este tipo de actos ilícitos, son personas de escasos recursos económicos que son víctimas de las grandes mafias que aprovechando de la ingenuidad y pobreza consiguen que estas personas mantengan estas sustancias de forma ilícita o sin tener permiso para

³⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ONU. Disponible en www.slideshare.net/otox94/elnarcotrafic-orepro - Estados Unidos

⁴⁰ CARVAJAL González Enrique Alfredo. Una mirada al delito de drogas. Ediciones Grijalva. Quito – Ecuador. 2000. Pág. 14

portar las mismas y que incluso logran que estas sustancias sean alojadas en el cuerpo humano de las personas para ser trasladadas de un lugar a otro, sea dentro del territorio nacional y a nivel internacional.

La tenencia ilegal de estupefacientes y psicotrópicas se la define como la posesión irregular o sin permiso de narcóticos que están sujetos a fiscalización, lamentablemente este delito es el más cometido en el Ecuador por los sectores de escasos recursos económicos.

3.- Corretaje o venta de sustancias psicotrópicas o estupefacientes.- Otro de los delitos que tienen mayor ejecución en el Ecuador, es el corretaje, que se lo define como la venta de la droga en pequeñas cantidades a nivel nacional, normalmente esta venta está destinada para el consumo y se genera únicamente en las parroquias, cantones y provincias. EL corretaje normalmente es ejercido por cualquier tipo de personas, sin especificar clases sociales, que se dedica a la venta de estos alcaloides o narcóticos.

4.- El transporte.- El transporte también es sancionado en nuestra legislación, esta se constituye, cuando las personas transportan vía terrestre, área o marítima, sustancias psicotrópicas sujetas a fiscalización de forma ilegal y sin contar con los permisos respectivos.

5.- Precursores.- Los precursores son sustancias químicas que permiten elaborar, transformar y convertir la droga en los compuestos que se conoce como marihuana, cocaína, heroína, éxtasis, etc. El uso de

precursores está autorizado únicamente para usos farmacéuticos, sin embargo estos precursores son los únicos que permiten transformar a la droga en natural, en el producto que se desea.

4.2.3. LOS DELITOS DE SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS Y ESTUPEFACIENTES COMO PARTE DE LOS DELITOS DE RIESGO O DEL DERECHO PENAL DE RIESGO

Esta corriente se relaciona directamente con la peligrosa expansión del poder punitivo, que ha sido denominada por muchos estudiosos como Derecho Penal del enemigo o Derecho Penal de riesgo, cuyos fundamentos pueden ser expresados en normas penales que se aplican antes de una lesión concreta de un bien jurídico protegido, esto con la finalidad de evitar un peligro eventual o abstracto; así como en el uso por parte del Estado, de todos los medios necesarios para la represión extrema, en ocasiones sin observancia de las garantías de los derechos fundamentales, para sancionar a aquel que se considera enemigo del sistema.

El derecho penal del enemigo, parte de la idea central de eliminar todo riesgo que afecte a la sociedad, por ello, este sistema basa su accionar en la reducción de los derechos del debido proceso que en este sistema es limitado, puesto que el fin primordial del Estado, es únicamente, castigar y sancionar a la persona que genera riesgos inminentes para la sociedad.

Esta reducción de garantías procesales para mejorar la persecución del

hecho delictivo, *“Es una de las medidas más aventuradas mediante la cual se expresa la no limitación del poder sancionador-ius puniendi”*⁴¹.

En tal sentido, la sanción de los delitos relacionados con las sustancias psicotrópicas y estupefacientes, se enmarcan en los delitos de riesgo, puesto que lo que se persigue es castigar a las conductas humanas que pongan en riesgo a la salud, bien jurídico protegido, en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Lo cual es aberrante en un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro. Es menester además puntualizar que la introducción de nuevos tipos penales y nuevas sanciones en el Código Penal y en las leyes, es otro de los mecanismos de expansión punitiva.

Es así que deben introducirse nuevas conductas que antes no eran reguladas y afectan a bienes jurídicos fundamentales que, por ejemplo, con el avance de la ciencia y tecnología evidencian un perfeccionamiento en el modus operandi de los delincuentes y generan como resultado una lesión de mayor impacto en los derechos de los demás; cuestionando entonces, únicamente la tipificación y represión más severa de acciones u omisiones, cuando esto se sustenta y pretende legitimar en necesidades políticas individualistas y no en beneficio del pretendido bien común.

En conclusión, esta corriente del Derecho Penal está compuesta por tipos

⁴¹ ARAUJO GRANDA, María Paulina, REFLEXIONES ACERCA DE LA PELIGROSIDAD EXPANCIÓN DEL PODER PUNITIVO, DERECHO PENAL DE RIESGO, en Revista Ruptura 2007, Libro Manual de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, Pág. 228 a 239.

penales en los cuales no es necesaria la lesión al bien jurídico, diferencia radical a la finalidad y propósito del Derecho Penal común, que se justifica y sustenta en la sola peligrosidad del autor, se manifestada en un acto dirigido a la supuesta realización de un hecho futuro, con el añadido de que cabe anticipar potencialmente y sin límite alguno el comienzo del supuesto peligro.

4.2.4.- LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS DECOMISADAS Y DE SUS MUESTRAS.

Dentro de la norma legal ecuatoriana, existen varias incongruencias y vacíos que afectan a el proceso de destrucción de las sustancias estupefacientes y que inclusive también afectan al debido proceso, sin embargo en este tema me referiré únicamente a los procesos de destrucción de estas sustancias ilícitas.

El Fiscal, antes de resolver la apertura de la instrucción fiscal, si no cuenta aún con elementos suficientes para aquello, puede iniciar una indagación previa, a fin de recoger elementos de convicción que le permitan posteriormente imputar y luego acusar. Es una verdadera investigación preprocesal, que puede durar un año para delitos sancionados con prisión y dos, para delitos sancionados con reclusión.

Si en aquellos lapsos de tiempo investigativo no le ha sido posible reunir suficientes elementos de convicción como para considerar que puede haber presunta materialidad de la infracción o imputar a alguien porque hay presunta responsabilidad en la misma, el fiscal debe solicitar al juez,

mediante requerimiento debidamente fundamentado, el archivo de la indagación previa, cuando ha establecido, merced a la indagación preprocesal, que el acto no constituye delito, o cuando existe algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso; todo esto, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 38 del Código de Procedimiento Penal.

En los casos de los delitos por narcotráfico, y ya dentro de nuestra realidad jurídico procesal, generalmente, se procede al archivo de la indagación previa, en los casos en que se ha decomisado la sustancia estupefaciente o psicotrópica, sin embargo, no se tiene ni el menor indicio de cual podrá ser el presunto responsable de tal ilícito, como acontece por ejemplo, en el envío de drogas por correo, práctica ésta tan común en la actualidad, en la que si bien se confisca la droga, no se sabe ni cuál es el remitente ni cuál es el destinatario, porque para ello, el delincuente generalmente utiliza identificaciones falsas y cuando se siente descubierto, jamás se acerca a responder por su envío.

De tal manera que en esta circunstancia, el fiscal enfrenta un obstáculo legal, al verse imposibilitado de imputar legalmente a alguien el cometimiento de esta infracción, por lo que una vez transcurridos los dos años que dispone la ley, por tratarse de una infracción sancionada con reclusión, tendrá que obligatoriamente desestimar su indagación previa, conforme al procedimiento establecido en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal.

Si analizamos el procedimiento establecido en el aludido Art. 39 del

Código de Procedimiento Penal, para el archivo de la indagación previa, encontramos que en ninguna parte se refiere a qué hacer con la presunta sustancia estupefaciente decomisada.

Tal es así, que ni en esta disposición legal, ni en ninguna otra, tanto del Código de Procedimiento Penal, como de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, lo encontramos; de manera que en estos casos en que la ley no dispone de modo alguno el qué hacer o qué destino dar a la sustancia estupefaciente o psicotrópica decomisada, ésta permanecerá indefinidamente, e incrementando su cantidad, conforme el número de casos se presente, en las bodegas de la Policía de Antinarcoóticos, generando una serie de efectos jurídico sociales negativos, como los veremos posteriormente.

Había manifestado también, que según nuestra Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, únicamente en sentenciarse se ordena al Tribunal Penal la destrucción de las muestras de las sustancias incautadas, no existe ninguna otra disposición legal, dentro del proceso por narcotráfico, que lo permita hacerlo; es decir, se puede ordenar la destrucción de las muestras, únicamente en sentencia; olvidándose el legislador, que existen algunas circunstancias, por las cuales el proceso puede llegar a su fin antes de que se dicte sentencia, tal es el caso por ejemplo, en la extinción de la acción por la muerte del reo, como lo dispone el Art. 96 del Código Penal; o por amnistía o prescripción, al tenor de lo dispuesto en el Art.98 del mismo Código Penal; y en otros casos

más en los que el proceso llega a su fin, antes de sentencia, merced a un sobreseimiento definitivo. Circunstancias éstas, en las que al llegar el proceso a su fin, antes de sentencia, no es posible la destrucción de las muestras, quedando éstas, así mismo, indefinidamente y acumulándose cada vez más, conforme el número de casos se presente, en las bodegas, en esta vez, del CONSEP, con los consiguientes peligros que de ello puede derivarse.

Ante esta realidad jurídico procesal negativa, surge entonces la necesidad de que se introduzcan normas que permitan la destrucción de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas aprehendidas, en las diferentes circunstancias en las que el proceso llega a su fin antes de sentencia y en la sentencia, la misma que debe ser resguardadas de forma íntegra, por tener derecho el imputado de apelar la sentencia; y al no tener la materialidad de la prueba sobre lo que va a fundamentar el Juez de Garantías Penales o Tribunal Penal, e incluso cuando se desestime la denuncia o la indagación previa relacionada con delitos de narcotráfico. Normas que según mi criterio, deben ser introducidas en nuestra Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Código Penal y Procedimiento penal, a fin de evitar, como ya he manifestado, la creciente e indefinida mal destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que han sido aprehendidas.

Destrucción que como he manifestado, genera una serie de inseguridad jurídica para el procesado, incertidumbres y peligros para la sociedad,

como son la mala aplicación del debido proceso, hechos de que puedan ser cambiados, violentados, atacados, por la delincuencia común y por ende sentenciar al procesado a lo mejor por una sustancia, que debe ser demostrada y presentada como efectiva prueba y materialidad de delito de forma pública.

Esto además contribuirá a controlar la manipulación dolosa, por parte de funcionarios, empleados y miembros de las mismas instituciones encargadas de su custodia, que de manera desaprensiva, pueden hacer de ella un instrumentos para chantajes y extorsiones, incrementando con ello la delincuencia y por ende la inseguridad jurídica en nuestra sociedad.

Otra disposición legal que señala la destrucción de la sustancia estupefaciente decomisada, la encontramos en el inciso cuarto del Art. 123 de la aludida Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, al ordenar:

*"En la sentencia se ordenará la destrucción de las muestras de las sustancias incautadas"*⁴²

De manera que, una vez que ha llegado el proceso por narcotráfico a sentencia, en la cual se absuelve o condena al acusado, es obligación del Tribunal que dictó la sentencia, disponer la destrucción de las muestras o contra muestras que permanecen en poder del Delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP, lo que se contrapone a lo establecido y actuado

⁴² LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS DEL ECUADOR. Obra citada, Art. 123, Inc. 4to., Pág.23.

por el fiscal y el juez en primera instancia. Cabe recordar, que estas muestras o contra muestras, son obtenidas de la diligencia de entrega, pesaje, toma de muestras y destrucción de la sustancia estupefaciente decomisada, la misma que es practicada, como hemos visto, durante los primeros quince días de la Etapa de instrucción Fiscal; muestras o contra muestras que permanecen en poder del funcionario antes aludido, como resguardo o previsión de futuros acontecimientos negativos, como la pérdida de las mismas al enviarse al laboratorio para el análisis químico, por ejemplo.

Sin embargo, así mismo, en este caso cabe preguntarse ¿qué sucede con estas contra muestras, en los casos en que el proceso termina y se archiva antes de que llegue a dictarse sentencia, como en los casos de sobreseimiento definido del proceso y del imputado, por ejemplo? Pues, de lo que he podido establecer, no existe disposición legal que faculte al Juez Penal, que dictó tal sobreseimiento definitivo y por ende el archivo del proceso, para que proceda a la destrucción de las muestras o contra muestras, de tal manera que, éstas permanecerán así mismo, de manera indefinida en poder del Delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP, generando una serie de consecuencias negativas, en perjuicio de nuestra sociedad.

4.2.5.- AFECCIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA SANCIÓN DE DELITOS DE SUSTANCIAS PSICOTRÓPICOS Y ESTUPEFACIENTES.

En la actualidad al debido proceso se lo considera como el conjunto de garantías que aseguran a la persona un mínimo de derechos dentro de cualquier proceso administrativo o judicial, con el fin de salvaguardar el derecho de defensa de las partes, lo cual en última instancia permitirá que estos procesos culminen restableciendo el justo equilibrio dentro de un estado social de derecho, es decir, asegurar que la justicia impere.

Hay que tener presente que este derecho trasciende el campo penal aunque gran parte de sus garantías resguardan a los particulares de posibles abusos por parte del Estado en el ejercicio del ius punendi.

La finalidad de tener a la Función Judicial, dentro de la estructura del Estado como poder independiente, es precisamente garantizar que cualquier acto estatal proveniente de los otros poderes del Estado pueda ser impugnado ante un órgano independiente cuyas resoluciones serán de obligatorio cumplimiento y de esta manera responderá la primacía de los derechos humanos, la Constitución y las leyes.

Sin embargo, en nuestro país, el delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es castigado de forma severa y con una notable desproporcionalidad, puesto que no existe una regulación correcta acerca de la pena que debe imponerse, por el monto de droga que se ha encontrado en poder de los procesados, por ejemplo, si se le encuentra a una persona con 10 gramos de cocaína, correrá con la misma suerte que con la de la persona a la que se le ha encontrado en

posesión de 1000 toneladas de la misma u otra sustancia.

La Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, contradice los derechos al debido proceso garantizados por la Constitución de la República del Ecuador y colocan a los acusados en una situación condenada al olvido, aún si son inocentes, de ahí que, el concepto internacionalmente aceptado de presunción de inocencia, no resulta inherente en esta Ley ya que aquí se aplica una persona es culpable hasta que se demuestre su inocencia- ya que quienes se encuentran tras las rejas, privados de su libertad y de recursos económicos para presentar evidencias de su inocencia, tienen escasas posibilidades de ganar contra los recursos y el control del ius puniendi.

Esta normativa además, no se hace distinción entre delincuentes de poca monta, por ejemplo, personas procesadas en posesión de pequeñas cantidades de droga y los traficantes de alto vuelo, ya que no son examinados en relación a su contexto y detalles particulares.

La ley coloca las penas por posesión de cualquier cantidad de drogas a la par que las que corresponden a delitos graves y violentos. Aquellos acusados por cualquier delito relacionado a drogas están impedidos de solicitar libertad bajo fianza, y un infractor no violento acusado de traficar una pequeña cantidad de droga, sin importar el tipo de sustancias, podría recibir la misma sentencia, o a veces una mayor, que aquella correspondiente a quien comete los delitos de violación o asesinato

En este contexto, el debido proceso como un sistema de trascendental importancia frente a los casos de narcotráfico debe ser reformado a fin de evitar la vulneración de derechos y garantías reconocidos por la Constitución de la República a fin de su eficacia y control del derecho que todos tenemos al debido proceso.

El principio de proporcionalidad *“Responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos. Encuentra su justificación en distintos preceptos de la Constitución”*⁴³.

Es aquel elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal.

El principio de proporcionalidad en la Ley de Sustancia Estupefacientes y Psicotrópicas no existe, con la vigencia de la Constitución del 2008, se

⁴³ ZAVALA. Egas. Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo. Guayaquil-Ecuador. 1ra. Impresión. 2010. Pág. 103.

debe reformar esta Ley a fin de evitar contradicciones entre este cuerpo legal y leyes secundarias, considerando que en el Art. 76 numeral. 6, de la Constitución de la República, se establece la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales y en el Art. 66 numeral. 3, literal. c), prohíbe las penas crueles.

No obstante, debo señalar que el principio de proporcionalidad debe ser analizado por los Jueces tomando en cuenta un análisis minucioso del delito, o de la operatividad que puede observarse nítidamente, valorando la antijuricidad material del comportamiento delictivo, dentro del límite entre lo legal y lo ilegal, ya que al ser un Estado constitucional de derechos y justicia social, no pueden romper una medida de carácter legal, toda vez que si la ley señala una pena determinada por un delito determinado ésta debe ser proporcional y debe manejarse dentro del rango establecido para la pena por cada delito, es decir, si amparados en el principio de proporcionalidad, debe imponerse el límite mínimo establecido para la pena, en los casos de que la cantidad de droga encontrada en poder del procesado/acusado es insignificante e inofensiva contra la salud pública, por otra parte, bajo el mismo principio de proporcionalidad se puede imponer el límite máximo, toda vez que si se encuentra en poder de una persona toneladas de droga, esta cantidad es demasiado significativa y realmente dañina para la salud pública, en este caso imponer una pena mínima, resultaría contraria al espíritu de la Constitución.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. UN ENFOQUE A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Con el objetivo de presentar un estudio adecuado para la presente tesis, analizaré lo referente al debido proceso como punto de partida para luego hablar de las adicciones y del sistema penal ecuatoriano.

En nuestra Constitución de la República del Ecuador, bajo el título de derechos de protección, el legislador ha insertado los principios y derechos básicos del debido para cuyo análisis me permitiré efectuar un análisis sintético de los mismos:

1.) Derechos de las personas privadas de la libertad.- Las personas privadas de libertad están consideradas como grupos de atención prioritaria que de conformidad al Art. 51 de la Constitución de la República del Ecuador, *“Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos:*

- 1. No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria.*
- 2. La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho.*
- 3. Declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad.*
- 4. Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad.*

5. La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.

6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.

7. Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia”⁴⁴

Estos derechos reconocidos en nuestra Constitución, responden a la humanización del sistema penal y penitenciario que alcanzo su esplendor con el surgimiento de los postulados de la criminología crítica, en especial del minimalismo penal que propugna la aplicación de un derecho penal de última ratio y el mejoramiento de los niveles de vida de las personas privadas de libertad por efectos de las medidas cautelares y de las sentencias condenatorias que imponen las penas de privación de libertad.

El Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, hace referencia a la aplicación del debido proceso, en la cual se incluye las siguientes garantías básicas:

“1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”⁴⁵

⁴⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ediciones Legales. Quito-Ecuador. 2010. Pág. 20

⁴⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 20

Es indudable que las autoridades que forman parte de los organismos jurisdiccionales, fiscalías, etc., deben asegurar el cumplimiento de los derechos de las personas que están sometidas a una contienda judicial que genera obligaciones y derechos a las partes que se deben cumplir en la sociedad para hacer cumplir el ideal de justicia.

“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”⁴⁶

El derecho al estado de inocencia es un derecho vital que se reconoce a las personas que están siendo procesadas, también es una limitación al poder punitivo del Estado que obliga a la Fiscalía a reunir los elementos de convicción necesarios para fundamentar las acusaciones que conlleven a la sanción del reo. Lamentablemente en nuestro país, no existe un respeto al derecho a la inocencia, puesto que al iniciarse una contienda judicial, se tiene la óptica de que el demandado, denunciado o acusado es culpable de la acción u omisión que la ley tipifica y sanciona.

“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

⁴⁶ IBÍDEM, Pág. 20

*procedimiento*⁴⁷

Este derecho no es otro que el famoso principio de legalidad o necesidad que obliga a una actuación adecuada de la Fiscalía al determinar si la conducta (acción u omisión) están previstas en la Ley penal como delito sancionada con una pena privativa de libertad así como también impone la obligación de los jueces de garantías penales de velar por el cumplimiento de este principio para evitar arbitrariedades del Estado en su pretensión punitiva.

*“4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”*⁴⁸ Esto nos ubica en el principio de valoración de las pruebas que el juzgador debe efectuar de los medios de prueba aportados por la Fiscalía y por el procesado con el objetivo de determinar su legalidad y que las mismas no sean ilícitas y contrarias al ordenamiento jurídico de nuestro país.

*“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, aún 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”*⁴⁹

Este derecho se basa en el principio indubio pro-reo, principio que otorga

⁴⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 20

⁴⁸ IBÍDEM, Pág. 20

⁴⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 20

beneficios a los reos al momento de ser sancionados con la aplicación de leyes benignas que determinen penas leves así como también reconoce beneficios a aquellas personas sentenciadas de acogerse a leyes posteriores que reduzcan su pena. También este principio reconoce que en caso de dudas, la misma beneficiará al procesado o reo en el sentido más favorable.

*“6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”*⁵⁰ El principio de proporcionalidad caracterizado en este derecho, obliga al Estado a determinar penas que vayan de acuerdo al nivel de infracción cometida, procurando que la pena no sea exagerada y que no tenga ninguna relación con la infracción producida.

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”*⁵¹ Este derecho está identificado al derecho del procesado o inculcado de ejercer su derecho a la defensa sin limitaciones algunas durante las etapas de instrucción fiscal, etapa preliminar, etapa de juzgamiento y etapa de impugnación que el Código de Procedimiento Penal determina como válidas para cumplir con la pretensión punitiva del Estado o con la fundamentación del estado de inocencia de las personas

⁵⁰ IBIDEM, Pág. 20

⁵¹ IBIDEM, Pág. 20

procesadas.

*“b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.”*⁵² Todo procesado debe gozar del tiempo necesario para recolectar o reunir los medios de prueba necesarios para ejercer su defensa así como la de elaborar una teoría del caso que le permita ejercer su defensa ante los Tribunales de Garantías Penales del ser el caso.

*“c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”*⁵³ Este derecho nos permite introducir el principio de igualdad que conlleva a dar un trato igual a los desiguales permitiendo escuchar a las personas en el momento oportuno y sin dilaciones o vulneraciones a este principio.

*“d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.”*⁵⁴ Este derecho involucra al principio de publicidad que como tal, busca generar una confianza en el sistema de justicia así como permite la participación de la ciudadanía y de los medios de comunicación en la investigación y sanción de los delitos, este derecho tiene su aplicación en las etapas de instrucción fiscal, etapa preliminar, etapa de juzgamiento y etapa de impugnación. En la indagación previa no se aplica el principio de publicidad debido a que la Ley declara la reserva para

⁵² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 21

⁵³ IBIDEM, Pág. 21

⁵⁴ IBIDEM, Pág. 21

garantizar la adecuada investigación de las causa penales y lo único que se reconoce es un principio de publicidad interno, en la cual las partes, pueden revisar las actuaciones del fiscal y exigir las prácticas de diligencias necesarias para el esclarecimiento del delito y para determinar el grado de responsabilidad de los infractores.

“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”⁵⁵ Es indudable que el derecho a la defensa implica que las personas no pueden ser interrogadas contra su voluntad, por cualquier autoridad, para proceder al interrogatorio es necesario que el procesado cuente con su defensor particular o de oficio que asesore sobre las garantías que la ley otorga para rendir su versión o para acogerse al derecho al silencio. Considero en caso que exista un interrogatorio en contra de la voluntad, si contar con u defensor de oficio, se genera una nulidad procesal que vicia el proceso y que debe ser declarada por el juez o exigida por la parte que se crea perjudicada.

“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”⁵⁶

⁵⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 21

⁵⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 21

En casos especiales, existen personas que por ser extranjeras o por ser nativas con un idioma diferente, necesitan la ayuda de un traductor o interprete que se encargue de expresar los aspectos centrales que esa persona explique a la autoridad así como también estos traductores o intérpretes son necesarios para explicar a estas personas sobre el proceso instaurado en su contra para que opere el debido proceso de forma legal.

“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”⁵⁷

El derecho a ser asistido por un abogado es una garantía básica del debido proceso que ubica en una relación de confianza entre el procesado y el abogado para la defensa de las personas en las contiendas judiciales.

“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”⁵⁸ Este derecho está identificado con el principio de contradicción que permite a las partes gozar del derecho de contradecir y efectuar diligencias orientadas a desvanecer las imputaciones que una de las partes efectúa. Este derecho implica a contradecir las pruebas que aporta la otra parte

⁵⁷ IBIDEM, Pág. 20

⁵⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 20

así como alegar de forma escrita u oral los fundamentos de hecho y de derecho de los cuales se crea asistido para ejercer su derecho a la defensa.

*“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”*⁵⁹ Este derecho está involucrado con el principio “non bis in idem” que implica que ninguna personas puede ser sancionada dos veces por la misma causa o materia sino que tiene que respetarse los derechos de las personas que anteriormente han sido sentenciadas por un delito a no ser sancionados por segunda ocasión por el mismo delito.

*“j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo”*⁶⁰ Este derecho impone obligaciones directas a los testigos o peritos para que se presenten ante el juez, siendo objeto de interrogatorios y conainterrogatorios, tendientes a cumplir con los objetivos propios de la defensa y del proceso.

*“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”*⁶¹ Este derecho implica que solo los jueces competentes en la materia pueden juzgar los actos que son puestos a su conocimiento por efectos de la competencia y la jurisdicción. Su actividad de juzgamiento debe ser

⁵⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 20

⁶⁰ IBIDEM, Pág. 21

⁶¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 21

imparcial y apegada a la ley para evitar arbitrariedades que conlleven a impunidades que vicien el proceso.

“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 consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”⁶² La motivación de las resoluciones es un derecho vital de todas las personas que el Estado reconoce para evitar que las sentencias o resoluciones no vulneren los derechos de las personas, por ende toda resolución judicial o administrativa debe contener obligatoriamente las normas o principios jurídicos en que se funda su emisión y la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho que suscito se emita la sentencia.

“m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”⁶³ La impugnación de los fallos es un derecho constitucional que permite a las personas interponer recursos impugnatorios para conseguir una resolución definitiva de la administración de justicia que ampare sus derechos y garantías de forma preferente y real.

El Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador, establece

⁶² IBIDEM, Pág. 20

⁶³ IBIDEM, Pág. 20

algunas garantías básicas para las personas privadas de libertad por efectos del proceso penal que a continuación se detalla:

*“1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva”*⁶⁴ Con la aplicación del derecho de mínima intervención penal, se ha logrado en nuestro país cambiar algunos aspectos jurídicos como la prisión preventiva que es aplicada solo en casos excepcionales y cuando sea necesaria, siempre y cuando se tenga la certeza de que existe el riesgo de una fuga o del que el reo no se presente ante la autoridad judicial o competente afectando al seguimiento del proceso, en especial en la audiencia de juzgamiento. La prisión preventiva procederá por orden escrita de jueza o juez competente y deberá cumplir con los requisitos que la ley señale para su ejecución en el tiempo. Las personas que hayan sido detenidos en delito flagrante, necesariamente deben ser objeto de una fórmula de juicio durante las 24 horas de su detención que los ubique como presuntos infractores para que proceda la prisión preventiva o en su defecto para que se apliquen

⁶⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 21

medidas cautelares alternativas a la prisión.

*“2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos”*⁶⁵ Este derecho trascendental tiene como objetivo garantizar los derechos de las personas, en especial el derecho a la libertad, restringiendo al máximo las detenciones arbitrarias o ilegales no ha sido expedidas por un las juezas o jueces. Así mismo nuestra legislación se ha hecho eco de los criterios vertidos en el sentido que se reconozca el derecho de las personas detenidas de permanecer en centros provisionales, cuando recién se ha iniciado en su contra procesos de carácter penal.

*“3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio”*⁶⁶ El derecho a conocer en forma clara y en el lenguaje sencillo las razones de la detención, identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio, permiten al procesado ejercer

⁶⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 22

⁶⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 22

su derecho a la defensa, obteniendo la información necesaria para que a través de un abogado defensor de confianza, ejerza las acciones tendientes a impugnar la detención o en su defecto ejercer una defensa sin dilaciones para determinar el estado de inocencia.

*“4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país”*⁶⁷ El derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar, forman parte del derecho a la defensa reconocidos a todas las personas que son detenidas por los agentes de policía, quienes están en la obligación de facilitarles todo tipo de acción para que pueda defenderse de las imputaciones o acusaciones que se efectúan en su contra.

*“6. Nadie podrá ser incomunicado”*⁶⁸ Toda persona privada de su libertad tiene derecho a la comunicación con sus familiares, amigos y con su abogado defensor, por ende se garantiza que ninguna autoridad pública incomunique a los detenidos, bajo las prevenciones de sanciones que se prevean para garantizar este derecho.

⁶⁷ IBIDEM, Pág. 22

⁶⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 22

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

*“a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento”*⁶⁹ Como ya se menciono anteriormente este derecho permite que al procesado se le haga conocer en su idioma, las acciones y procedimientos que se vienen ejecutando en su contra y cuál es el juez competente que sustancia la causa.

*“b) Acogerse al silencio”*⁷⁰ El derecho al silencio guarda relación con el derecho a no autoincriminarse, por lo cual el detenido puede elegir en rendir su versión ante un fiscal así como dar su declaración ante el juzgador o simplemente a guardar silencio sobre los hechos que se investigan y que son materia de juzgamiento por los jueces respectivos.

*“c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal”*⁷¹ Este derecho se vincula directamente con el derecho a no autoincriminarse y a no declararse confeso ante los fiscales, jueces y tribunales de garantías penales, sobre los hechos que motivan la investigación procesal y el juzgamiento respectivamente. Por lo cual no se pueden aceptar métodos ilegales, no previstos en la ley que conlleven al procesado a declararse confeso en contra de su voluntad.

⁶⁹ IBIDEM, Pág. 22

⁷⁰ IBIDEM, Pág. 22

⁷¹ IBIDEM Pág. 22

“8. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente”⁷² Este derecho, con el cual estoy de acuerdo, permite proteger a los procesados de las declaraciones que puedan vertir sus familiares en el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, salvo las excepciones en caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género, en la cual la Ley si permite la declaración de los familiares del procesado para demostrar el grado de participación en el delito, sea como autor, cómplice o encubridor.

“9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto”⁷³

La limitación de la prisión preventiva obedece a la necesidad de evitar que una persona este privada de su libertad por un plazo superior a seis meses en las causas penales sancionadas con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión, sin que hasta el momento

⁷² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 22

⁷³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 22

se haya condenado a los procesados por el cometimiento del delito, situación que en cierto sector ha generado polémica, porque supuestamente se deja en libertad a personas peligrosas, sin embargo considero que esta caducidad de la prisión preventiva permite que los órganos jurisdiccionales y los fiscales cumplan con su rol previsto en la Constitución así como permite otorgar la libertad aquellas personas que han estado detenidas por un largo tiempo sin formula de juicio.

“10. Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso”⁷⁴

Este derecho que es un reconocimiento nuevo a la libertad fue directamente aplicado con el objetivo de garantizar que al momento de emitirse el sobreseimiento y la sentencia condenatoria, el procesado pueda recuperar su libertad así exista impugnación interpuesta por alguna de las partes procesales.

“11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.

Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá

⁷⁴ IBIDEM, Pág. 22

*la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley*⁷⁵

Producto del avance del minimalismo penal, en nuestro país, se han efectuado reformas tendientes a aplicar penas alternativas así como se ha humanizado algunas medidas cautelares, en la cual la prisión preventiva a quedado como medida excepcional que el juez la decretará, cuando se compruebe que esta medida es necesaria para la intermediación del procesado al proceso y por ende el juez aplica otras medidas cautelares como la prohibición de salida del país, la obligación del procesado de presentarse ante la fiscalía o juzgado, cada siete o quince días. Así mismo se establece que las personas sentenciadas con penas privativas de libertad deberán ser recluidas en Centros de Rehabilitación Social, de acuerdo a su peligrosidad.

“13. Para las adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida.

*El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas*⁷⁶ Nuestro sistema penal acoge la teoría que las adolescentes y los adolescentes son inimputables, situación jurídica que solo acepta la imposición de medidas socioeducativas a los infractores, medidas socioeducativas que están tipificadas en el Código de la Niñez y

⁷⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 22

⁷⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 22

Adolescencia del Ecuador, que ubica al internamiento en centros correccionales, como última medida que el Estado puede adoptar para resocialización y rehabilitación de los adolescentes. El derecho de los adolescentes infractores determina que la medida socioeducativa de internamiento será cumplida en centros de rehabilitación diferentes a las personas adultas para evitar acciones que atenten contra su integridad personal.

“14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre. Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios.

Para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se aplicará lo dispuesto en la ley”⁷⁷ Uno de los aspectos importantes dentro de la sanción a los infractores, cuando existe impugnación a las sentencias, es que al momento de que el juez competente, responsable de resolver los recursos de impugnación, no puede agravar la pena impuesta por el juez inferior, lo que permite al reo cumplir con la pena impuesta en primera instancia. También se prevé la aplicación de sanciones penales y administrativas para las personas o funcionarios públicos que ilegalmente han detenido a personas inocentes o por acciones de poder, inclusive nuestro Código Penal tipifica la

⁷⁷ IBIDEM, Pág. 22

detención arbitraria como un delito sancionado con pena de prisión.

Cabe mencionar que para los agentes de Policía Nacional y Fuerza Terrestre, en cuanto se trate de arrestos disciplinarios, se deberá aplicar la ley que legalice este tipo de acciones, sin afectar los derechos constitucionales reconocidos por el Estado ecuatoriano.

El Art. 364 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que *“Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos.*

En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.

El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco”⁷⁸

Las adicciones están consideradas como enfermedades que son objeto de atención prioritaria por el Estado, puesto que pasan como un problema de salud pública, en la cual, el Estado debe otorgar el tratamiento y rehabilitación en estos temas, esta norma, según mi criterio mantiene una posición preventiva e inclusive rehabilitar, puesto que la política se basa en prevenir todo tipo de adicción y rehabilitar a aquellas personas que están inmersas en el consumo de alcohol, tabaco y sustancias

⁷⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 60

estupefacientes y psicotrópicas. Actualmente esta norma no tiene mucha aplicación.

4.3.2.- ESTUDIO ANÁLITICO DE LA DESTRUCCIÓN DE LAS SUSTANCIAS NARCÓTICAS O ALCALOIDES EN LA LEY DE SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS Y ESTUPEFACIENTES, SU REGLAMENTO Y NORMAS CONEXAS

La Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, fue aprobada en el período presidencial del Doctor Rodrigo Borja y publicada en el Registro Oficial 523, del 17 de septiembre de 1990, son muy pocas las reformas que se han efectuado en esta ley, sin embargo su aplicación es imperativa en el Ecuador pese a sus vacíos y contradicciones, por ello, presentare un breve análisis de los artículos más importantes para el presente estudio, señalando que la referida Ley de Sustancias Estupefaciente y Psicotrópicas tiene como objetivo *“Combatir y erradicar la producción, oferta, uso indebido y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas”*⁷⁹

⁷⁹ LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS. Versión digital. 2011. Art. 1

LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS QUE REGULA EL DECOMISO, DESTRUCCIÓN Y RESGUARDO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES PSICOTRÓPICAS.		
Art. 14.	<p>“Numeral 15. La Secretaría Ejecutiva-CONSEP.- Actúa como depositaria de las sustancias o bienes objeto de aprehensión, incautación y comiso e intervenir en la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hayan sido objeto de aprehensión, incautación y comiso;</p>	<p>ANÁLISIS: Conforme a esta normativa la Secretaría Ejecutiva del CONSEP, tiene un papel preponderante en cuanto al resguardo y protección de muestras en los procesos judiciales.</p>
Art. 108	<p>Acta de destrucción de sembríos y laboratorios.- Cuando las autoridades de la investigación procedan a la destrucción de plantas, sustancias o laboratorios, dejarán constancia de ello en una acta que se agregará al proceso, y que contendrá, además de la identidad del propietario o presunto responsable, una descripción prolija de las plantas, el estado de los sembríos y la extensión del terreno cultivado, de las sustancias, equipos, instalaciones y otros bienes que se encontraren en los sembríos y en los laboratorios y de los medios utilizados para esa destrucción. Previamente a la destrucción se tomarán muestras para el análisis.</p> <p>Las sustancias sujetas a fiscalización serán destruidas cuando haya imposibilidad o riesgo fundado para su transporte para entregarlas al fiscal competente.</p> <p>Quienes suscriban el acta serán civil y penalmente responsables por la veracidad de su texto.</p>	<p>ANÁLISIS: Se debe tener muy en cuenta lo que determina este artículo de la ley, puesto que de no cumplir con esta normativa de procedibilidad podría estimarse como de nulidad absoluta lo actuado dentro de un proceso penal.</p>
Art. 120	<p>Medidas cautelares.- Una vez que el Fiscal haya dictado la resolución de instrucción, solicitará al Juez Penal la adopción de las medidas cautelares de prisión preventiva y las reales de secuestro, prohibición de enajenar y retención; y de manera especial, la prohibición de enajenar todos los bienes del imputado y la inmovilización de sus cuentas monetarias y bancarias y de las acciones y participaciones sociales.</p> <p>De lo actuado se dejará constancia en acta.</p>	<p>ANÁLISIS: Por medio de esta normativa se faculta al señor juez de garantías penales establecer conforme a las pruebas de convicción señaladas y aportadas por el fiscal, lo que conforme a la normativa legal lo estableciere como la más acertada, puesto que esta decisión permitirá el resguardo y el desarrollo normal de la investigación.</p>
Art. 121.	<p>Destrucción de sustancias sujetas a fiscalización.- Dentro de los quince días siguientes a la resolución de la instrucción, a pedido del Fiscal, el Juez dispondrá que se proceda a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hubieren sido aprehendidas, salvo que, si se tratare de insumos, precursores químicos u otros productos químicos específicos, el Consejo Directivo del CONSEP podrá disponer, dentro de los sesenta días siguientes a su recepción, la utilización por una entidad del sector público, su enajenación para fines lícitos o su destrucción. La enajenación se realizará en la forma que decida este organismo y a favor de las personas naturales o jurídicas previamente calificadas.</p> <p>Para la destrucción se verificará la integridad de la envoltura y la identidad de la sustancia, y se comprobará el peso bruto y el peso neto, verificando si corresponde al que consta en el informe de investigación. En esta diligencia intervendrán el Juez, el delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP y el Secretario del Juzgado.</p>	<p>ANÁLISIS: En este artículo de la Ley, está el vacío jurídico que se podría determinar como el crítico, en cuanto a la procedibilidad dentro de la causa penal, por cuanto al realizar la destrucción en instrucción fiscal, por pedido del fiscal y dispuesto por el juez, se terminaría con la materialidad de la prueba de una forma total, esto es dejando en total indefensión de poder determinar alguna anomalía o mala aplicación de pericias con reactivos químicos a tal o cual sustancia, puesto que como se va a señalar en el Art, 123 de esta misma Ley, se determina otra situación de destrucción luego de sentencia del procesado.</p>
Art. 123.	<p>Sentencia.- El Tribunal o la correspondiente Sala del fuero, al dictar sentencia, en la apreciación de los hechos y las pruebas atenderán las reglas de la sana crítica.</p> <p>En la sentencia se ordenará la destrucción de las muestras de las sustancias incautadas.</p> <p>Inmediatamente después de dictada la resolución de instrucción</p>	<p>Es muy importante señalar que como la presente Ley, deja bajo la discreción y sana crítica del Juez o Tribunal la destrucción o conservación de lo aprehendido, en post de un debido</p>

	fiscal, el Juez ordenará la entrega en depósito a la Secretaría Ejecutiva del CONSEP de todos los bienes incautados ⁸⁰ .	proceso para mi criterio y como propuesta del presente trabajo de tesis, es la de mantener todo lo incautado a lo largo del proceso penal y conforme al principio de legalidad poder determinar al momento de la audiencia de juicio la cosa y cantidad motivo por el cual los jueces sentencien de forma debida, señalando que al ser destruida la cosa y cantidad inicial y al momento de la audiencia de juicio presentar una muestra de inferior peso, se atenta el principio de proporcionalidad sobre la cual versa el proceso penal, y que es sobre lo cual se debe fundamentar en la audiencia de juicio, denotando que la materialidad de la prueba genera responsabilidad penal.
REGLAMENTO A LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS QUE REGULA EL DECOMISO, DESTRUCCIÓN Y RESGUARDO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES PSICOTRÓPICAS.		
Art. 15	<p>“FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA SECRETARÍA EJECUTIVA.- Las funciones y atribuciones de la Secretaría Ejecutiva, a más de las determinadas en el Art. 16 de la Ley, son:</p> <p>2.- Coordinar con el Ministerio Público para que sus representantes concurren, obligatoriamente, a la práctica de toda diligencia orientada a comprobar las infracciones contempladas en la Ley, a fin de que los vestigios y demás pruebas no se pierdan, alteren o destruyan;</p> <p>5.- Conservar los talonarios de los recetarios devueltos a la Secretaría Ejecutiva por los profesionales y las recetas recaudadas de las farmacias, por el período de diez años. Previa su destrucción se conservarán en microfilms;</p>	
Art. 19	<p>ATRIBUCIONES DEL SECRETARIO EJECUTIVO Son atribuciones del Secretario Ejecutivo, a más de las determinadas en la Ley, las siguientes:</p> <p>4.- Delegar un funcionario del CONSEP que intervendrá en la diligencia de destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, conjuntamente con el juez y el secretario del juzgado;</p>	
Art. 78	<p>El CONSEP elaborará el formulario del acta de aprehensión que, en lo principal, contendrá lo siguiente:</p> <p>a) Lugar, día y hora en que se realizó la aprehensión;</p> <p>b) Identidad del infractor y de los presuntos infractores;</p> <p>c) Descripción prolija de las sustancias, y demás evidencias materiales que se hubieren encontrado, con indicación de cantidad, peso o volumen;</p> <p>d) Nombres y apellidos del o los testigos que hubieren presenciado la comisión del ilícito, en caso de delito flagrante; y,</p> <p>e) Los nombres y apellidos de los miembros de la Fuerza Pública o de la Policía Militar Aduanera que hubieren intervenido en la diligencia.</p>	

⁸⁰ LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS DEL ECUADOR, Ediciones legales. Quito – Ecuador, págs., 10, 20, 21 y 22

Art. 80	<p>Los equipos, maquinaria, instrumentos y otras especies materiales del ilícito, quedarán en depósito provisional en el organismo de control que hubiere intervenido en el operativo. Este prevalecerá hasta que el juez resuelva sobre el depósito al CONSEP.</p> <p>El incumplimiento de esta norma constituirá desacato.</p> <p>Las armas, municiones, explosivos y accesorios que fueren incautados en los operativos serán entregados a las Fuerzas Armadas.</p>
Art. 81.-	<p>El acta a la que se refiere el Art. 106 de la Ley será elaborada en un formulario distribuido por el CONSEP y contendrá, a más de lo determinado en dicho artículo, la ubicación del inmueble destinado al ilícito, la cantidad, peso o volumen de las sustancias, los nombres, apellidos y las firmas de los miembros de la Fuerza Pública y más funcionarios que intervinieron en la destrucción.</p> <p>Se dejará, también, constancia de la cantidad, peso o volumen de las muestras que se tomen para el análisis respectivo.</p> <p>A esta acta, que se agregará al proceso, se adjuntarán, las filmaciones y más grabaciones que se hubieren obtenido.</p> <p>Copia del acta y/o informes de las diligencias previstas en las disposiciones anteriores se enviarán al CONSEP.</p>
Art. 86	<p>Cuando se proceda a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización se observarán los procedimientos técnicos determinados por el CONSEP, quien tomará, también, en cuenta los preceptos determinados en la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental⁸¹.</p>
ESTATUTO ORGÁNICO POR PROCESOS DEL CONSEP	
Art. 3.-	<p>“Estructura organizacional. MISION, VISION Y OBJETIVOS INSTITUCIONALES</p> <p>6. Ser depositaria de las sustancias y administrar los bienes objeto de aprehensión, incautación y comiso e intervenir en la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hayan sido objeto de aprehensión, incautación y comiso.</p>
Art. 11	<p>Funciones y atribuciones de la Secretaria Ejecutiva</p> <p>17. Actuar como depositaria de las sustancias o bienes objeto de aprehensión, incautación y comiso e intervenir en la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hayan sido objeto de aprehensión, incautación y comiso.</p>
Art. 12.	<p>SECRETARIO EJECUTIVO. Atribuciones del Secretario Ejecutivo:</p> <p>8. Delegar un funcionario del CONSEP que intervendrá en la diligencia de destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, conjuntamente con el Juez y el Secretario del juzgado.</p>
Art. 31	<p>Subprocesos.</p> <p>2. Subproceso de Bienes Muebles e Inmuebles:</p>

⁸¹ REGLAMENTO A LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, págs., 13, 24, 25, y 26

	<p>2.6 Participar en las diligencias judiciales de destrucción de las sustancias estupefacientes.</p> <p>2.9 Impartir directrices para la ejecución de las actividades y el seguimiento a todos los procesos que se desarrollen en los procesos desconcentrados para la administración de bienes, destrucción de drogas, entre otros⁸².</p>
REGLAMENTO DE DEPOSITO DE BIENES APREHENDIDOS E INCAUTADOS ENTREGADOS AL CONSEP	
Art. 1	<p>CAPITULO I</p> <p>AMBITO DEL DEPOSITO El presente Reglamento regula el depósito de los bienes de origen privado aprehendidos e incautados, entregados al CONSEP por orden del Juez competente. Por depósito se entiende la custodia de los bienes improductivos; y, la administración de los productivos, para cuyo efecto la Secretaría Ejecutiva dispondrá la apertura de las cuentas corrientes que se requieran e instruirá sobre su manejo y</p>
Art. 2	<p>Corresponde a la Secretaría Ejecutiva del CONSEP, a través de la Dirección de Administración de Bienes en Depósito, la custodia y administración de los bienes referidos en el artículo anterior.</p> <p>El Secretario Ejecutivo podrá contratar los custodios o depositarios - administradores que se requieran, asimismo declarar terminados los respectivos contratos por negligencia o incorrecciones imputables al contratado, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar</p>
Art. 5	<p>CAPITULO II</p> <p>DEL DEPOSITO DE BIENES SECCION I DE LAS ACTAS DE ENTREGA – RECEPCION</p> <p>Una vez ordenados por el Juez la incautación y el depósito de los bienes a que se refiere el artículo 104 de la Ley 108, la Secretaría Ejecutiva del CONSEP, por intermedio de los servidores de la Dirección de Administración de Bienes en Depósito, de la jurisdicción correspondiente, procederá a su recepción, previa suscripción del acta respectiva que contendrá el inventario de los bienes.</p> <p>Atendiendo la naturaleza de los bienes, el Secretario Ejecutivo podrá nombrar una comisión para la entrega - recepción, integrada por servidores del CONSEP, y si es el caso, por el custodio o depositario - administrador contratados. Quienes serán personal y pecuniariamente responsables por sus actuaciones y por la veracidad de las afirmaciones que consignen en las correspondientes actas, en las que constará el inventario pormenorizado de lo que fuere materia del depósito. De ser necesario se contará con la presencia de un representante del Ministerio Público, así como de asesores técnicos, correspondiendo al Secretario Ejecutivo solicitar la colaboración de otras entidades del sector público o contratar la prestación de servicios que se requiera.</p>
DESTRUCCION DE DROGAS CONFISCADAS SIN ENCONTRAR RESPONSABLES. RESOLUCIÓN CORTE NACIONAL DE JUSTICIA: Registro Oficial Suplemento 296-08-oct-2010	
Art. 1	<p>“Cuando en la indagación previa no se haya podido establecer la responsabilidad de persona alguna en la comisión de los delitos establecidos en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y habiéndose decomisado sustancias sujetas a fiscalización, tanto el Fiscal como el Juez procederán a la destrucción de aquellas sustancias que se encuentren depositadas en las bodegas del CONSEP o de la Policía Nacional, dentro de los quince días de haberse iniciado la indagación previa, cumpliendo todas las formalidades establecidas en los artículos 118 y 121 de la referida ley; y en cuanto a los demás bienes, éstos se entregarán en depósito al CONSEP para que cumplan con lo dispuesto en los artículos 14 numeral 15, 106 y 121 inciso primero, de la mencionada Ley, y, en lo que fuere pertinente, se aplicará lo establecido en el</p>

⁸² ESTATUTO ORGÁNICO POR PROCESOS DEL CONSEP, págs., 4, 10, 11 y 19

	artículo 81 del Reglamento para la aplicación de la mencionada Ley.
Art. 2	En lo que se refiere a la destrucción o utilización de los insumos, precursores químicos y otros productos específicos sujetos a fiscalización, se procederá de la misma manera y en los mismos plazos establecidos en el artículo 121 en concordancia con el 118 de la Ley de Sustancias Estupefacientes o Psicotrópicas.
Art. 3	De igual manera se procederá con todas las sustancias sujetas a fiscalización que, a la presente fecha se encuentren depositadas con anterioridad, en las bodegas del CONSEP o de la Policía Nacional. Esta Resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial. Dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones de la Corte Nacional de Justicia, a los treinta días del mes de septiembre del año dos mil diez ⁸³ .
REGLAMENTO SUSTITUTIVO DEL REGLAMENTO PARA LA VENTA U OTRAS FORMAS DE ENAJENACION DE LOS BIENES APREHENDIDOS POR INFRACCIONES A LA LEY 108. Reg. Ofic. 103. 14 de Sep. 2005.	
Art. 52.-	"Destrucción.- Para la destrucción de sustancias sujetas a fiscalización se estará a lo dispuesto en el Art. 121 de la Codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y en el Reglamento de Depósito de Bienes Aprehendidos e Incautados Entregados al CONSEP. En todo caso, las sustancias podrán ser destruidas en el lugar y en el acto de aprehensión, cuando haya imposibilidad o riesgo fundado para su transporte y entrega al Juez competente. Los agentes a cargo del operativo dejarán constancia de la diligencia en un acta, debidamente actuada y detallada, bajo prevenciones de ley. Cuando el transporte fuere posible la Policía Nacional, en el plazo de veinticuatro horas, contado a partir de la aprehensión, entregará las sustancias al CONSEP en depósito provisional, hasta que el Juez de la causa disponga, en el auto inicial, su destrucción. Resolución: CONSEJO DIRECTIVO DEL CONSEP" ⁸⁴ .
REGLAMENTO CONTROL Y FUNCIONAMIENTO ESTABLECIMIENTOS FARMACEUTICOS. Registro Oficial 513. 23 de enero de 2009.	
Art. 23	"Son deberes y obligaciones del químico farmacéutico o bioquímico farmacéutico responsable de la farmacia: f) Responsabilizarse del control permanente de recetas despachadas y al final de cada año, solicitar a la respectiva Dirección Provincial de Salud el permiso para proceder a su destrucción; g) Responsabilizarse del control permanente de las recetas específicas para la dispensación de medicamentos que contienen sustancias estupefacientes y psicotrópicas; de este control presentará informes mensuales al Instituto Nacional de Higiene, dentro de los diez primeros días de cada mes". ⁸⁵
NORMA ANDINA PARA CONTROL EN FABRICACION ILICITA DE ESTUPEFACIENTES. Registro Oficial 110. 23 de Sep. 2005	
Art. 26.-	"CAPITULO IX SUBCOMITE TECNICO DE SUSTANCIAS QUIMICAS El Subcomité Técnico de Sustancias Químicas es la instancia encargada de emitir opinión técnica no vinculante en materia relacionada con las sustancias químicas controladas. Su conformación y organización serán determinados por el Comité Ejecutivo del Plan Andino de Cooperación para la Lucha Contra las

⁸³ Registro Oficial Suplemento 296-08-oct-2010

⁸⁴ Registro Oficial 103. 14 de Septiembre 2005.

⁸⁵ Registro Oficial 513. 23 de enero de 2009.

	<p>Drogas Ilícitas y Delitos Conexos, y le corresponderá:</p> <p>b) Realizar estudios periódicos especializados para asesorar a autoridades administrativas nacionales y la Secretaría General, para identificar las tendencias y modalidades observadas en la Región Andina en materia de:</p> <p>ii. Disposición final de las sustancias químicas controladas, teniendo en cuenta medidas que protejan el medio ambiente, cuando ésta implique la destrucción técnica de sustancias”⁸⁶</p>
<p>ACUERDO SUDAMERICANO SOBRE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICOS. Reg. Oficial 462. 28 de Diciembre de 1973</p>	
4	<p>“PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL.</p> <p>I - LEGISLACION PENAL</p> <p>4. Consecuencias de los hechos punibles</p> <p>c) Destrucción inmediata de plantaciones y cultivos;</p> <p>d) Destrucción inmediata de las materias primas y sustancias que no tengan aplicación terapéutica”⁸⁷;</p>
<p>CONVENIO SOBRE ERRADICACION DE DROGAS CON ESTADOS UNIDOS. Reg. Ofic. 49. 18 de octubre de 1996.</p>	
C	<p>“Meta del Proyecto y Verificación de Logros:</p> <p>2. Los métodos de verificación de los logros del proyecto incluirán la relación de la observación directa que será realizada por personal que cooperará, por parte de los dos Gobiernos; el suministro mensual por parte de la Policía Nacional a la Embajada de los Estados Unidos de informes oficiales sobre las detenciones e incautaciones hechas por parte del Gobierno del Ecuador; evidencia de las incautaciones y la disposición de drogas, precursores químicos y bienes de los traficantes; evidencia de la erradicación de coca y opio y la destrucción de las instalaciones de procesamiento; e información sobre el entrenamiento y el despliegue de fuerzas antidrogas del país. De acuerdo con la Ley Ecuatoriana, los bienes de los traficantes incautados bajo la legislación de narcóticos serán transferidas a la institución de control apropiada de acuerdo con la Ley para ser usada en sus esfuerzos antidrogas”⁸⁸.</p>
<p>ELABORACIÓN: El Autor.</p>	

4.4.- LEGISLACIÓN COMPARADA.

En la legislación comparada tenemos algunos procedimientos establecidos para la destrucción de las sustancia sujetas a fiscalización que tiene una breve relación con el procedimiento establecido en el

⁸⁶ Registro Oficial 110. 23 de Sep. 2005

⁸⁷ Registro Oficial 462. 28 de Diciembre de 1973

⁸⁸ Registro Oficial Nro. 49. 18 de octubre de 1996.

Ecuador, entre estos países tenemos a Venezuela, Perú y Chile.

4.4.1.- LEGISLACIÓN VENEZOLANA

La República Bolivariana tiene vigente a la Ley Orgánica de Drogas que norma y reglamenta todos los procesos de destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización y que también señala los principales delitos que se reprime en esta legislación.

El Art. 148 de la Ley Orgánica de Drogas, establece el decomiso y destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización al expresara que *“El o la fiscal del Ministerio Público solicitará en su informe, el decomiso y destrucción de las sustancias incautadas y el juez o jueza de control lo autorizará, de acuerdo con lo pautado en el procedimiento para la destrucción de drogas”*⁸⁹

La destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización inicia por el pedido del fiscal que lo realiza ante los jueces de controles, encargados de iniciar el proceso para la destrucción de drogas, bajo el procedimiento para la destrucción de drogas que consta descrito en el Art. 193 del cuerpo de ley citado.

El Art. 193 ibídem, establece el procedimiento legal, por el cual, se debe proceder con la destrucción de las sustancias incautadas, al momento de expresar que *“El juez o jueza de control autorizará a solicitud del Ministerio*

⁸⁹ LEY ORGÁNICA DE DROGAS. República Bolivariana de Venezuela. Pág. 14. Versión digital.

Público, la destrucción de las sustancias incautadas, previa identificación por expertos o expertas que designe al efecto, quienes constatarán su correspondencia con la sustancia declarada en el acta correspondiente.

La destrucción dentro de los treinta días a su decomiso será preferentemente por incineración o, en su defecto, por otro medio apropiado de acuerdo a la naturaleza de las mismas, la cual estará a cargo del Ministerio Público y con la asistencia de un funcionario o funcionaria de la policía de investigaciones penales, un experto o experta de la misma y el operador del horno o del sistema de destrucción.

Los mismos suscribirán el acta o las actas que por el procedimiento se levanten. El traslado para la destrucción de las sustancias se realizará con la debida protección y custodia. El Ministerio Público podrá designar en forma rotativa, uno de los distintos fiscales de la jurisdicción para ejecutar la destrucción ordenada de las sustancias en uno o varios casos.

El juez o jueza de control autorizará, por cualquier medio, la destrucción de las sustancias incautadas, cuando se trate de una situación de extrema necesidad y urgencia debidamente justificada, a solicitud del Ministerio Público.

La Comisión Permanente con competencia en materia de drogas de la Asamblea Nacional, podrá presenciar el procedimiento de destrucción de sustancias incautadas, en su función de control sobre la Administración Pública⁹⁰

En tal sentido, el procedimiento empieza con el pedido del fiscal, en la cual, el juez debe designar a expertos en la materia para que determinen si la sustancia sujeta a fiscalización corresponde a una de las especies de

⁹⁰ LEY ORGÁNICA DE DROGAS. República Bolivariana de Venezuela. Pág. 14. Versión digital.

drogas que se producen y que han sido puestas a su conocimiento por parte de la fiscalía, en tal sentido, los expertos están en la obligación de sentar en una acta, el tipo de sustancia que se presenta y la cantidad para que en el término de 30 días se proceda con la destrucción de estas sustancias vía incineración o por otros medios.

El proceso de incineración se hará con la anuencia de un delegado del ministerio público, un delegado de la policía de investigaciones penales, el experto que realizó la pericia de identificación y con la persona encargada del horno. También en situaciones de extrema necesidad, la fiscalía puede solicitar al juez la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización a través de otros medios afines.

4.4.2.- LEGISLACIÓN PERUANA

En la República del Perú, la Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, representa el conjunto de normas y disposiciones que regulan los procedimientos de destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización.

El Art. 66 de la Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, expresa que *“Serán decomisados las drogas, insumos, fabricas, laboratorios, alambiques, implementos y enseres en la producción y fabricación ilícita de drogas.*

Los cultivos serán destruidos en presencia del juez instructor, de un representante del ministerio de agricultura y alimentación y otro representante de la policía de investigaciones del Perú, levantándose a tal efecto el acta

*correspondiente*⁹¹

La norma citada permite la destrucción de las drogas, insumos, fábricas, alambiques y demás accesorios que sean utilizados en la elaboración de drogas, los cultivos, de acuerdo a la norma citada deben ser destruidos en presencia del juez instructor y de los delegados del ministerio de agricultura y alimentación y otro representante de la policía de investigaciones del Perú.

El Art. 68 *ibídem* expresa que “Las drogas decomisadas serán destruidas públicamente en presencia de una comisión presidida por el Ministerio del Interior integrada por un vocal de la corte suprema y del Director general de la policía nacional del Perú, así como un notario público que dará fe del acto. Las drogas que se destruyan serán analizadas y pesadas momentos antes, por un profesional químico de la dirección general de la policía nacional del Perú y otro del ministerio de salud, estos últimos así como el notario serán designados rotativamente”⁹²

Todas las drogas decomisadas en el Perú son destruidas de forma pública en presencia de una comisión presidida por el Ministerio del Interior integrada por un *vocal* de la Corte Suprema y del Director general de la policía nacional del Perú y lo interesante de la ley es que determina que para esta diligencia se deberá contar con la anuencia de un notario público, que deberá dar fe de la destrucción de las drogas. Como cuestión

⁹¹ LEY DE REPRESIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS PERÚ. VERSIÓN DIGITAL.

⁹² IBIDEM

previa se presenta la obligación que la sustancia debe ser analizada y pesada por un químico de la policía nacional, esta diligencia es un requisito *sine quanon* que debe cumplirse antes de proceder con la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización.

4.4.3.- LEGISLACIÓN CHILENA

La legislación chilena tiene una mayor descripción del proceso de destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización, más aun, cuando se determinan la destrucción de las muestras.

El Art. 43 de la Ley Número. 20.000 Sustituye La Ley N° 19.366, que Sanciona El Tráfico Ilícito De Estupeficientes Y Sustancias Sicotrópicas, expresa que *“El Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo del análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y se señalará su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como, asimismo, un informe acerca de los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública.*

Conservará, en todo caso, una determinada cantidad de dicha sustancia para el evento de que cualquiera de los intervinientes solicite nuevos análisis de la misma, de conformidad a los artículos 188, inciso tercero, y 320 del Código Procesal Penal.

Esta muestra se conservará por el plazo máximo de dos años, al cabo del cual se destruirá. De los procedimientos administrativos de destrucción se levantará

*acta, copia de la cual deberá hacerse llegar al Ministerio Público dentro de quinto día de haberse producido*⁹³

El Servicio de Salud es la entidad pública responsable de determinar si una sustancia sujeta a fiscalización corresponde a sustancias psicotrópicas y estupefacientes, para ello, debe enviar al Ministerio Público, el informe correspondiente sobre la identificación del producto, su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como, asimismo, un informe acerca de los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública.

La muestra que queda retenida en el Servicio de Salud, sirve para que las partes procesales, soliciten un nuevo análisis de la sustancia para determinar, si verdaderamente corresponde a una sustancia sujeta a fiscalización.

El Art. 44. *ibídem* expresa que “*Cuando las sustancias estupefacientes o sicotrópicas incautadas, las plantas o materias primas, con excepción de los precursores y sustancias químicas esenciales, hagan difícil, por su cantidad, lugar de ubicación u otras circunstancias, su traslado y almacenamiento, el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, decretará su incineración o destrucción en el mismo lugar donde hubieren sido encontradas, debiendo, en*

⁹³ LEY NUM. 20.000 SUSTITUYE LA LEY N° 19.366, QUE SANCIONA EL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTROPICAS. Versión digital.

este caso, darse cumplimiento a las demás normas de los artículos 40 a 43⁹⁴

Existe un momento procesal, en la cual, se prevé que las sustancias estupefacientes o sicotrópicas incautadas, las plantas o materias primas, con excepción de los precursores y sustancias químicas esenciales, deben ser destruidas a petición del Ministerio Público, a través de su incineración o destrucción en el lugar donde fueron encontradas, este hecho se da, cuando por la cantidad de las sustancias incautadas se haga difícil su traslado o movilización.

⁹⁴ LEY NUM. 20.000 SUSTITUYE LA LEY N° 19.366, QUE SANCIONA EL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTROPICAS. Versión digital.

5.- MATERIALES Y MÉTODOS

5.1.- MATERIALES.- Este trabajo se fundamentó de manera documental, bibliográfica y de campo. Como se trata de una investigación de carácter jurídica se utilizó textos y material relacionados con el derecho penal desde los puntos de vista social, científico y jurídico; así como de bibliografía relacionada al problema a indagar.

Las fuentes bibliográficas fueron utilizadas según el avance y el esquema de búsqueda de información previamente establecido para la investigación, que me permitió efectuar la elaboración del marco conceptual, doctrinario y jurídico con la ayuda de obras doctrinarias de tratadistas como Claus Roxín, Eugenio Zaffaroni, Hugo Reyes, entre otros autores que son conocedores del derecho penal y que también ha aportado con los análisis sobre el tratamiento de los delitos de las sustancias sujetas a fiscalización.

La red de internet y compendios de otros países constituyó, dentro del marco de legislación comparada, una fuente sumamente importante de investigación, basada en las normas jurídicas, tanto de países como Venezuela, Perú y Chile, que aportó de manera sustancial a la concreción de objetivos.

5.2.- MÉTODOS.- En cuanto a los métodos para desarrollar el presente trabajo de investigación socio-jurídico, aplique en primer lugar en el

método científico, camino adecuado que me permitió llegar al conocimiento pertinente de la problemática referente a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización, ya que ésta parte de la observación de un hecho o fenómeno de la realidad objetiva, como el centro concreto de estudio o de investigación, y que mediante el uso de las funciones superiores de la personalidad se puede llegar a obtener la verdad acerca de una problemática determinada.

Haciendo uso del método empírico, como resultado de la experiencia, de la observación de los hechos, acontecimientos y en la práctica concreta, verifique con los criterios oportunos y pertinentes, lo referente a los objetivos, tanto general como específicos; y, a la contrastación de hipótesis o conjeturas derivadas de estos.

A través del Método Hipotético-Deductivo que sigue un proceso sistemático, analítico; exponiendo conceptos, principios, definiciones, leyes o normas generales, establecí algunas, aplicando pasos como la comprobación y demostración de los resultados de la investigación, y así posteriormente acordar las debidas recomendaciones necesarias para la solución de la problemática.

El Método Dialéctico me permitió, al ser este un método universal, y al establecer que los conocimientos son comunes en todos los métodos particulares, interpretar la realidad; ya que por el se pude determinar las consecuencias precisas de la problemática y emprender las soluciones concretas que tienden al bienestar de una sociedad.

Los resultados de la investigación recopilada, como es evidente, se expresan en el informe final, que contiene, además de la recopilación bibliográfica y el análisis de resultados que serán expresados mediante cuadros estadísticos que demuestren la incidencia del problema objeto de estudio; además realicé un adecuado estudio de la problemática.

Con todo el trabajo realizado logré la verificación de los objetivos y la contrastación de hipótesis planteadas al iniciar la investigación jurídica, con lo que posteriormente efectué las conclusiones y recomendaciones destinadas a ofrecer una alternativa para el mejor control de la problemática, en cuanto establecer los procedimientos para la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización.

6.- RESULTADOS

6.1.- RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS

Cumpliendo con los elementos centrales del proyecto de tesis, procedí a la aplicación de las encuestas a jueces, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión, cuya experiencia en el objeto de investigación fue fundamental para el desarrollo de este acápite, por ello, presento los resultados en los siguientes cuadros estadísticos:

Pregunta N° 1.

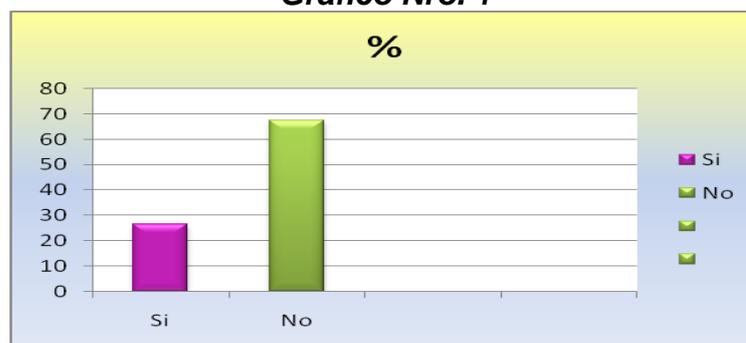
¿Considera usted que los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el Ecuador, tienen una regulación adecuada y conforme al desarrollo de la sociedad?

Cuadro Nro. 1

INDICADOR	FRECUENCIA	%
Si	8	27,66
No	22	73,34
TOTAL	30	100

Fuente: Encuestas a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Loja
Autor: Aldo Raúl Zapata Aguirre.

Gráfico Nro. 1



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 8 personas que corresponden al 26,66% mencionan que los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el Ecuador, tienen una regulación adecuada y conforme al desarrollo de la sociedad; otras 16 personas que forman parte del 73,34% mencionan que los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el Ecuador, tienen una regulación contradictoria.

ANÁLISIS

Los datos obtenidos me permiten determinar que la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, mantienen una regulación inadecuada que hace que los tipos penales no cumplan con sus funciones preventivas y rehabilitadoras, situación que es fácil de notar al momento de la aplicación de la norma especial.

PREGUNTA N°2:

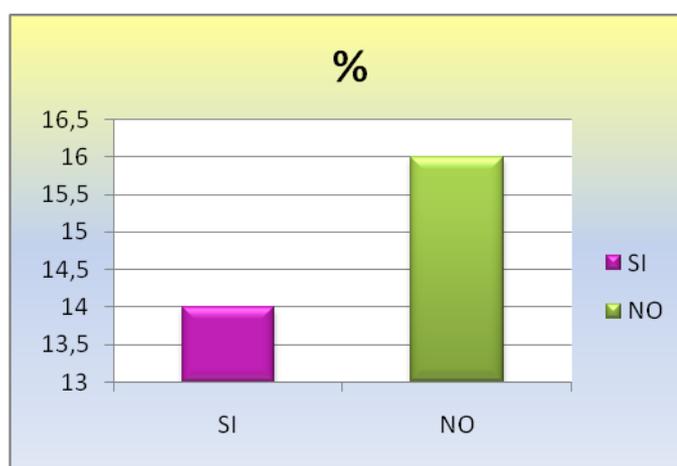
¿Considera usted que en los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas, existe una aplicación irrestricta del debido proceso?

Cuadro Nro. 2

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	14	46,66
NO	16	53,34
TOTAL	30	100

Fuente: Encuestas a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Loja
Autor: Aldo Raúl Zapata Aguirre

GRÁFICO Nro. 2



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 14 personas que corresponden al 46% consideran que en delitos relacionados con sustancias estupefacientes y

psicotrópicas, existe una aplicación irrestricta del debido proceso; mientras que 16 personas que corresponden al 53,34% mencionan que el debido proceso es ineficaz, tratándose de los delitos de drogas.

ANÁLISIS

Los datos obtenidos me permiten determinar que no existe una completa aplicación del debido proceso en las causas que se siguen por la comisión de delitos relacionados al uso indebido de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, por cuanto, el derecho a la proporcionalidad de la pena y a la presunción de inocencia son vulnerados de forma taxativa por los investigadores y fiscales, esto se hace notorio, cuando al haberse efectuado algunos pasos procesales los fiscales adelantan su criterio, otorgando una carga de culpabilidad y responsabilidad al presunto infractor.

PREGUNTA N° 3:

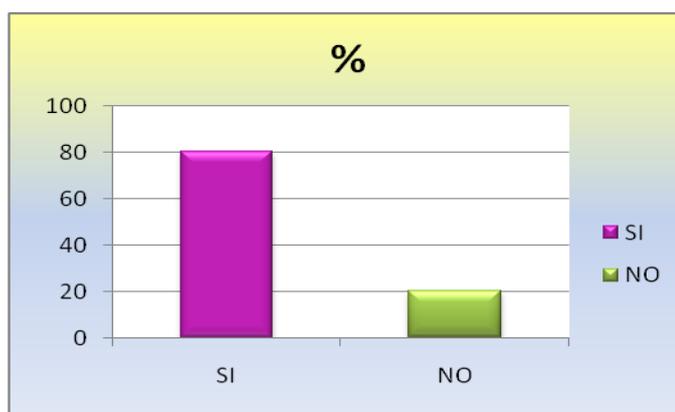
¿Considera Usted que la incorporación de la prueba en materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, se la hace respetando los derechos humanos?

Cuadro Nro. 3

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100

Fuente: Encuestas a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Loja
Autor: Aldo Raúl Zapata Aguirre.

GRÁFICO Nro. 2



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 24 personas que corresponden al 80% mencionan

que la incorporación de prueba en delitos de sustancias sujetas a fiscalización se respeta los derechos humanos, mientras que seis personas que corresponden al 20% mencionan que estos hechos no existe el respeto de los derechos humanos.

ANÁLISIS

La incorporación de prueba en la audiencia de juzgamiento, sobre las circunstancias personales del acusado, sean estas negativas o positivas inciden en la sana crítica de los Jueces al momento de adoptar la decisión de declarar la culpabilidad o ratificar su inocencia de la persona, esta prueba es incorporada cumpliendo la normativa procesal, por lo tanto, no existe violación alguna a los derechos humanos y al debido proceso.

PREGUNTA N° 4:

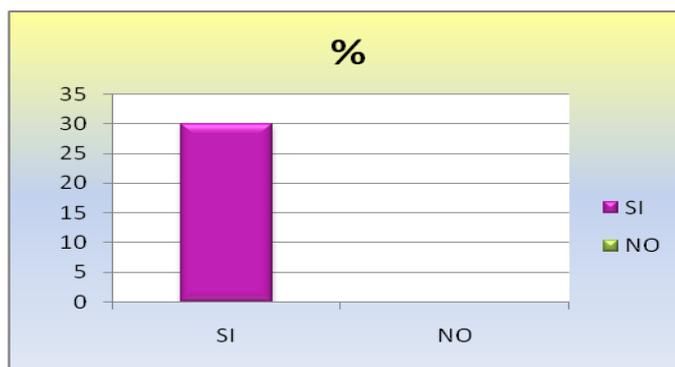
¿Considera usted que en nuestro sistema penal, los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas, están basados en el derecho penal de riesgos?

Cuadro Nro. 4

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	30	100
NO	0	0
TOTAL	30	100

Fuente: Encuestas a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Loja
Autor: Dr. Aldo Raúl Zapata Aguirre

Gráfico No. 4



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 30 personas que corresponden al 100% consideran que los delitos en materia de sustancias psicotrópicas y estupefacientes,

manifiestan que estos delitos están catalogados como de riesgo

ANÁLISIS

En los delitos relacionados con sustancias sujetas se genera un riesgo y por ende al no existir un resultado de daño, nos encontramos con una acción típica que genera únicamente un riesgo a la salud que es el bien protegido en este tipo de delitos, hay que mencionar que este tipo de delitos ingresan dentro de la doctrina penal del enemigo que tiene como finalidad la aplicación de penas crueles que no tienen relación con la debida proporcionalidad entre el delito y la pena, hecho que genera violaciones al derecho penal humanitario.

PREGUNTA N° 5:

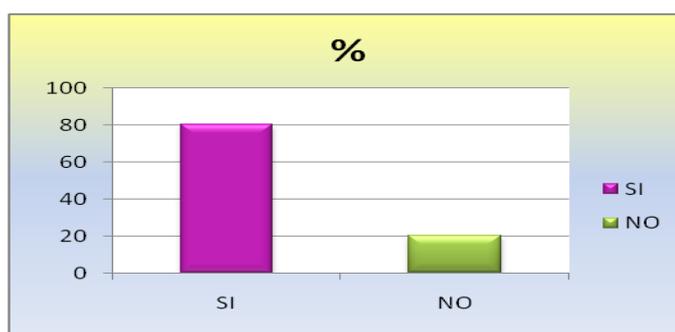
¿Considera Usted que la imposición de penas en los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas, cumple con los principios de proporcionalidad y humanización del derecho penal?

Cuadro Nro. 5

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100

Fuente: Encuestas a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Loja
Autor: Aldo Raúl Zapata Aguirre

GRÁFICO Nro. 5



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 30 personas que corresponden al 100% mencionan que la imposición de penas en delitos de sustancias psicotrópicas y

estupefacientes, son desproporcionados.

ANÁLISIS

Las penas en delitos de sustancias psicotrópicas y estupefacientes no son proporcionales con respecto al delito que se comete, lamentablemente en nuestra legislación se imponen penas crueles para justificar la lucha contra el uso indebido de drogas.

PREGUNTA Nº 6:

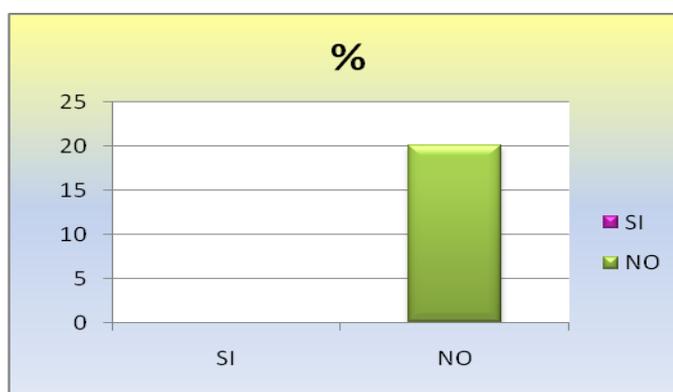
¿Cree usted que existe una adecuada regulación de la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización en la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes?

Cuadro Nro. 6

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	0	0%
NO	30	100%
TOTAL	30	100

Fuente: Encuestas a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Loja
Autor: Aldo Raúl Zapata Aguirre

Gráfico No. 6



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 30 personas que corresponden al 100% manifiestan que el Ecuador no tiene un adecuado proceso de destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización.

ANÁLISIS

Los datos obtenidos me permiten determinar que el procedimiento de destrucción de sustancias sujetas a fiscalización es ambiguo y no permite tener una correcta aplicación para la destrucción de todo tipo de muestras y sustancias que están inmersas en los procesos penales y que en mucho de los casos no han sido, solicitadas de forma adecuada por el fiscal para su destrucción.

PREGUNTA N° 7:

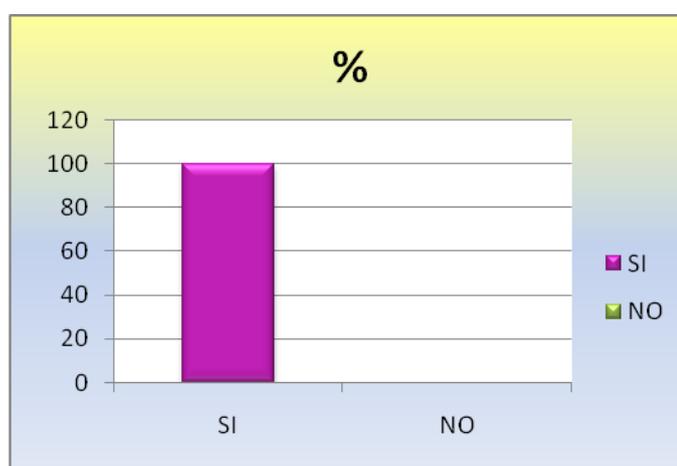
¿Considera usted que el Art.- 108 de la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, no ha previsto el procedimiento de destrucción de aquellas sustancias sujetas a fiscalización que tienen la calidad de muestras o que se encuentran en cadena de custodia por encontrarse en indagación previa o por haberse declarado el archivo de la causa ?

Cuadro Nro. 7

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100

Fuente: Encuestas a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Loja
Autor: Aldo Raúl Zapata Aguirre

GRÁFICO Nro. 7



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 30 personas que corresponden al 100% mencionan el Art.- 108 de la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, no ha previsto el procedimiento de destrucción de aquellas sustancias sujetas a fiscalización que tienen la calidad de muestras o que se encuentran en cadena de custodia por encontrarse en indagación previa o por haberse declarado el archivo de la causa.

ANÁLISIS

Lamentablemente el Art. 108 de la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, no determina el procedimiento de destrucción de aquellas sustancias sujetas a fiscalización que tienen la calidad de muestras o que se encuentran en cadena de custodia por encontrarse en indagación previa o por haberse declarado el archivo de la causa, hecho que debe ser reformado, por cuanto, toda sustancia incautada debe ser destruida.

PREGUNTA N°8:

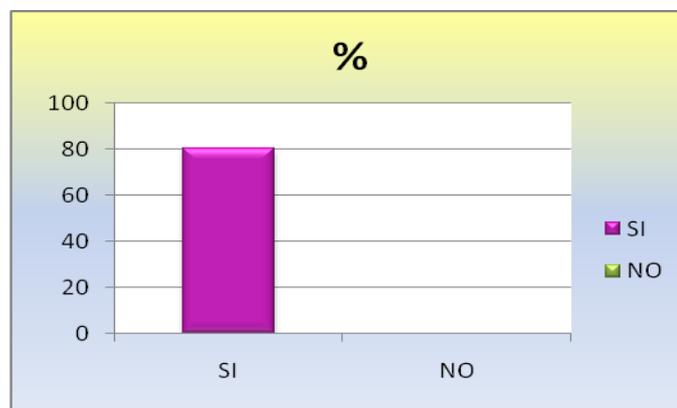
¿Estaría usted de acuerdo en reformar el Art. 108 de la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, en el sentido que se regule el procedimiento de destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que se encuentran en calidad de muestras o bajo cadena de custodia por estar abierta la indagación previa o archivado el proceso?

Cuadro Nro. 8

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100

Fuente: Encuestas a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Loja
Autor: Aldo Raúl Zapata Aguirre.

GRÁFICO Nro. 8



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 24 personas que corresponden al 80% mencionan que están de acuerdo con la reforma del Art. 108 de la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, en especial para que se mejore el régimen jurídico de la destrucción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a fiscalización.

ANÁLISIS

La reforma del Art. 108 de la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, es necesaria por cuanto se busca actualizar y especificar el tratamiento que debe darse para la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización.

6.2.- ESTUDIO DE CASOS

A continuación, presentaré algunos casos encontrados en nuestra legislación, con respecto de la aplicación de las penas en casos de posesión, tenencia, expendio, contrabando de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

Primer Caso:

Datos Referenciales:

“ESTUPEFACIENTES. Expediente 331, Registro Oficial Suplemento 363, 12 de Noviembre del 2012.

No. 331-08

DELITO: Tenencia de drogas.

PROCESADO: Carlos Alberto Rojas Ocampo.

JUEZ PONENTE: Dr. Milton Peñarreta Alvarez (Art. 141 COFJ).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, PRIMERA SALA DE LO PENAL.-

Quito, 15 de marzo del 2011.- a las 15h00.- VISTOS: El señor Carlos Alberto Rojas Ocampo, interpone recurso extraordinario de revisión de la sentencia ejecutoriada dictada por el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, el 17 de noviembre de 2002, que le impone la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, por considerarlo autor responsable del delito que tipifica y sanciona el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Esta sentencia consultada al superior, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Quito, con fecha 12 de julio de 2006, modifica el fallo declarando al acusado Carlos Alberto Rojas Ocampo, cómplice del delito de tráfico de drogas, grado de participación en virtud del cual lo condena a cuatro años de reclusión menor ordinaria, sentencia de la cual el sentenciado interpone recurso de revisión, el que una vez concluido el trámite previsto para este tipo de recurso, y siendo el momento procesal de resolver, la Sala considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de revisión interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; disposición transitoria octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2.008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2.008; y, la resolución sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de enero del 2009; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales y Conjuez, respectivamente de esta Primera Sala de lo Penal. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el proceso, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO.-MOTIVOS DEL RECURSO.-** El recurrente por medio de sus abogados Washington Gruezo Nazareno y Dr. Luis Villacís, sustenta su recurso en el numeral cuarto del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, expresando que la sentencia pronunciada por el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, dejó de apreciar

como corresponde las pruebas practicadas en la audiencia del juicio, como es aquella declaración rendida por María Fernanda Pazmiño Herrera, la misma que de manera alguna permite concluir que su declaración haya sido de mutuo concurso o concierto con el coacusado Fernando Gordillo Millán, más aún, si como medio de defensa y de prueba a su favor, obra su testimonio por el que ante el juzgador dice haberse declarado inocente. Señala además que los agentes antinarcóticos incumplieron con lo dispuesto en los artículos 25 y 216 del Código de Procedimiento Penal, pues sin la autorización del señor Agente Fiscal y del Juez, es decir, sin delegación alguna, procedieron a realizar la apertura del paquete en el que supuestamente se encontró la sustancia sujeta a fiscalización, diligencia que a su criterio crea serias dudas respecto de su veracidad, toda vez que "... solo una vez abierto lo llevaron a la agencia para mostrárselo a la señorita María Fernanda Pazmiño Herrera...". Impugna el contenido del acta de destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, expresando que no puede ser que el peso neto de la sustancia incautada sea mayor a la de los paquetes; así mismo, rechaza la experticia realizada a los teléfonos celulares encontrados en su poder (1) y de Gordillo (3), expresando que tan solo dos de las llamadas fueron para Rojas Ocampo, las mismas que corresponden a "...las dos veces que Gordillo le invitó a almorzar...".

CUARTO.- OPOSICION AL RECURSO.-El doctor Washington Pesántez Muñoz, en su calidad de Fiscal General del Estado, en lo principal de su dictamen manifiesta: "Al invocar el numeral cuarto del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente se refiere al hecho de que el Tribunal Penal declaró consecuencias jurídicas erradas respecto a su participación en la comisión del delito, sin embargo de lo cual, no presenta nuevos elementos que permitan enervar esa situación, y, sobre la mera enunciación de su disconformidad con el fallo recurrido, y del pedido de que se practique una prueba impertinente, como es la de que se transcriban los cassettes que contienen la grabación de la audiencia del juicio, diligencia que sea de paso no se aprecia practicada, pretende que la Primera Sala de la Corte Nacional de Justicia, declare procedente el recurso de revisión, siendo claro que ni la simple invocación de las normas, o la mera enunciación de las pruebas constantes en la sentencia, o el pedido de nueva prueba, constituyen argumentos suficientes que abonen en su consecución, pues, conforme lo establece la doctrina y lo ratifica la jurisprudencia, a la cita del cargo presentado, debe sobrevenir un nuevo debate que permita enervar la apreciación de los hechos declarados en el juicio, en mérito de los cuales se interrumpió la situación jurídica de inocencia del acusado. Concluye manifestando que la Sala debe declarar improcedente el recurso interpuesto.

QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-
1.- El recurso de revisión según el profesor argentino Jorge Vásquez Rossi, es un "recurso excepcional, verdaderamente extraordinario, que tiende a paliar injusticias notorias y que aparece justificado por los valores en juego dentro del proceso penal"1. Este recurso que manteniendo su condición de extraordinario, puede contraerse a dos situaciones: a revisar sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, cuando aparecen del proceso contradichos o incongruencias entre la conducta declarada y su real situación; y, cuando no se han observado alguno de los presupuestos del delito, como las causas de justificación, el principio de proporcionalidad de la pena o de la condición más favorable de la norma penal, así como las circunstancias eximentes, excluyentes y atenuantes de la conducta y de la pena. Como se observa, este recurso tiene como esencial finalidad, la justicia, por ello, la profesora española Teresa Armenta Deu, concibe a este recurso como "un remedio extraordinario, al suponer una excepción a la inmutabilidad inherente al objeto procesal resuelto mediante sentencia firme y, por tanto, revestido de la autoridad de la cosa juzgada. El ordenamiento jurídico estima necesario que la seguridad jurídica perseguida mediante dicha autoridad ceda, en ciertos supuestos, frente a consideraciones relacionadas con la justicia." **2.-** La naturaleza fáctica de este medio de impugnación no

impide a la Sala considerar cuestiones in iure si al adecuar la norma típica se produjo una injusticia, partiendo de los siguientes presupuestos: a) El hecho fáctico que sustenta la decisión de condena puede conllevar a una equivocada decisión y su adecuación al tipo cuando estableciéndose las cuestiones de hecho de manera errónea se haya producido una indebida subsunción, tal es el caso de quien siendo juzgado y condenado por un delito de asesinato, los hechos en los que incurrió el procesado de entonces se adecuaban al delito de homicidio simple, lo cual conllevó a una decisión injusta, cuya potestad del juzgador obviamente no puede ser limitada teniendo de por medio está equivocada decisión. 3.- El Estado constitucional de derechos y justicia se rige por los principios, que constituyen la base sobre la cual descansa la norma, por tanto, son éstos los que regulan el equilibrio social y no la ley u ordenamiento jurídico ciego. La nueva imagen del proceso y sus sistemas que lo rigen, permite desplazar las concepciones normativas tradicionales y en aplicación de la norma constitucional constante en el Art. 169 in fine, que como finalidad esencial de la ley le concibe como un mero instrumento de aplicación de la justicia, le permite a la Sala trastocar aquellas viejas concepciones que de manera rigurosa le encasillaban al juzgador para impedirle tomar una decisión justa pese a su convicción en contrario.- Jurgen Habermas, al tratar sobre las concepciones sociológicas del derecho y concepciones filosóficas de la justicia, nos ilustra diciendo que, "un derecho que se ha vuelto periférico no tiene más remedio que despojarse cada vez incluso de la apariencia de normatividad, si es que quiere seguir cumpliendo sus funciones en vistas de la complejidad de la sociedad"4.- Una de las preguntas fuertes que refiere el profesor portugués Boaventura de Sousa Santos, es que ¿acaso no existen cuantos presos con sentencias injustas? Y su respuesta conlleva a creer que el Juez revisor debe utilizar una nueva forma de razonar lo justo, descartar la vieja concepción de Polemarco, atribuida a Ulpiano y hasta a Justiniano de que la justicia es dar a cada quien lo que le corresponde, por sancionar al sujeto infractor teniendo por herramienta la ley suprema y sus principios y como fin el equilibrio social, que avanzando hacia una sociología crítica del derecho, que sería "una precaria tabla de salvación pero que, ante nuevas y viejas perplejidades, serviría para buscar no tanto dónde parece que hay que buscar sino allí donde parece haber más luz"4 4.- Según la concepción del profesor español Francisco Muñoz Conde, la pena es un mal impuesto por el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo, lo cual implica, que el Estado que ostenta el derecho punitivo, debe limitarse a juzgar y sancionar por la conducta prohibitiva, mas no por una distinta a ella, porque no solo se atenta a ese equilibrio social que busca la justicia, sino a los principios constitucionales de contradicción, debido proceso y demás tendientes al juzgamiento de conductas humanas. 5).- En la especie, el recurrente alega no ser responsable del delito por el que fue condenado, pero en el respectivo término de prueba no ha introducido prueba alguna que justifique la causal 4ta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, limitándose tan solo a solicitar que se agregue al expediente los certificados del pasado judicial de los tribunales penales de Pichincha y de dos cursos realizados por el recurrente; así como la posesión de los peritos designados para realizar la transcripción de los tres cassettes que contienen la grabación de la audiencia del juicio, y eso en nada justifica la causal invocada por el recurrente. Por otro lado, tampoco hay prueba que demuestre que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Quito, sin tener la certeza de la existencia del delito y de la responsabilidad del acusado, pronunció el fallo condenatorio imponiendo a un presunto inocente a cuatro años de reclusión menor ordinaria. Por estas consideraciones, acogiendo el pedido del señor Ministro Fiscal General del Estado **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA"**, se rechaza el recurso de revisión interpuesto por el señor Carlos Alberto Rojas Ocampo.-Actúe el Dr.

Honorato Jara Vicuña, en calidad de Secretario Relator Encargado por licencia del Secretario titular de esta Sala.- Notifíquese y devuélvase. Fdo.) Dr. Luis Moyano Alarcón, Dr. Milton Peñarreta Álvarez, Dr. Arturo Pérez Castillo, Jueces y Conjueces Nacionales de la Primera Sala Penal, Corte Nacional de Justicia. Certifico: f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator, encargado. **RAZON:** Certifico que la presente copia guarda conformidad con su original.- Quito, 29 de agosto del 2011. f.) Dr. Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator (E)”⁹⁵.

Comentario: En este proceso, la defensa del acusado por su apelación a la Sala Provincial, ésta lo considerado como cómplice del delito de tenencia de drogas y lo condena a cuatro años de reclusión menor ordinaria, de aquello el sentenciado presenta recurso de revisión a sus sentencia ejecutoriada, sentencia que no se apega a la causa inicial del proceso que es por la de tenencia de drogas conforme al Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y lo que es más deslumbrante, la Primera Sala de la Corte Nacional de Justicia luego de revisada la sentencia concluye que el sentenciado en el término de prueba no demostró su inocencia respecto de la tenencia de drogas. Determinando en el presente caso como análisis al mismo, que se deja en completa indefensión de prueba material de la infracción cuando esta ya ha sido destruida, incinerada, etc., en proceso de primera instancia, por eso la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia tiene que ratificar el fallo errado de segunda instancia, por cuanto la prueba material objeto de la no tenencia o no complicidad motivo de sentencia del delito a desaparecido, y más aún si se desfiguró el caso al determinarlo como cómplice de tenencia de drogas.

⁹⁵ Registro Oficial Suplemento 363, 12 de Noviembre del 2012.

Segundo Caso:

Datos Referenciales:

“NARCOTRAFICO. Expediente 428, Registro Oficial Suplemento 33, 19 de Marzo del 2008.

No. 428-2006

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 01 de febrero del 2007, a las 10h00. VISTOS: La Sala Penal de la Corte Superior de Esmeraldas con fecha 21 de junio del 2006 ha dictado sentencia condenatoria contra los acusados Nelson Francisco Ureña Estupiñán y Luis Alfredo Lucas Perea, expresando que absuelve la consulta acogiendo el dictamen del Ministro Fiscal y confirmando la sentencia dictada por el Tribunal Primero de lo Penal de Esmeraldas mediante la cual impone al primero de ellos la pena de 20 años de reclusión mayor especial por ser reincidente más la multa equivalente a cuatro mil salarios mínimos vitales del trabajador en general como autor responsable de la infracción que tipifica y sanciona el Art. 62 de la Ley de Sustancias **Estupefacientes** y Psicotrópicas, en tanto que a Luis Alfredo Lucas Perea lo declara coautor responsable de la misma infracción pero le sanciona con la pena de 12 años de reclusión mayor extraordinaria que la reduce a 8 años de reclusión mayor extraordinaria al tenor de la disposición que contiene el Art. 72 inciso tercero del Código Penal en razón de las atenuantes previstas por el Art. 29 numerales 6) y 7) ibídem, más la multa de sesenta salarios mínimos vitales del trabajador en general, aludiendo que se ha probado la existencia material del delito y el grado de responsabilidad penal en calidad de autores, según se lee de la resolución dictada por el Tribunal de lo Penal de Esmeraldas, respecto de la cual los imputados han interpuesto conjuntamente los recursos de nulidad y de casación medios de impugnación que han sido concedidos por ser oportunos.- Para resolver el recurso de casación, propuesto por Nelson Francisco Ureña Estupiñán, considerase: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.**- Esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver los recursos de casación propuestos de conformidad con la ley, tanto por la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006, como por la creación de la Sala prevista en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, y por el sorteo de ley. **SEGUNDO.**- La Sala Penal de Esmeraldas ha llegado a dictar la aludida sentencia, a manera de una síntesis que corrió el peligro de sacrificar lo esencial, de la resolución; pues, en los considerandos segundo y tercero no hace sino referir el criterio del Ministerio Público cuando manifiesta que la sentencia consultada merece ser ratificada y, señala brevemente que se ha probado la existencia de la infracción por las diligencias actuadas durante la etapa del juicio y no encuentra que sea necesario abundar o hablar sobre la responsabilidad de los imputados, para limitarse en la parte resolutive a confirmar la sentencia dictada por el mencionado Tribunal Primero de lo Penal en conformidad con el Art. 123 de la Ley de Sustancias **Estupefacientes** y Psicotrópicas.- La Sala observa que el caso requiere de mayor atención por parte del órgano jurisdiccional que está precisado a motivar los fallos y cumplir sus obligaciones de manera cabal.- **TERCERO:** La causa ha sido sustanciada, especialmente, en las etapas de instrucción fiscal y del juicio, conforme las normas previstas por el Código de Procedimiento Penal y por la Ley de Sustancias **Estupefacientes** y Psicotrópicas en vigencia, sin que se advierta omisión de solemnidad sustancial que influya en la decisión; en consecuencia, se declara la validez procesal.- Según la instrucción fiscal del 10 de

febrero del 2005, fojas 8 a 9, los hechos investigados en esta causa penal se contraen a los determinados por el Sargento de Policía Ramón Zamora Cusme en el parte de 9 de febrero del 2005, fojas 1, señalando que en esa fecha se encontraba de servicio en el destacamento de Policía de la parroquia Súa, a eso de las 16h45, percatándose que dos ciudadanos en actitud sospechosa quienes al ver la presencia policial han salido en precipitada carrera, por cuya razón han sido perseguidos para alcanzarles detrás de un corral de ganado ubicado en el barrio Mangal de dicha parroquia perteneciente a la plaza de Atacames, quienes responden a los nombres de Nelson Francisco Ureña Estupiñán y Luis Alfredo Lucas Perea, el primero tenía en su mano derecha una funda plástica de color amarillo con franjas azules y rojas en cuyo interior contenía un estuche color rojo con linterna, encontrando en su interior 210 sobrecitos de papel bond blanco con un polvo color café claro presumiblemente droga (base de cocaína) y una funda plástica transparente con una sustancia maza (bola) color café claro que también se ha presumido era base de cocaína; además, un estuche de plástico color lila con 100 sobres de papel blanco que contenían un polvo color café claro presumiblemente droga; al realizarle el registro de prendas de vestir ha encontrado en el bolsillo inferior izquierdo del pantalón que llevaba puesto al momento de su aprehensión, la cantidad de doscientos treinta y ocho dólares americanos en billetes de veinte, diez, cinco, y un dólar, con las series que se especifica, más un cheque por la cantidad de ochenta dólares americanos girado contra el Banco del Pacífico a favor de Nelson Ureña el 21 de febrero de 1998 y un cheque girado contra la cuenta corriente número FK804175 del Banco del Pichincha el 4 de junio de 1998 por la cantidad de ciento cincuenta mil sucres por parte de Jeroham Ruiz Tello y al portador; una pulsera pequeña de metal amarillo y una cédula de identidad del aprehendido Ureña Estupiñán quien ha estado acompañado de Luis Alfredo Lucas Perca que también ha sido aprehendido. **CUARTO:** Si los hechos especificados en el considerando inmediato anterior constituyen el objetivo central de la investigación materia de este proceso penal, es evidente que la prueba respecto de la materialidad de la infracción como de la responsabilidad, se desprende del informe emitido por el Cabo de Policía Nelson Quiñones y el Policía Jairo López Pozo y oficio número 2005-067-JPAE-0011 de 11 de febrero del 2005 suscrito por el Jefe Provincial Antinarcoóticos de Esmeraldas Teniente Santiago Coloma Vela, fojas 28 a 34; del acta de entrega - recepción de muestras y evidencias que obra a fojas 59 del cuaderno de primera instancia, destacándose que la sustancia incautada alcanzaba el peso bruto de 178 gramos presuntamente de base de cocaína que han sido encontrados en un estuche de plástico; color rojo con 200 sobres de papel y en un estuche plástico color lila con 100 sobres de papel; del análisis químico e informe pericial de fojas 65 a 85 en el cual las peritos doctoras químicas Guillermina Gallo y Mariana Torres Salazar concluyen que las muestras examinadas corresponden a cocaína; y, del acta de destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, fojas 90, diligencia actuada por el Juez Quinto de lo Penal de Atacames en presencia de la doctora Mónica López como delegada del CONSEP, señalándose que el peso neto destruido de base de cocaína fue de 101,6 gramos. **QUINTO:** Además, durante la audiencia pública de juzgamiento cuya acta corre de fojas 148 a 153 han sido evacuadas algunas diligencias como la exhibición de evidencias determinadas en el parte policial que sirviera de fundamento para la instrucción fiscal. Algunos testimonios como los del Policía Marco Chicaiza Villagómez, Sargento Ramón Zamora Cusme, Policía Luis Chuquitarco, Cabo José Bermeo, son unánimes en afirmar que las evidencias y la droga fueron encontradas en poder de Nelson Francisco Ureña Estupiñán, lo cual significa y clarifica la posesión de la cocaína por parte de dicho

implicado, según el Sargento Zamora quien se encargó de la captura, la droga fue encontrada en posesión de Ureña Estupiñán. **SEXTO:** Las circunstancias del delito especificado en la instrucción fiscal, corresponden a las diligencias practicadas y de éstas dimana la responsabilidad penal, de tal manera que Nelson Francisco Ureña Estupiñán adecuó su conducta a la infracción prevista y reprimida por el Art. 62 de la Codificación de la Ley de Sustancias **Estupefacientes** y Psicotrópicas que fue promulgada con el Registro Oficial Nro. 490 de 27 de diciembre del 2004, en su condición de autor responsable pero no se le puede atribuir la condición de reincidente que la Secretaria del Tribunal Penal Primero de Esmeraldas certifica en la razón de fojas 95 vlt., puesto que para establecer la reincidencia general o específica se requiere necesariamente de la sentencia condenatoria anterior que declare su responsabilidad en la comisión de un delito determinado, con las circunstancias, enunciación y evaluación de pruebas, fundamentos de hecho y de derecho, mención de las disposiciones legales aplicadas, etc., que contempla el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal; es decir, la sola razón que se alude no es suficiente para dar por probada la reincidencia sino la sentencia que debió haberse dictado en la causa número 65-99 y que la indicada funcionaria no ha conferido copia ni ha incorporado a los autos.- Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de acuerdo con el Art. 358 del Código Adjetivo Penal se admite parcialmente el recurso de casación interpuesto por Nelson Francisco Ureña Estupiñán a quien se le impone como autor responsable del ilícito previsto por el Art. 62 de la Ley de Sustancias **Estupefacientes** y Psicotrópicas, la pena de 12 años de reclusión mayor extraordinaria con deducción del tiempo que se encuentre detenido por esta causa, más la multa equivalente a trescientos salarios mínimos vitales generales, reiterándose que no se ha probado legalmente la reincidencia que se le imputa.- Se llama la atención de los ministros jueces de la Corte Superior de Esmeraldas, Dra. María Aguirre, Ab. Víctor Gilcapi C. y Ab. Juan Montaña H. para que en lo posterior cumplan sus obligaciones en forma legal según se puntualiza en el considerando segundo de este fallo. Notifíquese, devuélvase el proceso para los fines legales y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados. Certifico.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator. CERTIFICO: Que las tres (3) fotocopias, que anteceden son iguales a su original.

Quito, 30 de marzo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator”⁹⁶.

Comentario:

Como podemos evidenciar en este caso la conducta se adecuado a la prevista en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas como lo es el delito de tenencia de drogas, se configura por la simple posesión o tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ya sea en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su

⁹⁶ Registro Oficial Suplemento 33, 19 de Marzo del 2008.

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, sin la debida autorización, que a mi parecer resulta ser atentatorio al derecho a la inocencia por cuanto si bien el estupefaciente se encontró en posesión de uno solo de los dos acusados se sentencia a dos personas, sin embargo en toda la etapa procesal se los procesó como autores del delito de posesión, por ello estimo que esta Ley es contraria a los principios constitucionales ya que en poder de uno de los acusados se le encontró sustancias que en lo posterior por medio de experticias químicas se determina que es cocaína, además estimo que la mera presencia de una cantidad de droga no puede implicar la existencia de un delito si no se acompaña de un cierto riesgo, riesgo que debe de ser determinado en primer lugar de manera objetiva estableciendo unos parámetros y en segundo personalizándolo según las circunstancias concretas del caso y del/la autor/a, determinando una vez más que una vez destruida la materialidad de la prueba se deja en la indefensión de solicitar nuevas experticias, nuevas pruebas químicas de lo aprendido en fin, por cuanto en primera instancia en la mayoría de los casos como ocurrió en este caso ya que se destruyó la prueba material objetiva, la misma que permitiera sustentar a las partes en los casos de apelación, casación y revisión de las sentencias.

Tercer Caso:

Datos Referenciales:

“CONSTITUCIONALIDAD. ART 121 LEY SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES. Resolución de la Corte Constitucional 2, Registro Oficial Suplemento 396 de 2 de Marzo del 2011.

Quito, D. M., 26 de enero del 2011

Sentencia No. 002-11-SCN-CC

Caso No. 0013-10CN Y 0014-10-CN acumulados

LA CORTE CONSTITUCIONAL para el período de transición
Jueza Constitucional Ponente: Dra. Ruth Seni Pinoargote

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

Los casos No. 0013-10-CN y 0014-10-CN fueron presentados ante la Corte Constitucional, para el período de transición, el 16 de marzo del 2010.

De conformidad con lo resuelto por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, en sesión ordinaria del martes 11 de mayo del 2010, el Secretario General, por guardar relación en cuanto al objeto y acción y a fin de no dividir la continencia de la causa, procedió a acumular la causa No. 0013-10-CN a la 0014-10-CN, mediante la providencia emitida el 07 de junio del 2010. (Foja 10).

Los casos de la referencia remitidos por el Secretario del Juzgado Segundo de Garantías Penales de Cuenca, contienen la consulta de constitucionalidad del artículo 121 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, relativo al pedido del fiscal para que el juez proceda a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hubieran sido aprehendidas; en este caso, dentro de las causas No. 1530-2009 y 1755-2009, respectivamente, que se vienen tramitando en esa judicatura.

La Jueza Sustanciadora, Dra. Ruth Seni Pinoargote, mediante providencia del 20 de julio del 2010, avocó conocimiento de la causa No. 0014-10-CN, disponiendo su acumulación a la causa No. 0013-10-CN.

Detalle de consulta sobre constitucionalidad

Identificación de la Norma Consultada

El señor Juez Segundo de Garantías Penales de Cuenca, Simón Valdivieso Vintimilla, dentro de la causa No. 1755-2009, mediante providencia del 31 de diciembre del 2009 dispuso: "Remítase el expediente en consulta a la Corte Constitucional, debiendo dejarse copia del mismo y esta resolución en el archivo de la Judicatura y por los fines previstos en el inciso tercero del Art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial. Notifíquese con esta providencia a la señora Fiscal del caso. Notifíquese y cúmplase.", asimismo, dentro de la causa signada con el número 1530-2009, dispuso mediante providencia del 10 de diciembre del 2009: "Remítase el expediente en consulta a la Corte Constitucional debiendo dejarse copia del mismo y esta resolución en el archivo de la Judicatura y por los fines previstos en el inciso tercero del Art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial. Notifíquese con el con esta providencia a la señora Fiscal del caso. Notifíquese y cúmplase".

Cabe precisar que en ambos casos se propone la consulta de constitucionalidad respecto a la disposición contenida en el artículo 121 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que dispone:

"Art. 121.- destrucción de sustancias sujetas a fiscalización,- Dentro de los quince días siguientes a la resolución de la instrucción, a pedido del Fiscal, el juez dispondrá que se proceda a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hubieren sido aprehendidas, salvo que, si se tratare de insumos, precursores

químicos u otros productos químicos específicos, el Consejo Directivo del CONSEP podrá disponer, dentro de los sesenta días siguientes a su recepción, la utilización por una entidad del sector público, su enajenación para fines lícitos o su destrucción. La enajenación se realizará en la forma que decida este organismo y a favor de las personas naturales o jurídicas previamente calificadas.

Para la destrucción se verificará la integridad de la envoltura y la identidad de la sustancia, y se comprobará el peso bruto y el peso neto, verificando si corresponde al que consta en el informe de investigación. En esta diligencia intervendrá el juez, el delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP y el secretario del juzgado. "

II. PARTE MOTIVA

Competencia de la Corte Constitucional

El Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición, publicado con la Constitución de la República del Ecuador en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008 y la resolución de esta misma Corte publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 del 22 de octubre del 2008. Competencia particular de la Corte para resolver consultas sobre constitucionalidad (Artículos 428 y 429 de la Constitución)

La Corte Constitucional es competente para conocer y sentenciar la presente causa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 429 de la misma, y conforme a lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Procedencia y finalidad de la consulta

Las consultas de constitucionalidad propuestas por el Juez Segundo de Garantías Penales de Cuenca tienen por finalidad determinar la constitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 121 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que en su parte medular manifiesta que le corresponde al Fiscal, dentro de los quince días siguientes a la resolución de la instrucción, pedir al juez que disponga la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hubieren sido aprehendidas; que además, el inciso segundo de la misma disposición señala que para la destrucción se verificará la integridad de la envoltura y la identidad de la sustancia, y se comprobará el peso neto bruto y el peso neto, verificando si corresponde al que consta en el informe de investigación.

El referido Juez sugiere la existencia de un conflicto con la disposición del artículo 118 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, debido a que éste dispone que las pericias practicadas alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio.

Asegura también que la Corte Constitucional, mediante sentencia No. 001-09-SCN, publicada en el Registro Oficial No. 602 del 1 de junio del 2009, respecto a los actos probatorios urgentes previstos en el Código de Procedimiento Penal, señaló: "- como excepción los jueces de garantías penales pueden recibir y practicar los testimonios urgentes de la personas enfermas, de las que van a salir del país, de las víctimas de violencia sexual, y de aquellas que demuestren que no pueden recurrir al Tribunal de Garantías Penales en la etapa de juicio (...) Estos testimonios surtirán eficacia probatoria en la etapa de juicio. Se practicarán en una diligencia que se llevará a efecto con la presencia de la defensa y cumplirá con el mismo procedimiento y respecto a las similares garantías y principios que los fijados para el testimonio en el juicio"; por consiguiente, la facultad dada al juez de garantías penales en el artículo 121 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y por parte de la Comisión de Codificación del ex Congreso Nacional, así como la prevista en el instructivo emanado por el CONSEP, no está en los supuestos de excepcionalidad analizados por la Corte Constitucional, es decir,

no está en el caso de actos probatorios urgentes en donde el juez de garantías penales, por excepción, puede intervenir; de ahí que surge la duda de que esta norma es contraria a la Constitución.

Por lo señalado, el artículo 121 estaría a criterio del Juez de Garantías Penales, contraponiéndose a los principios de imparcialidad y tutela judicial; además que atentaría contra la disposición que establece que los jueces tienen iniciativa procesal; por tanto, el Juez resalta que procede la consulta en la medida en que constituye una duda motivada razonable.

Consideraciones de la Corte Constitucional sobre los problemas jurídicos del asunto propuesto: Es menester considerar que los procesos judiciales tienen normas tanto de carácter adjetivo como sustantivo; adjetivo en cuanto al procedimiento y demás formalidades que han de seguirse para el desenvolvimiento de las etapas procesales; sustantivo cuando se enuncian principios y derechos que deben ser garantizados por quienes administran justicia, como en el caso de la tutela judicial efectiva o de la imparcialidad de los jueces dentro del proceso. En este caso particular, la consulta de constitucionalidad va encaminada a determinar que las disposiciones contenidas en los artículos 121 y 118 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas se contraponen o no a las disposiciones contenidas en los artículos 75, 186, numeral 6, y 195 de la Constitución de la República del Ecuador, que hacen referencia a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; a la sustanciación del proceso de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo y a la acción de la fiscalía en la investigación preprocesal y procesal penal, respectivamente.

Se debe considerar que por su naturaleza, los procesos penales tienen varias etapas que persiguen o buscan esclarecer los hechos suscitados y que además son considerados como infracción penal; por ejemplo, en el caso de asesinatos, en el caso de violaciones, basta con el informe técnico pericial realizado previamente a la etapa de juicio; en tal virtud, no se requiere que el cadáver sea presentado ante el juez en la etapa de prueba; simplemente se acudirá al informe del peritaje realizado previamente para determinar el deceso; igual situación, por razones obvias, ocurre en el caso de violación, tal cual lo determinó la Corte Constitucional mediante sentencia No. 0001-09-SCN-CC, al señalar: "con excepción de los jueces de garantías penales pueden recibir y practicar los testimonios urgentes de las personas enfermas, de las que van a salir del país, de las víctimas de violencia sexual, y de aquellos que demuestren que no pueden recurrir al Tribunal de Garantías Penales en la etapa del juicio". Respecto a estos casos y de requerirse la práctica de actos probatorios urgentes, es necesario precisar que las aseveraciones de los peritos dentro de sus respectivos informes, son impugnables en la etapa de juicio, es decir, cuando pasan de evidencias para constituirse en pruebas, podrán someterse a un proceso de indagación para verificar la veracidad de los mismos con respecto a su validez y pertinencia con el proceso. Lo propio sucede en el caso de los delitos que tienen que ver con estupefacientes y sustancias psicotrópicas; así, se ha de señalar que existe un organismo que tiene suficiente competencia para determinar las características y cantidad de la sustancia que se trate, por medio de los mecanismos apropiados existentes. Además que la destrucción de las sustancias que se imputan como estupefacientes o psicotrópicas ya han pasado un análisis pericial, lo que permitiría que el juez pueda mantener en reserva la información, lo que no impide una posterior verificación de la veracidad del contenido de los informes periciales, sin que esto signifique parcialización, o que se deje de tutelar debidamente un derecho, o que se vincula únicamente con los delitos que causan mayor alarma social y sobretodo, está orientada a evitar una tardía intervención en la recolección de la prueba que, en el caso concreto, no puede quedar indefinidamente en las oficinas del CONSEP, como también evitar el riesgo de alterarse y hasta ser motivo de

sustracción, como ya ha sucedido en otras oportunidades. En definitiva, esta excepcionalidad va acorde con los principios de eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal como mecanismos para la realización de la justicia.

Argumentación jurídica de la Corte Constitucional

Con lo anteriormente indicado y dejando sentado que el Juez, por sus competencias, es el encargado de dirigir el proceso penal, la Corte Constitucional estima que previo a la iniciación del mencionado proceso, la Fiscalía General del Estado, como las Jefaturas Provinciales Antinarcóticos, así como la coordinación que existe entre estos organismos y el CONSEP, son los organismos competentes y facultados por la Ley para realizar las investigaciones pertinentes, con la finalidad de esclarecer los hechos delictivos en esta materia; por lo tanto, de sus indagaciones se establecerá la cantidad de la sustancia y sus características. Este informe deberá ser presentado en la etapa de prueba para que adquiera esa condición y queda entonces a criterio del juez si se realiza la destrucción de la misma, una vez concluida la instrucción fiscal.

Por lo tanto, esta Corte determina que no existen razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes que posibiliten la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma consultada; tanto más que el pronunciamiento de inconstitucionalidad exige una fundamentación más consistente y rigurosa que la que se expone en la petición.

III. DECISION

Por las consideraciones expuestas, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, en ejercicio de sus atribuciones, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. La norma prevista en el artículo 121 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas no contraría la Constitución.

2. Notifíquese al Presidente del Consejo de la Judicatura, a fin de que instruya a juezas y jueces de instancia, Cortes Provinciales y a la Corte Nacional de Justicia, respecto al contenido de esta sentencia.

3. Devolver el expediente al Juez Segundo de Garantías Penales de Cuenca.

4. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freiré, Presidente. f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con nueve votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Miguel Angel Naranjo, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zarate Zarate y Patricio Pazmiño Freiré, en sesión ordinaria del día miércoles veintiséis de enero del dos mil once. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original-Revisado por f.) Ilegible.- f.) Ilegible.- Quito, a 24 de febrero del 2011”⁹⁷.

Comentario: Como podemos evidenciar al igual que en los casos anteriores, los mismos administradores judiciales evidencian la inconstitucionalidad del Art. 121, en cuanto a la destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, y es entendible la no determinación en sentencia

⁹⁷ Resolución de la Corte Constitucional 2, Registro Oficial Suplemento 396 de 2 de Marzo del 2011.

por parte de la Corte Constitucional como algo inconstitucional, porque determinaría la nulidad de todos los procesos donde se destruyó anticipadamente la prueba material objeto de sentencia, puesto que como bien concluye en la parte considerativa de esta sentencia los Magistrados de la Corte Constitucional establecen: Este informe deberá ser presentado en la etapa de prueba para que adquiera esa condición y queda entonces a criterio del juez si se realiza la destrucción de la misma, una vez concluida la instrucción fiscal. Aspecto que es el único argumento jurídico que tiene actualmente las personas implicadas en casos de narcotráfico, tenencia o posesión ilegal de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para alegar nulidad de procesos cuando se destruya la materialidad de la prueba de manera anticipada en este tipo de procesos.

7.- DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

Los objetivos planteados para la verificación en este trabajo investigativo fueron las siguientes:

Objetivo general

“Determinar mediante un estudio jurídico si el régimen legal ecuatoriano sobre el manejo sustancias estupefacientes y psicotrópicas cumple con el procedimiento legal apegado al principio de legalidad y materialidad de la prueba, y determinar los vacíos legales concernientes a la destrucción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas”

En relación al objetivo general de este trabajo, debo manifestar que se ha cumplido satisfactoriamente con este propósito, pues con amplia base teórica, la investigación de campo desplegado, me han permitido desarrollar un estudio científico, analítico, crítico y reflexivo que determina que en el juicio por estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se inicia como una acción pública de instancia oficial, que se lo lleva a efecto a través del trámite ordinario; esto es, siguiendo las cuatro etapas que conforman el mismo, como son: la Etapa de Instrucción Fiscal, la Etapa Intermedia; la Etapa del Juicio y la Etapa de Impugnación; sin dejar de mencionar la indagación previa, anterior a la Etapa de Instrucción Fiscal, que levanta el Fiscal, cuando ha llegado a su conocimiento la perpetración de una infracción penal, de acción pública pesquisable de oficio, como acontece en los casos de delitos por drogas, de modo que, para conocer, sustanciar y juzgar los delitos tipificados en la Ley de

Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, se aplicarán las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal; es decir, un proceso por sustancias sujetas a fiscalización, cuando habido un uso indebido, se sustanciará de conformidad a lo establecido para el procedimiento ordinario, por ser una infracción de acción pública de instancia oficial y las pruebas deben estar basadas en la Constitución y en el Código de Procedimiento Penal, para que se cumplan con las disposiciones reglamentarias para la incorporación y prácticas de pruebas que se desarrollan en la etapa de juicio. Sin embargo de ello, por ser una Ley Especial, tiene sus particularidades, a las que se debe dar legal cumplimiento, como lo es, por ejemplo, lo relativo a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización y que han sido aprehendidas y que no tienen una regulación adecuada para la destrucción de todas las muestras o sustancias que quedan bajo cadena de custodia. Por lo tanto este objetivo queda verificado en todo su contexto socio-jurídico y doctrinario, más aún cuando la Corte Constitucional a través de sentencia señala: Este informe deberá ser presentado en la etapa de prueba para que adquiera esa condición y queda entonces a criterio del juez si se realiza la destrucción de la misma, una vez concluida la instrucción fiscal.

Objetivos específicos

“Determinar mediante un estudio jurídico si el régimen legal ecuatoriano de la destrucción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a fiscalización incurren en defectos de procedimiento penal”

En efecto se ha realizado un estudio jurídico de la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, en la cual, se ha logrado verificar que el régimen legal de destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización, adolece de efectos, al no establecer que destino debe tener aquellas sustancias que se encuentran en calidad de muestras y de aquellas que ingresan bajo cadena de custodia, estos hechos han sido reforzados en las encuestas, puesto que en las respuestas dadas a las preguntas 4, 5 y 6, los encuestados afirman que en la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, no existe una adecuada regulación de la destrucción de estas sustancias que quedan en cadena de custodia o en calidad de muestras, por lo que este objetivo queda demostrado.

“Realizar un análisis de casos para determinar si existe o no improcedencia penal al destruir la prueba aprendida en materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas”

En el estudio de casos, se determina que existe improcedencia penal al destruir la prueba aprendida en materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, puesto que las muestras que se toman al efecto y las actas de destrucción de la sustancias son actas que deben ser consideradas como pruebas plenas que deben ser actuadas como tales y presentadas conjuntamente en audiencia de prueba y juzgamiento respectivamente es por eso que a través de sentencia la Corte Constitucional determina al respecto lo siguiente: Este informe deberá ser presentado en la etapa de prueba para que adquiera esa condición y queda entonces a criterio del juez si se realiza la destrucción de la misma, una vez concluida la instrucción fiscal; Entendiendo entonces que si son actuadas en el juicio

deberán constar hasta el final del procesos para que no exista menoscabo a los derechos de las personas, esta situación está comprobado con la pregunta 5 y 6 de la encuesta, en la cual, únicamente se ubica como problema, la falta de procedimiento para la destrucción de las muestras y sustancias que quedan bajo cadena de custodia, por lo cual, pero lo que es más grave es que se termina la materialidad de la prueba sobre la cual puede o no ser juzgada una o varias personas, este objetivo queda verificado en su contexto empírico y jurídico.

“Presentar un proyecto de reforma legal a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en el cual se introduzcan nuevas normas que regulen el régimen legal de tenencia y destrucción de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización y que hubieren sido aprehendidas, con apego a la norma que se señale en el Código de Procedimiento Penal, para este proceso”

Con respecto al tercer objetivo este se cumplirá plenamente con la elaboración y presentación del proyecto de reforma a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en su parte pertinente.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La Hipótesis propuesta en el respectivo proyecto para ser verificada en este proceso investigativo, fue la siguiente:

“Existen vacíos jurídicos en el régimen legal ecuatoriano, para la destrucción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a fiscalización, que hubieren sido aprehendidas, terminando con la materialidad de la prueba, que debe mantener la cadena de custodia”

En relación a la hipótesis de este trabajo, debo manifestar que a base de

la amplia teoría del derecho así como la aplicación de la investigación de campo, se logró obtener que la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, únicamente en sentencias se ordena al Tribunal Penal la destrucción de las muestras de las sustancias incautadas, no existe ninguna otra disposición legal, dentro del proceso penal por narcotráfico, que lo permita hacerlo; es decir, se puede ordenar la destrucción de las muestras, únicamente en sentencia; olvidándose el legislador, que existen algunas circunstancias, por las cuales el proceso puede llegar a su fin antes de que se dicte sentencia, tal es el caso por ejemplo, en la extinción de la acción por la muerte del reo, como lo dispone el Art. 96 del Código Penal; o por amnistía o prescripción, al tenor de lo dispuesto en el Art.98 del mismo Código Penal; y en otros casos más en los que el proceso llega a su fin, antes de sentencia, merced a un sobreseimiento definitivo. Circunstancias éstas, en las que al llegar el proceso a su fin, antes de sentencia, no es posible la destrucción de las muestras, quedando éstas, así mismo, indefinidamente y acumulándose cada vez más, conforme el número de casos se presente, en las bodegas, en esta vez, del CONSEP, con los consiguientes peligros que de ello puede derivarse, por lo cual, esta hipótesis queda comprobada en toda su extensión.

7.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA PROPUESTA DE REFORMA AL ART. 121 DE LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS DEL ECUADOR.

Realizado el estudio analítico, jurídico y doctrinario de la temática del debido proceso y principalmente sobre los delitos en materia de sustancias sujetas a fiscalización, aspectos que han sido tratados

permanentemente a lo largo de mi trabajo investigativo, donde utilicé el mecanismo necesario para llegar a determinar la necesidad de reformar la legislación vigente referente al debido proceso y al proceso de destrucción de estas sustancias, ya que puedo manifestar que existe la vulneración de las normas constitucionales por parte de las autoridades en contra de quienes cometen este delito.

En la presente investigación queda probado, que el procedimiento jurídico que implica este tipo de trámites conforme a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en vigencia no es óptimo y vulnera los derechos, pues por su naturaleza de trámites reciben un tratamiento especial excepcional, implica consecuencias perjudiciales para las personas que son sometidos a estas diligencias. Esto ha generado ilegalidades y desconfianza en la justicia del país, a ello se suma el desconocimiento de las personas involucradas en un proceso penal de los derechos que le asisten.

Una vez que he culminado la investigación doctrinaria, jurídica y empírica puedo asegurar firmemente que he logrado estudiar críticamente la problemática que formule en el inicio de esta investigación.

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, al ser una Ley Especial, en procura de 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 dimanan de estas actividades, es una Ley punitiva y sancionadora que ha sido tratada siempre desde un punto de vista de la seguridad estatal más no se le ha dado un tratamiento de salud pública, de ahí que las políticas sociales deben enfocarse en ese sentido y no como un problema judicial penal que ello además conlleva al hacinamiento carcelario del país.

Al tener este carácter esta Ley, se desemboca en sentencias desproporcionadas respecto al delito, lo cual contradice las garantías del debido proceso y viola los derechos constitucionales del acusado. Esta ley ha llevado a perpetrar graves injusticias, ya que los casos relacionados a drogas son juzgados dentro de un marco legal que deja escaso o ningún margen para que cualquier acusado sea hallado inocente.

En cuanto a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización, la ley no establece nada al respecto de la destrucción de las sustancias que son aprendidas y que deben ser consideradas como prueba material en la etapa de prueba y de juzgamiento, por lo que el único medio legal y como sentencia impartida por la Corte Constitucional es la de que, en el caso de destrucción de los estupefacientes o psicotrópicas; Este informe deberá ser presentado en la etapa de prueba para que adquiera esa condición y queda entonces a criterio del juez si se realiza la destrucción de la misma, una vez concluida la instrucción fiscal, y más aún cuando quedan en calidad de muestras o de aquellas que ingresan en cadena de custodia por no haberse iniciado la instrucción fiscal o por haberse emitido el archivo provisional o definitivo de la causa o en su defecto el sobreseimiento del procesado, vacíos que deben ser considerados en la parte adjetiva penal ecuatoriana.

8.- CONCLUSIONES.-

Luego de haber efectuado el presente trabajo investigativo me permito señalar las conclusiones a las cuales he arribado de forma concreta y concisa.

Primera: La Ley de Sustancias, Estupefacientes y Psicotrópicas del Ecuador, contiene normas especiales que son imperativas al momento de tipificar y sancionar los diferentes tipos penales, situación que no ha sido revisada por los legisladores para regularla con las normas constitucionales actuales.

Segunda: Los delitos relacionados con sustancias, estupefacientes y psicotrópicas que se cometen con mayor frecuencia en el Ecuador son la tenencia ilegal, el narcotráfico, el corretaje y la transportación ilegal de estas sustancias sujetas a fiscalización.

Tercera: Las penas que se imponen en materia de sustancias psicotrópicas y estupefacientes son desproporcionadas, por cuanto el actuar determina la destrucción de la materialidad de la prueba en la etapa de instrucción fiscal, llegando a la etapa de juzgamiento únicamente con muestras que distorsionan el principio constitucional de legalidad y proporcionalidad con respecto de la materialidad de la prueba.

Cuarta: La Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho a la presunción de inocencia, pero en materia de sustancias, estupefacientes y psicotrópicas se parte del criterio que la personas es culpable, desde el momento que el examen preliminar y pesaje de las sustancias da positivo o en su defecto que se comprueba que se trata de una sustancia sujeta a fiscalización.

Quinta: No existe la humanización de las penas en materia de sustancias psicotrópicas y estupefacientes debido a que estos delitos son

considerados como delitos de riesgo o peligro que se enmarcan en el derecho penal del enemigo, castigándose la afección que puedan causar a la salud que es el bien protegido en este tipo de delitos.

Sexta: La Ley de Sustancias, Estupefacientes y Psicotrópicas vigente en el Ecuador ha establecido un régimen especial para la persecución y represión de los delitos relacionados con esta materia, por lo que las normas contenidas en esta ley son contrarias a lo que establece la Constitución de la República.

Séptima: El régimen de destrucción de las sustancias psicotrópicas y estupefacientes previsto en el Art. 121 de la Ley de Sustancias, Estupefacientes y Psicotrópicas, a más de terminar con la materialidad de la prueba sobre la cual se debe determinar en la etapa de juzgamiento, adolece además de vacíos jurídicos, al no determinar que procedimiento se aplica para la destrucción de aquellas muestras y sustancias que no han podido ser destruidas, por no haberse cerrado la indagación previa, por el archivo de la causa, el sobreseimiento o por la declaratoria de inocencia del acusado.

Octava: Los países de Venezuela, Perú y Chile, cuando se trata de la destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, no permite avizorar un adecuado procedimiento, sin embargo establecen la necesidad de su destrucción ante delegados de instituciones públicas y en el caso de Perú ante un notario público y con la anuencia de la población que tenga la intención de participar en este tipo de actos.

Novena: Las encuestas aplicadas me han permitido obtener información cualitativa respecto del problema investigado facilitando la realización de los objetivos de la investigación, la comprobación de mi hipótesis y para la fundamentación jurídica respecto de la implementación del debido proceso en los delitos relacionados con el narcotráfico.

9. RECOMENDACIONES

Con el objeto primordial de presentar sugerencias a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y luego del desarrollado en su totalidad mi tesis, presento las siguientes recomendaciones.

Primera: A la Asamblea Nacional de la República del Ecuador para que reforme la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas vigente e incorpore un artículo que sancione las actividades relacionadas con las sustancias psicotrópicas en consideración a los principios del debido proceso.

Segunda: A la Función Ejecutiva, para que amparado presente un proyecto de reforma integral a la actual Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Tercera: Al Consejo Nacional de la Judicatura para que mediante programas educativos en materias de ciencias penales y ciencias forenses se capacite a los jueces de garantías penales y los demás funcionarios judiciales en temas constitucionales y de Derecho Penal.

Cuarta: Que el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas CONSEP, ponga en marcha efectiva el Plan Nacional de Prevención Integral y Control de Drogas para que sus estrategias y programas sean cumplidos a cabalidad y contribuyendo a la erradicación y prevención de este delito.

Quinta: A las Universidades del Ecuador públicas y privadas para que permitan una mayor capacitación a través de seminarios, prácticas, pasantías y programas para la prevención de los delitos que están normados por la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes.

Sexta: A la ciudadanía en general, en el sentido de que tomen conciencia, a fin de evitar el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y así evitar hallarse inmerso en problemas judiciales posteriores.

Séptima: Se coordine un trabajo interinstitucional entre la Policía antinarcóticos, Fiscalía y CONSEP a fin de que al momento de la captura de una persona, se realice una investigación minuciosa respetando el debido proceso de las personas.

Octava: Conseguir que la Universidad Nacional de Loja, a través de la nivel de postgrado y de la Carrera de Derecho, apoye la publicidad de mi trabajo investigativo a través de foros, talleres o conversatorios para que se sensibilice a la ciudadanía sobre los efectos y consecuencias legales que conlleva el problema del narcotráfico.

Novena: La Asamblea Nacional, reformen el Art. 108 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y psicotrópicas, en el sentido que se exprese con claridad el proceso de destrucción de las sustancias que quedan en calidad de muestra y de aquellas que quedan bajo el sistema de cadena de custodia.

9.1.- PROPUESTA DE REFORMA

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

Que, el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho al debido proceso a todas las personas nacionales y extranjeras;

Que, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas del país, es extremadamente punitiva y se halla en contradicción con los principios constitucionales y declaraciones internacionales del cual Ecuador es suscriptor;

Que, es necesaria y urgente la reforma a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas donde se incorpore un artículo que permita dotar garantizar el debido proceso a las personas que se someten a un proceso penal por delitos de narcotráfico.

Qué, es necesaria la reforma del Art. 121 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas para mejorar el régimen jurídico de la destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, y que permita brindar seguridad jurídica a los inculpados por delito de posesión de estupefacientes y psicotrópicas desde la indagación previa hasta la etapa de juzgamiento.

En uso de lo que establece 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

En el Capítulo Segundo titulado Competencia y Procedimiento de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, agréguese lo siguiente:

Art. 1.- Agréguese el Artículo innumerado 113.A.- Para la aplicación de esta Ley, se reconocerán las garantías fundamentales del debido proceso: presunción de inocencia, igualdad, legalidad, proporcionalidad, establecida en la Constitución de la República, y en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y ratificados por el Estado, y de aquellos que sean ratificados con posterioridad por el Ecuador.

Art. 2.- Modifíquese el inciso primero del Artículo 121 que diga.- Destrucción de sustancias sujetas a fiscalización.- Luego del debido juzgamiento por, narcotráfico, microtráfico, tenencia, posesión uso indebido de sustancias, estupefacientes y psicotrópicas, dentro de los quince días siguientes a la sentencia, el juez/jueces dispondrán que se proceda a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hubieren sido aprehendidas, prueba sobre la cual se sentencia; salvo que, si se tratare de insumos, precursores químicos u otros productos químicos específicos, el Consejo Directivo del CONSEP podrá disponer, dentro de los sesenta días siguientes a su recepción, la utilización por una entidad del sector público, su enajenación para fines lícitos o su destrucción. La enajenación se realizará en la forma que decida este organismo y a favor de las personas naturales o jurídicas previamente calificadas.

Art. 3.- La presente Ley Reformatoria entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Plenario de Comisiones Legislativas de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador; a los veinte días del mes de octubre del año dos mil trece...

10.- BIBLIOGRAFÍA.

- 1) ARAUJO GRANDA, María Paulina, Reflexiones acerca de la peligrosidad expansión del poder punitivo, Derecho Penal de Riesgo, en Revista Ruptura 2007, Libro Manual de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE
- 2) BARROCO GONZÁLEZ, Pablo. Las sustancias sujetas a fiscalización. Ediciones Asdrual. Bogotá – Colombia. 2000
- 3) BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel; "Manual de Derecho Penal", Parte General, Tercera Edición. Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima-Perú. 2005.
- 4) CARVAJAL GONZÁLEZ, Enrique Alfredo. Una mirada al delito de drogas. Ediciones Grijalva. Quito – Ecuador. 2000
- 5) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. 2012.
- 6) CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales. Quito – Ecuador. 2012
- 7) DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Fundación Tomas Moro. Edición Calpe. Madrid – España. 2000.
- 8) ESTATUTO ORGÁNICO POR PROCESOS DEL CONSEP, Ediciones legales. Quito – Ecuador. 2005.
- 9) LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS DEL ECUADOR, Ediciones legales. Quito – Ecuador. 2005.
- 10) LEY ORGÁNICA DE DROGAS, República Bolivariana de

Venezuela. Versión digital.

- 11) LEY DE REPRESIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS PERÚ. Versión Digital.
- 12) LEY NUM. 20.000 SUSTITUYE LA LEY N° 19.366, QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS. Versión digital.
- 13) LLORE MOSQUERA, Víctor. – “Compendio de Derecho Procesal Penal” Quito – Ecuador. Ediciones legales. 2000
- 14) NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL. El Código de Procedimiento Penal del 2000. Manual Para Abogados. Quito-Ecuador 2002.
- 15) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ONU. 1994. El Narcotráfico–Estados Unidos.
- 16) OSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, 28ª Edición Actualizada Corregida y Aumentada, Buenos Aires, 2002.
- 17) PLAN NACIONAL DE CONTROL DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS. CONSEP. 2011
- 18) Registro Oficial Nro. 462. 28 de Diciembre de 1973
- 19) Registro Oficial Nro. 49. 18 de octubre de 1996.
- 20) Registro Oficial 103. 14 de Sep. 2005.
- 21) Registro Oficial Nro. 110. 23 de Septiembre de 2005
- 22) Registro Oficial Nro. 513. 23 de enero de 2009.
- 23) Registro Oficial Suplemento Nro. 296 08 Octubre 2010

- 24)REGLAMENTO A LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, Ediciones legales. Quito – Ecuador. 2005.
- 25)REINOSO H., Ariosto “El juicio acusatorio oral en el nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano” ediciones pronta. Bogotá – Colombia. 2000
- 26)REVISTA EL NUDO DE LAS DROGAS, Revista oficial del NCP. Ediciones Ultra. Bogotá – Colombia. 2000.
- 27)REVISTA, NOVEDADES JÚRIDICAS, Corporación MYL. Año III, Nro.26, Febrero 2011.
- 28)REYES RODRIGUEZ, Daniel, Los Sistemas del Procedimiento Penal, Documento de Estudio de la Universidad Nacional de Loja, Módulo VI.
- 29)SÁNCHEZ MONAR, Alex Aurelio. Los delitos de narcotráfico. Ediciones Meza. Bogotá – Colombia. 1999.
- 30)STAMPA BRAUN, Introducción a la Ciencia del Derecho Penal. VALLADOLID. 1953; y JIMENEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Tomo II. 2000.
- 31)VACA ANDRADE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal 1ª Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito - Ecuador, 2001.
- 32)ZABALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo IV. Quito – Ecuador. 2005.

11.- ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y EMPRESARIAL
NIVEL DE POSGRADO
MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

Señor (a): Abogada y abogado, muy comedidamente le solicito se digne contribuir, contestando las siguientes preguntas que tiene como objetivo recabar información empírica sobre el régimen jurídico de la destrucción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el Ecuador

Questionario y desarrollo

1.- ¿Considera usted que los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el Ecuador, tienen una regulación adecuada y conforme al desarrollo de la sociedad?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....
.....

2.- ¿Considera usted que en los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas, existe una aplicación irrestricta del debido proceso?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....
.....

3.- ¿Considera Usted que la incorporación de la prueba en materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, se la hace respetando los derechos humanos?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....
.....

4.- ¿Considera usted que en nuestro sistema penal, los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas, están basados en el derecho penal de riesgos?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....
.....

5.- ¿Considera Usted que la imposición de penas en los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas, cumple con los principios de proporcionalidad y humanización del derecho penal?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....
.....

6.- ¿Cree usted que existe una adecuada regulación de la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización en la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....
.....

7.- ¿Considera usted que el Art.- 108 de la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, no ha previsto el procedimiento de destrucción de aquellas sustancias sujetas a fiscalización que tienen la calidad de muestras o que se encuentran en cadena de custodia por encontrarse en indagación previa o por haberse declarado el archivo de la causa ?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....
.....

8.- ¿Estaría usted de acuerdo en reformar el Art. 108 de la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, en el sentido que se regule el procedimiento de destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que se encuentran en calidad de muestras o bajo cadena de custodia por estar abierta la indagación previa o archivado el proceso?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....
.....

GRACIAS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

NIVEL DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

PROYECTO DE TESIS

TEMA:

“LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS, ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN, EN EL DERECHO ADJETIVO PENAL ECUATORIANO”.

AUTOR:

ALDO RAÚL ZAPATA AGUIRRE

Loja-Ecuador

2011

1.- TEMA

“LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS, ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN, EN EL DERECHO ADJETIVO PENAL ECUATORIANO”.

2.-PROBLEMATICA

Nuestro régimen legal determina que para la destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, se aplicará lo contenido en el inciso primero del Art. 121 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que dispone que dentro de los quince días siguientes a la resolución de instrucción, a pedido del fiscal, el juez dispondrá que se proceda a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hubieren sido aprehendidas; y en el inciso cuarto del Art.123, de la misma Ley, se dispone que en la sentencia se ordenará la destrucción de las muestras de las sustancias incautadas. No existe normativa legal para disponer la destrucción de estas sustancias, en los casos en que el fiscal no ha podido dar inicio a la etapa de instrucción fiscal, dada la existencia de algún impedimento legal; o cuando el proceso ha culminado antes de dictarse sentencia, como en los casos de extinción de la acción por la muerte del reo, o cuando el proceso ha culminado merced a un sobreseimiento definitivo.

Esta actuación provoca un grave problema jurídico social, puesto que la sustancia estupefaciente aprendida, debe pasar a ser parte de la cadena de custodia por parte de la policía judicial y dirigida por la Fiscalía, este debe permanecer como materialidad de prueba sin estimar el tiempo que dure el proceso, y ser presentada en el momento del juicio; hoy en día,

por ser muchas de las veces en grandes cantidades, y por permanecer en bodegas de la Policía Judicial, Policía Antinarcoóticos o en las del CONSEP, se presta para que sea objeto de atracos por la delincuencia, o manipulada dolosamente por personas inescrupulosas, de las instituciones mencionadas, que laboran en estas mismas instituciones, promoviéndose con ello, inclusive el chantaje, la pérdida, la venta dolosa por el mismo personal de custodia; puesto que no existen disposiciones legales que dispongan la destrucción de la sustancia estupefaciente decomisada, que se encuentra en esta situación, cuestión ésta que contribuye a incrementar la inseguridad jurídica en nuestra sociedad.

El problema de la droga es un tema de gran actualidad, por los distintos efectos que esta problemática acarrea, en los países consumidores y productores como el nuestro, en los cuales los individuos ven afectados su psiquis y su comportamiento social cuando están inmersos en el consumo de drogas.

El mundo actual, y dentro del mismo, nuestra sociedad ecuatoriana, castigada por el flagelo proveniente del tráfico e indebido uso de drogas psicotrópicas, tiene abierta una batalla frontal a este fenómeno social negativo, con el fin de aniquilado, combatiendo el gran daño social cuyos tentáculos descollantes engrandece en los diversos estamentos sociales, en los que no se excluyen ni siquiera los niños, a quienes por desgracia se los aprovecha por su inocencia para conducidos hacia los antros del tráfico de drogas

Como herramienta para tratar de luchar, con el tráfico y consumo ilegal de drogas, nuestros asambleístas se han preocupado de dotar a nuestra sociedad de un marco legal que oriente y guíe las acciones para combatir

este azote social, creando para ello, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, la misma que tiene como objetivo fundamental, 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 generan estas actividades.

En el campo de la aplicación de la misma, nos encontramos que esta Ley, adolece de algunos vacíos legales, que en muchos casos la vuelven inaplicable, por cuanto obstaculiza con ello el cumplimiento a cabalidad, de sus loables propósitos, contraponiéndose a lo que se debería tener como base para la cadena de custodia. Los casos detectado en nuestra realidad jurídica procesal, relativa a la destrucción de las sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización, que han sido aprehendidas; pues, dentro de este marco legal, la única disposición que regula la destrucción de sustancias estupefacientes decomisadas, las encontramos en el Art. 121, cuya parte primera del inciso primero dice:

"Dentro de los quince días siguientes a la resolución de la Instrucción, a pedido del Fiscal el Juez dispondrá que se proceda a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hubieren sido aprehendidas"⁹⁸. Lo cual destruye la materialidad de la prueba; esta norma termina de forma incomprensible en derecho con la materialidad de la prueba, contraponiendo lo que manifiesta el principio de legalidad y objetividad, por cuanto la principal prueba por lo que se inculpa estaría destruida y terminaría la cadena de custodia.

⁹⁸ LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, Registro Oficial No.490, del 27 de diciembre del 2004, Art. 121 inc. Primero, Pág. 15.

Al respecto, una vez que el Agente Fiscal, en la indagación previa o sin ella, en caso de delito flagrante, considera que se encuentran suficientes elementos de convicción, como para establecer tanto de la existencia de la materialidad de la infracción como de su responsabilidad en la misma, puede dictar su resolución de inicio de instrucción fiscal, imputando el delito que se investiga a una o varias personas, y como lo dispone la disposición arriba transcrita, pedirá al juez que proceda a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que han sido aprehendidas. Al efecto, es obligación del Juez, proceder a dicha destrucción, dentro de los primeros quince días a la resolución de la instrucción, conforme lo ordena el inciso primero del Art. 121 en referencia; para ello, antes de proceder a su destrucción, verificará la integridad de la envoltura y la identidad de la sustancia, y se comprobará el peso bruto y el peso neto, verificando si corresponde al que consta en el informe de investigación; seguidamente procederá a extraer dos muestras de 0.3 gramos de cada uno de los paquetes o bultos que contienen la sustancia decomisada; una muestra es enviada al laboratorio para su correspondiente análisis químico y la otra, en calidad de contra muestra, queda en custodia del Delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP. El resto de la sustancia decomisada, es destruida por cualquier medio, en presencia del Juez, del Delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP y el Secretario del Juzgado, aunque en la práctica, también está presente el Agente Fiscal de la causa. Toda esta diligencia queda asentada en el acta correspondiente, con las debidas firmas y rúbricas de quienes intervienen en la misma.

Con este proceso podemos darnos cuenta, que actuado lo referido, se termina con la materialidad de la prueba, y al quedar 0,6 gramos, es sobre aquello con lo que finalmente se tienen como evidencia, estaríamos de legal terminando con la prueba del delito, lo que conlleva a tomar medidas oportunas y reformas a las referidas leyes para que no se termine la

materialidad de la prueba que debe constar y reposar dentro del programa de cadena de custodia.

Sin embargo de lo anotado anteriormente, no existe una norma en esta Ley, que faculte al Juez y los demás funcionarios antes indicados, para que procedan a esta diligencia de destrucción de la sustancia sujeta a fiscalización, en los casos en que el Agente Fiscal, no pueda dar inicio a la Etapa de Instrucción Fiscal, dada la existencia de algún obstáculo legal. Al respecto, cabe indicar que en nuestra realidad jurídico procesal, son varios los impedimentos u obstáculos legales por los cuales no se puede dar inicio a la etapa de instrucción fiscal; así pues, encontramos que de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del Art. 215 del Código de Procedimiento Penal:

"Antes de resolver la apertura de la instrucción, si lo considera necesario, la fiscal o el fiscal con la colaboración de la Policía Judicial que actuará bajo su dirección, investigará los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento"⁹⁹.

Es decir, que existen muchos casos, en los que necesariamente, el fiscal, antes de que dicte su resolución de inicio de instrucción fiscal, se ve obligado a cumplir algunas acciones, actuaciones o gestiones que son de singular trascendencia jurídica y procesal y que garantizan el éxito del proceso, evitando pérdida de tiempo y recursos al iniciar un proceso por un hecho que a la postre no ha sido delito o porque para ello previamente

⁹⁹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR, Editorial Corporación de estudios y Publicaciones, 2007, Quito-Ecuador, Art. 215 inc. 1°.

tenía que cumplirse determinados requisitos de procedimiento, procedibilidad, prejudicialidad o competencia, los cuales al no ser considerados oportunamente, pueden provocar que a la postre resulte nulo el proceso, con enormes pérdidas de tiempo y recursos para las partes y para la administración de justicia. Requisitos de procedimiento, procedibilidad, prejudicialidad y competencia que obligan a los actores procesales y a la administración de justicia a ajustarse al debido proceso, para evitar futuras nulidades. Así pues, si en la indagación previa ha resultado imposible establecer la identidad del presunto sospechoso, no se podrá dar inicio a la etapa de instrucción fiscal, porque no se podrá imputar la infracción que se pesquisa a ninguna persona; pues, con el nuevo Código de Procedimiento Penal, como es conocido, no se puede iniciar las causas contra autores; de manera que este requisito de procedimiento en determinados casos, como acontece en delitos de tráfico de drogas, por ejemplo, se vuelve insalvable, por lo que el fiscal se ve obligado a archivar la indagación previa. Igual cosa acontece cuando en determinados casos, para iniciar la instrucción fiscal, se debe cumplir con requisitos legales, de procedibilidad, como es, por ejemplo, la presentación de la denuncia por parte del ofendido, en los casos de los delitos de estafa o revelación de secretos de fábrica, denuncia que debe ser reconocida conforme a ley y sin la cual, el fiscal se ve impedido de dar inicio a la etapa de instrucción fiscal. Así mismo, el Fiscal no podrá iniciar la instrucción fiscal, en los casos expresamente señalados por la ley, si el ejercicio de la acción penal dependiera de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, como lo dispone expresamente el Art. 40 del Código de Procedimiento Penal. De manera que no podrá iniciarse el proceso penal antes de que haya auto o sentencia firme en cuestión prejudicial, como en el caso de la falsedad de una escritura pública, por ejemplo, declarada por el Juez Civil. Por último, tampoco el fiscal podrá dar inicio a la etapa de instrucción fiscal, cuando en la indagación previa, ha detectado que el asunto que se investiga no constituye delito, sino un asunto que corresponde a un fuero ajeno al

penal, pudiendo ser civil, administrativo, etc. Es decir, hay un asunto de competencia del juez, que no corresponde investigar al fiscal, ni conocer al juez, al final se convierte en un obstáculo legal, que obliga al fiscal a pedir el archivo de la indagación previa.

Cabe recalcar, que de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del antes aludido Art.215, la indagación previa no podrá prolongarse por más de un año en los delitos sancionados con pena de prisión, ni por más de dos años en los delitos sancionados con pena de reclusión; plazos que deben ser contados desde la fecha en la cual el fiscal tuvo conocimiento del hecho que ha motivado tal indagación previa; de modo que cumplidos dichos plazos, el fiscal está en la obligación de archivar la misma, previo el procedimiento establecido en los artículos 38 y 39 del Código de Procedimiento Penal.

Ya en el campo de los delitos de tráfico de drogas, que es lo que nos interesa, encontramos que el agente fiscal, en innumerables ocasiones, se ve impedido, especialmente de iniciar la instrucción fiscal, por la existencia de un obstáculo legal relacionado con requisitos de procedimiento, como es por ejemplo la imposibilidad de establecer la identidad del presunto responsable, en los casos en que la droga es enviada al exterior, por correo, con documentación falsa o perteneciente a otra persona ya porque le sustrajeron o se les extravió; realidad ésta que cada día es más frecuente en nuestro medio; o en los casos en que a veces la droga es abandonada, ante el virtual peligro de ser capturados los narcotraficantes; o cuando éstos, pierden la vida en el momento de que se los descubre con la droga, capturándose así la sustancia estupefaciente y sin que el fiscal pueda iniciar la instrucción, ante la muerte del presunto responsable. Es decir, son múltiples las posibilidades de que, en la realidad, el Agente Fiscal, se encuentre frente a la droga

decomisada, y sin embargo no pueda dar inicio a la etapa de instrucción fiscal, para que pueda pedir al Juez, que dentro de los primeros quince días de dicha etapa destruya la droga. De modo que frente a ello, si bien puede solicitar al Juez el archivo de la indagación previa, por desestimación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 del Código de Procedimiento Penal, como hemos dicho, con la droga decomisada no podrá hacer nada y ésta permanecerá acumulada en las bodegas de la Policía Antinarcóticos indefinidamente, generando un sinnúmero de peligros y problemas, como el que las aludidas bodegas pueden ser objeto de atracos por los delincuentes que conedores de su acumulación, ven en ello un botín digno de ser sustraído, con los consiguientes peligros de posteriormente ser expendida, incrementando con ello su consumo en la población con las consiguientes secuelas negativas; o lo que es peor, al estar acumulada indefinidamente esta sustancia, puede ser objeto de manipulaciones dolosas por empleados, funcionarios o policías desaprensivos, sustrayéndola así mismo, o utilizándola como medio de extorsión o chantaje, para sacar réditos económicos, conforme se ha denunciado en múltiples ocasiones, con el consiguiente daño a la sociedad.

Otro problema detectado y que provoca la imposibilidad de la destrucción de las sustancias estupefacientes decomisadas, se deriva, del hecho de que, ni en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, ni en el Código de Procedimiento Penal, existe una norma que faculte al Juez de primer nivel, la destrucción de las contra muestras que quedan en resguardo del Delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP. Pues, sabido es, que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 113 de la aludida Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, para conocer, sustanciar y juzgar los delitos tipificados en esa ley, se aplicarán las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal; de modo que, conforme esta última ley, una vez que el proceso ha llegado a la etapa del

juicio, el Tribunal o la correspondiente Sala del fuero, al dictar sentencia, ordenará la destrucción de las muestras de las sustancias incautadas, todo esto, en armonía con lo dispuesto en el inciso cuarto del Art. 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Pero cabe preguntarse, ¿en qué momento se destruyen estas muestras o contra muestras, si el proceso ha llegado a su fin, antes de que se dicte sentencia? Al respecto sabemos que el proceso puede llegar a su fin, antes de que el Tribunal o la Sala del fuero dicten sentencia, por varios motivos. Al respecto, el Libro Primero; Título Cuarto; Capítulo Tres de nuestro Código Penal, señala expresamente los casos en que el proceso llega a su fin antes de sentencia; así tenemos: a) La extinción de la acción por la muerte del reo, como lo dispone el Art.96; b) La extinción de la acción penal por amnistía o remisión de la parte ofendida, conforme lo dispone expresamente el Art. 98; y, c) Por prescripción de la acción penal, conforme las reglas establecidas en el Art. 101.

Es decir, son varias las causas o razones por las que el juicio termina antes de sentencia; en tales casos y tratándose de juicios de drogas, el juez se verá imposibilitado de destruir las contra muestras, porque como hemos venido manifestando, no existe una disposición legal que le faculte aquello, con las consecuencias jurídico sociales negativas, a las que me refiero.

Finalmente, señalo que otra forma de terminar la acción antes de sentencia, se da en varios casos en que al culminar la etapa de instrucción fiscal, el Agente Fiscal se abstiene de acusar, por cuanto como resultado de la misma se ha establecido que no existe ni materialidad de la infracción, ni responsabilidad del imputado; en estos casos, como lo determina el Art. 242 del Código de Procedimiento Penal, que textualmente señala:

"El sobreseimiento del proceso y del procesado será definitivo cuando la Jueza o Juez de Garantías Penales concluya que los hechos no constituyen delito, o que los indicios existentes no conducen de maneras alguna a presumir la existencia de la infracción.

La jueza o Juez de garantías penales dictará también auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del procesado, si encuentra que se han establecido causas de justificación que eximan de responsabilidad al procesado"¹⁰⁰

Es decir, que conforme esta disposición legal, dos son los casos que motivan el sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado como son la inexistencia del delito o la existencia de eximentes de responsabilidad del procesado, como en los casos en que se ha establecido plenamente que el procesado, en los casos de drogas, es un adicto y que la cantidad de sustancia que se le ha decomisado solo es suficiente para su consumo personal y además, porque en la investigación procesal se ha establecido que éste no es un expendedor ni traficante, de manera alguna, de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización.

De modo que en estos casos, cabe preguntarse, ¿qué pasa con la droga que en calidad de contra muestras permanece en las bodegas del CONSEP?, la respuesta es similar a lo analizado en el párrafos anteriores, pues, ésta será la materialidad de la prueba sobre la cual el juez debe actuar y determinar o no la materialidad del delito, según el principio de legalidad y procedibilidad.

¹⁰⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR. Obra citada. Art. 242, Pág. 40.

El presente problema jurídico social éste, se encuentra presente en nuestra realidad jurídico procesal penal, me permitiré demostrar, con el desarrollo de este trabajo investigativo, y como resultado del mismo, sugerir o presentar las correspondientes alternativas de solución.

3.- JUSTIFICACIÓN.

La presente investigación se justifica, desde el punto de vista de la necesidad de establecer en nuestra realidad jurídica procesal, la existencia de vacíos e incongruencias, en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, dentro del régimen legal de la destrucción de las sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización, que hubieren sido aprendidas. Vacíos e incongruencias que como he referido, provoca una destrucción peligrosa de la sustancia decomisada, en las bodegas, ya sea por la Policía Judicial, Policía Antinarcóticos o del CONSEP.

Se justifica también la presente investigación, desde el punto de vista de la trascendencia social e importancia científica dentro del Derecho, dado que es necesario establecer, que la falta de una normatividad legal adecuada y oportuna, puede generar una serie de problemas e inconvenientes, como la destrucción de sustancias estupefacientes decomisadas que vendrían a ser la materialidad de la prueba, lo que degenera a su vez, en otros peligros derivados de la manipulación dolosa de dicha sustancia estupefaciente, por parte de personas inescrupulosas o ser objeto de atraco por parte de la delincuencia, terminando con la materialidad de la prueba que debe ser manejada bajo la cadena de custodia.

Se justifica además, la presente investigación, desde el punto de vista de establecer la necesidad de introducir de manera urgente, reformas a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, de manera que, a través de normas claras y precisas se faculte al Juez de garantías Penales de primer nivel, contar con la materialidad de la prueba, que son las sustancias estupefacientes decomisadas, en los casos en los cuales el Agente Fiscal no pueda iniciar la Instrucción Fiscal, dada la existencia de un impedimento legal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 del Código de Procedimiento Penal; o en los casos en que el proceso termina antes de sentencia, como en el sobreseimiento definitivo del proceso, facultándole al mismo, la destrucción de las muestras que quedan en poder del Delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP.

Finalmente, se justifica esta investigación, desde el punto de vista de su factibilidad, dado que se cuenta con suficiente material teórico que nos permitirá comprender mejor el problema. Además, porque del análisis de casos prácticos tramitados en juzgados y tribunales penales, durante el año 2010 me permitirá obtener información empírica relacionada directamente con el problema a investigarse, que admitirá determinar con precisión la realidad jurídica dentro de nuestra sociedad.

4.- OBJETIVOS.

4.1. OBJETIVO GENERAL.

Determinar mediante un estudio jurídico si el régimen legal ecuatoriano sobre el manejo sustancias estupefacientes y psicotrópicas cumple con el procedimiento legal apegado al principio de legalidad y materialidad de la

prueba, y determinar los vacíos legales concernientes a la destrucción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

4.2.1.-Determinar mediante un estudio jurídico si el régimen legal ecuatoriano de la destrucción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a fiscalización incurren en defectos de procedimiento penal..

4.2.2.- Realizar un análisis de casos para determinar si existe o no improcedencia penal al destruir la prueba aprendida en materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

4.2.3.- Presentar un proyecto de reforma legal a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en el cual se introduzcan nuevas normas que regulen el régimen legal de tenencia y destrucción de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización y que hubieren sido aprehendidas, con apego a la norma que se señale en el Código de Procedimiento Penal, para este proceso.

5. HIPÓTESIS

Existen vacíos jurídicos en el régimen legal ecuatoriano, para la destrucción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a fiscalización, que hubieren sido aprehendidas, terminando con la materialidad de la prueba, que debe mantener la cadena de custodia.

6. MARCO TEÓRICO

1.- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA Y EL DEBIDO PROCESO.

1.1. El Debido Proceso.- Aspectos Generales.

El debido Proceso es el conjunto de derechos y garantías que protegen a las personas de los posibles excesos o riesgos de abusos o desbordamientos de la autoridad del Estado. Es decir, es el conjunto de garantías establecidas como medios obligatorios y esenciales para que el ejercicio de la función judicial se materialice si se tiene en cuenta que es imposible aplicar el derecho por parte de los Órganos del estado, sin que la actuación de éstos se haya ajustado a los procedimientos institucionalizados para el fiel cumplimiento de su misión de administrar justicia.

De modo que el debido proceso significa que todos los actos que el juez y las partes ejecutan en la iniciación, impulso procesal, desarrollo y extinción del mismo, tienen carácter jurídico porque están previamente señalados por la ley instrumental. De ahí que el debido proceso es una actividad reglada y garantizadora que se desarrolla por etapas, entrelazadas o unidas por un objetivo común como es el de tomar la aplicación del derecho positivo, a un caso concreto, sometido a la actividad jurisdiccional del Estado.

1.2. El Debido Proceso en Materia Penal.

En esta parte, considero necesario partir señalando que el proceso penal es:

“... una institución jurídica única, idéntica, íntegra y legal que teniendo por objeto una infracción, surge de una relación jurídica establecida entre el juez y las partes y entre éstas entre sí, conforme a un procedimiento preestablecido legalmente y con la finalidad de imponer una pena a los agentes de la infracción”.¹⁰¹

De modo que el proceso penal es el concurso o desenvolvimiento de diligencias que verifica el juez de garantías penales, ciñéndose a las prescripciones legales, con el fin de comprobar la existencia de un delito y establecer las responsabilidades y su clase, de quienes fueron acusados, como autoría, complicidad o encubrimiento.

El seguimiento del proceso se lleva a cabo de acuerdo al Código de Procedimiento Penal y mediante la expedición de providencias que constan en el proceso y que llegan a conocimiento de las partes mediante las notificaciones, hasta que se dicta la resolución definitiva.

Cabe señalar, que el proceso penal es una institución jurídica porque forma un todo independiente de los actos procesales que contiene y

¹⁰¹ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, Dr., Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo 1, Editorial Edino, Guayaquil-Ecuador, 2004, Pág. 39.

superior a ello, dado que ninguno de los actos procesales por sí solos constituye el proceso y éste se encuentra sobre dichos actos procesales que lo conforman; y es jurídica la institución porque su existencia está prevista y regulada por el ordenamiento jurídico del Estado.

El proceso penal es una institución jurídica legal, porque no puede existir proceso alguno cuya vigencia y fundamento no se encuentren regulados en la Constitución de la República y en las leyes de procedimiento.

El objeto del proceso penal está dado por el hecho histórico llamado infracción penal y por la situación en que dicha infracción se realizó y la forma como se realizó. De ahí que, si el hecho histórico llamado infracción penal es motivo del proceso, también es objeto del mismo.

Así pues, no se debe iniciar un proceso si no se ha cometido una infracción penal; por lo tanto, presupuesto del proceso penal es la infracción. Fiero a la vez, iniciado el proceso penal, es necesario tomar la infracción, ubicarla en el centro de la actividad procesal, analizarla, desintegrarla, estudiarla exhaustivamente con todas las circunstancias que sirvieron de antecedente, o se presentaron en el momento o después de su ejecución. No existe acto procesal que no esté dirigido, o a la comprobación de la existencia del acto adecuadamente típico, o a la comprobación de la culpabilidad penal de quienes intervinieron en la comisión del acto injusto.

El acusador, sea el fiscal, el acusador particular o el acusador privado, desarrolla su actividad para comprobar la existencia de la infracción y para probar la intervención del acusado; éste a su vez desarrolla su

actividad procesal a objeto de demostrar, o la inexistencia de la infracción, o ratificar su inocencia; para finalmente el juez, desarrollar su actividad para llegar a la verdad tanto sobre la existencia del acto adecuadamente típico, como sobre la culpabilidad de los autores y más partícipes o encubridores.

Tal es así, que toda la actividad de los sujetos del proceso penal, sin que se excluya el proceso por drogas, que es lo que interesa en el presente caso, gira alrededor del hecho histórico, que podría ser sobre tenencia, cultivo, tráfico, expendio, etc., de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a fiscalización, que es objeto del proceso, luego de haber sido su presupuesto.

Por otra parte, debo señalar que la Constitución de la República en su Art. 76, reconoce y garantiza a las personas el derecho a un debido proceso; debido proceso al que tiene derecho toda persona y que en su acepción jurídica consiste:

"Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme, o sentencia ejecutoriada."¹⁰²

Debido proceso que a su vez está reglada por diez y siete garantías básicas que están contenidas en el Art.24 de este mismo cuerpo de leyes, cuyo inciso primero expresamente dice:

¹⁰² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, año 2008, Art. 76, Núm. 3, Pág. 38..

Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezca la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia.

Es decir, que además de las siete garantías básicas descritas en este artículo 76 de la Constitución, debe observarse las demás que establezcan los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia.

Debido proceso al que tiene derecho toda persona y que en su acepción jurídica consiste:

".. .en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que se supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley, y de una ley dotada de garantías del proceso parlamentario".¹⁰³

De modo que el debido proceso viene a ser una actividad reglada y garantizador a que se desarrolla por etapas, entrelazadas o unidas por un objetivo común, como es el de tomar la aplicación del derecho positivo a un caso concreto, sometido a la actividad jurisdiccional del Estado.

De ahí que, el debido proceso en materia penal, signifique que todos los actos que el juez y las partes ejecutan en la iniciación, impulso procesal,

¹⁰³ ANDRADE BARRERA Fernando y otros, Diccionario Jurídico Ámbar, Volumen m., Primera edición, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, año 1998, Cuenca-Ecuador, Pág.23.

desarrollo y extinción del mismo, tienen carácter jurídico porque están previamente señalados por la ley instrumental penal.

Así mismo, el debido proceso en materia penal, viene a ser además, el conjunto de derechos y garantías que protegen a la persona de posibles excesos o riesgos de abuso o desbordamiento de la Autoridad del Estado. Conjunto de garantías establecidas como medio obligatorios y esenciales para que el ejercicio de la función jurisdiccional se materialice, si se tiene en cuenta que es imposible aplicar el derecho por parte de los Órganos del Estado, sin que la actuación de éstos se haya ajustado a los procedimientos institucionalizados en el Código de Procedimiento Penal, para el fiel cumplimiento de su misión de administrar justicia.

Para el jurista ecuatoriano Dr. Ricardo Vaca Andrade, el derecho al debido proceso en materia penal, es:

". . . posiblemente, el derecho fundamental, que engloba o rige los demás derechos fundamentales de la persona en relación con el proceso penal, garantizando la intangibilidad de la dignidad de la persona reafirmando que el ser humano en la referencia imperativa de todos los valores, que nada es superior y que todo queda condicionado a servirle con miras a permitirle el desarrollo integral y armonioso"¹⁰⁴

Con lo que destaca que el principio del debido proceso es el que engloba o rige los demás derechos fundamentales de las personas, en relación

¹⁰⁴ VACA ANDRADE Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo 1., Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, año 2001, Quito-Ecuador, Pág. 29.

con el proceso, dado que el hombre es el principio y fin de todo sistema de organización estatal, de ahí que el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de las personas son en el presente el primer objetivo del constitucionalismo actual.

Pues, siendo el proceso penal una institución que tiene como finalidad inmediata la imposición de la pena, es imperativo que el justiciable sea protegido de una manera eficiente, severa y estricta, dado que como en el mencionado proceso se desenvuelven juicios de valor sobre el acto y el autor, en cuyo desarrollo se pueden lesionar bienes jurídicos garantizados por el Estado, con todos los efectos sociales que una condena lleva consigo.

Es por ello, que el estado toma las precauciones de imponer a los jueces normas de procedimiento que garanticen los derechos de los sujetos procesales, tanto del activo como del pasivo.

2. EL JUICIO EN LOS DELITOS POR NARCOTRÁFICO.

Ya en el campo del juicio por estupefacientes y sustancias psicotrópicas, encontramos que igualmente, es a través del proceso penal que el Estado hace efectivo el poder de juzgar, y ese poder en su imposición y aplicación sólo es legítimo cuando en el desarrollo del proceso se ha respetado y efectivizado todas las garantías que, como presupuestos, principios y mandatos, constan en la Constitución de la República, en los Convenios internacionales legítimamente ratificados, en el Código de Procedimiento Penal, y en la Ley Especial de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Concretando un poco más y ya en el ámbito de los delitos por narcotráfico, nuestra Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, en el Capítulo relativo a la Competencia y Procedimiento, para conocer y juzgar esta clase de delitos, en el Art. 113, expresamente dispone:

"Para conocer, sustanciar y juzgar los delitos tipificados en esta Ley, se aplicarán las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal"¹⁰⁵

De manera que, el juicio por narcotráfico, por ser un delito de acción pública de instancia oficial, se lo llevará a efecto a través del trámite ordinario; esto es, siguiendo las cuatro etapas que conforman el mismo, como son: la Etapa de Instrucción Fiscal, la Etapa Intermedia; la Etapa del Juicio y la Etapa de Impugnación; sin dejar de mencionar la indagación previa, anterior a la Etapa de Instrucción Fiscal, que levanta el Agente Fiscal, cuando ha llegado a su conocimiento la perpetración de una infracción penal, de acción pública pesquisable de oficio, como acontece en los casos de delitos por drogas. Pues, como es sabido, de conformidad con el inciso primero del Art. 215 del Código de Procedimiento Penal:

"Antes de resolver la apertura de la instrucción, si lo considera necesario, el fiscal con la colaboración de la Policía Judicial que actuará bajo su dirección, investigará los hechos presumiblemente constitutivos de

¹⁰⁵ REGISTRO OFICIAL No. 490, del lunes 27 de diciembre del 2004, Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, Editorial Registro Oficial, año 2004, Quito-Ecuador, Art.13, Pág.15.

infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento”.¹⁰⁶

Es decir, que si lo considera necesario puede iniciar una indagación previa, en la cual podrá practicar las diligencias que considere pertinentes, hasta llegar a tener la certeza de que existen suficientes elementos de convicción que pueden llevar a presumir tanto la existencia de la materialidad de la infracción como de la responsabilidad en su cometimiento; es en este momento en que está en condiciones de dar inicio a la primera etapa del proceso, es decir, a la Etapa de Instrucción fiscal.

Pero si durante la indagación previa, que puede durar una año en los delitos sancionados con prisión y dos años en los delitos sancionados con reclusión, que correrán a partir de la fecha en que el Fiscal tuvo 'conocimiento de la perpetración del presunto hecho doloso, éste no logró reunir suficientes elementos de convicción como para dar inicio a la etapa de instrucción fiscal, tendrá que obligatoriamente archivar tal indagación previa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 del Código de Procedimiento Penal.

Si acontece lo contrario, es decir, si durante la indagación previa, el fiscal reunió suficientes elementos de convicción como para establecer tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad en la misma, podrá dictar su providencia de inicio de instrucción fiscal, y dar comienzo así al proceso penal, en su primera etapa.

¹⁰⁶ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR. Editorial Corporación de estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, año 2010, Art. 215 me. 1ero. Pág.37.

Naturalmente, si la infracción ha sido flagrante, en la que esté claramente establecida la presunta materialidad de la infracción como la presunta responsabilidad del imputado, no será necesario que el fiscal inicie una indagación previa, sino que directamente puede dar inicio a la Etapa de Instrucción Fiscal, y continuar luego el desarrollo del proceso con las restantes tres etapas, como son la Etapa Intermedia, la Etapa del Juicio y la Etapa de Impugnación, cada una de ellas con sus propias características, particularidades y propósitos.

De modo que, para conocer, sustanciar y juzgar los delitos tipificados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, se aplicarán las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal; es decir, un proceso por narcotráfico, se sustanciará de conformidad a lo establecido para el procedimiento ordinario, por ser una infracción de acción pública de "instancia oficial. Sin embargo de ello, por ser una Ley Especial, tiene sus particularidades, a las que se debe dar legal cumplimiento, como lo es, por ejemplo, lo relativo a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización y que han sido aprehendidas.

Así pues, el Art. 121 de la Ley en referencia, al respecto dice:

"Dentro de los quince días siguientes a la resolución de la instrucción, a pedido del fiscal el juez dispondrá que se proceda a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hubieren sido aprehendidas, salvo que, si se tratare de insumos, precursores químicos u otros productos químicos específicos, el Consejo Directivo del CONSEP podrá disponer, dentro de los sesenta días siguientes a su recepción, la utilización por una entidad del sector público, su enajenación para fines lícitos o su destrucción. La enajenación se realizará en la forma que decida este

organismo y a favor de las personas naturales o jurídicas previamente calificadas.

Para la destrucción se verificará la integridad de la envoltura y la identidad de la sustancia, y se comprobará el peso bruto y el peso neto, verificando si corresponde al que consta en el informe de investigación. En esta diligencia intervendrán el Juez, el Delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP y el Secretario del Juzgado".¹⁰⁷

Como se puede establecer, dentro de los primeros quince días de la Etapa de Instrucción Fiscal, el Juez, conjuntamente el Secretario del Juzgado y el Delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP, a pedido del Fiscal, tiene la obligación de proceder a la diligencia de entrega, pesaje, toma de muestras y destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización y "que hubieren sido aprehendidas.

Sin embargo, cabe preguntar, ¿qué acontece con las sustancias sujetas a fiscalización, que han sido aprehendidas, en los casos en que el Fiscal, dado algún impedimento legal no pueda dar inicio a la Etapa de Instrucción fiscal para poder proceder a la destrucción de dichas sustancias aprehendidas?; pues, para mi personal modo de ver, y luego de un detenido análisis de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en referencia, encontramos que no existe disposición legal que faculte su destrucción en la indagación previa; de manera que, si se llega a archivar la misma, es fácil colegir, que la droga o sustancia

¹⁰⁷ LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS DEL ECUADOR. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, año 2007, Quito - Ecuador, Art.21, Pág. 22.

estupefaciente decomisada, quedará retenida, indefinidamente, en este caso en las bodegas de la Policía Antinarcoóticos.

2.1. La sentencia y la de Destrucción de Muestras.

Otra disposición legal que señala la destrucción de la sustancia estupefaciente decomisada, la encontramos en el inciso cuarto del Art. 123 de la aludida Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, al ordenar:

"En la sentencia se ordenará la destrucción de las muestras de las sustancias Incautadas"¹⁰⁸

De manera que, una vez que ha llegado el proceso por narcotráfico a sentencia, en la cual se absuelve o condena al acusado, es obligación del Tribunal que dictó la sentencia, disponer la destrucción de las muestras o contra muestras que permanecen en poder del Delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP, lo que se contrapone a lo establecido y actuado por el fiscal y el juez en primera instancia. Cabe recordar, que estas muestras o contra muestras, son obtenidas de la diligencia de entrega, pesaje, toma de muestras y destrucción de la sustancia estupefaciente decomisada, la misma que es practicada, como hemos visto, durante los primeros quince días de la Etapa de instrucción Fiscal; muestras o contra muestras que permanecen en poder del funcionario antes aludido, como resguardo o previsión de futuros acontecimientos negativos, como la

¹⁰⁸ LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS DEL ECUADOR. Obra citada, Art. 123, Inc. 4to., Pág.23.

pérdida de las mismas al enviarse al laboratorio para el análisis químico, por ejemplo.

Sin embargo, así mismo, en este caso cabe preguntarse ¿qué sucede con estas contra muestras, en los casos en que el proceso termina y se archiva antes de que llegue a dictarse sentencia, como en los casos de sobreseimiento definido del proceso y del imputado, por ejemplo? Pues, de lo que he podido establecer, no existe disposición legal que faculte al Juez Penal, que dictó tal sobreseimiento definitivo y por ende el archivo del proceso, para que proceda a la destrucción de las muestras o contra muestras, de tal manera que, éstas permanecerán así mismo, de manera indefinida en poder del Delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP, generando una serie de consecuencias negativas, en perjuicio de nuestra sociedad.

3.- NECESIDAD DE ESTABLECER NORMAS QUE ORDENEN LA DESTRUCCIÓN DE LAS SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS DECOMISADAS.

3.1. En el Archivo de la Indagación Previa.

Como he manifestado en líneas anteriores, el Fiscal, antes de resolver la apertura de la instrucción fiscal, si no cuenta aún con elementos suficientes para aquello, puede iniciar una indagación previa, a fin de recoger elementos de convicción que le permitan posteriormente imputar y luego acusar. Es una verdadera investigación preprocesal, que puede durar un año para delitos sancionados con prisión y dos, para delitos sancionados con reclusión.

Si en aquellos lapsos de tiempo investigativo no le ha sido posible reunir suficientes elementos de convicción como para considerar que puede haber presunta materialidad de la infracción o imputar a alguien porque hay presunta responsabilidad en la misma, el fiscal debe solicitar al juez, mediante requerimiento debidamente fundamentado, el archivo de la indagación previa, cuando ha establecido, merced a la indagación preprocesal, que el acto no constituye delito, o cuando existe algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso; todo esto, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 38 del Código de Procedimiento Penal.

En los casos de los delitos por narcotráfico, y ya dentro de nuestra realidad jurídico procesal, generalmente, se procede al archivo de la indagación previa, en los casos en que se ha decomisado la sustancia estupefaciente o psicotrópica, pero sin embargo, no se tiene ni el menor indicio de cual podrá ser el presunto responsable de tal ilícito, como acontece por ejemplo, en el envío de drogas por correo, práctica ésta tan común en la actualidad, en la que si bien se confisca la droga, no se sabe ni cuál es el remitente ni cuál es el destinatario, porque para ello, el delincuente generalmente utiliza identificaciones falsas y cuando se siente descubierto, jamás se acerca a responder por su envío. De tal manera que en esta circunstancia, el fiscal enfrenta un obstáculo legal, al verse imposibilitado de imputar legalmente a alguien el cometimiento de esta infracción, por lo que una vez transcurridos los dos años que dispone la ley, por tratarse de una infracción sancionada con reclusión, tendrá que obligatoriamente desestimar su indagación previa, conforme al procedimiento establecido en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal.

Si analizamos el procedimiento establecido en el aludido Art. 39 del Código de Procedimiento Penal, para el archivo de la indagación previa,

encontramos que en ninguna parte se refiere a qué hacer con la presunta sustancia estupefaciente decomisada. Tal es así, que ni en esta disposición legal, ni en ninguna otra, tanto del Código de Procedimiento Penal, como de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, lo encontramos; de manera que en estos casos en que la ley no dispone de modo alguno el qué hacer o qué destino dar a la sustancia estupefaciente o psicotrópica decomisada, ésta permanecerá indefinidamente, e incrementando su cantidad, conforme el número de casos se presente, en las bodegas de la Policía de Antinarcóticos, generando una serie de efectos jurídico sociales negativos, como los veremos posteriormente.

3.2. La Terminación del Juicio Antes de Sentencia.

Había manifestado también, que según nuestra Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, únicamente en sentenciarse se ordena al Tribunal Penal la destrucción de las muestras de las sustancias incautadas, no existe ninguna otra disposición legal, dentro del proceso por narcotráfico, que lo permita hacerlo; es decir, se puede ordenar la destrucción de las muestras, únicamente en sentencia; olvidándose el legislador, que existen algunas circunstancias, por las cuales el proceso puede llegar a su fin antes de que se dicte sentencia, tal es el caso por ejemplo, en la extinción de la acción por la muerte del reo, como lo dispone el Art. 96 del Código Penal; o por amnistía o prescripción, al tenor de lo dispuesto en el Art.98 del mismo Código Penal; y en otros casos más en los que el proceso llega a su fin, antes de sentencia, merced a un sobreseimiento definitivo. Circunstancias éstas, en las que al llegar el proceso a su fin, antes de sentencia, no es posible la destrucción de las muestras, quedando éstas, así mismo, indefinidamente y acumulándose cada vez más, conforme el número de casos se presente, en las bodegas,

en esta vez, del CONSEP, con los consiguientes peligros que de ello puede derivarse.

Ante esta realidad jurídico procesal negativa, surge entonces la necesidad de que se introduzcan normas que permitan la destrucción de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas aprehendidas, en las diferentes circunstancias en las que el proceso llega a su fin antes de sentencia y en la sentencia, la misma que debe ser resguardadas de forma íntegra, por tener derecho el imputado de apelar la sentencia; y al no tener la materialidad de la prueba sobre lo que va a fundamentar el Juez de Garantías Penales o Tribunal Penal, e incluso cuando se desestime la denuncia o la indagación previa relacionada con delitos de narcotráfico. Normas que según mi criterio, deben ser introducidas en nuestra Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Código Penal y Procedimiento penal, a fin de evitar, como ya he manifestado, la creciente e indefinida mal destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que han sido aprehendidas.

Destrucción que como he manifestado, genera una serie de inseguridad jurídica para el procesado, incertidumbres y peligros para la sociedad, como son la mala aplicación del debido proceso, hechos de que puedan ser cambiados, violentados, atacados, por la delincuencia común y por ende sentenciar a ul procesado a lo mejor por una sustancia, que debe ser demostrata y presentada como efectiva prueba y materialidad de delito de forma pública.

Esto además contribuirá a controlar la manipulación dolosa, por parte de funcionarios, empleados y miembros de las mismas instituciones encargadas de su custodia, que de manera desaprensiva, pueden hacer

de ella un instrumentos para chantajes y extorsiones, incrementando con ello la delincuencia y por ende la inseguridad jurídica en nuestra sociedad.

De manera que, como fruto del presente trabajo, me permitiré plantear como alternativa de solución a la problemática investigada, una propuesta jurídica, tendiente a solucionar el presente vacío legal, en beneficio de toda nuestra sociedad ecuatoriana.

4. LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS DECOMISADAS, EN EL DERECHO COMPARADO.

Como es conocido, el Derecho Comparado es una rama de la ciencia general del Derecho, que tiene por objeto el examen sistematizado del Derecho Positivo vigente en los diversos países, ya con carácter general o en algunas de sus diversas instituciones. En términos generales podemos decir, que el objetivo de este estudio es el de establecer analogías y diferencias entre el sistema jurídico de dos o más países.

El Derecho Comparado ha originado tratados internacionales, en el que las partes contratantes se obligan a proporcionarse datos concernientes a su derecho, dentro de los diversos ámbitos del mismo; así tenemos:

4.1. Los Convenios y Tratados Internacionales en los Delitos de Narcotráfico.

Dentro de los Convenios y Tratados Internacionales, encontramos que al delito por narcotráfico se lo configura como un delito pesquisable de

oficio, en el que no es agraviado tan solo el consumidor, sino también la sociedad.

Así mismo, dentro de la esfera de los convenios y tratados internacionales, se considera al bien protegido, en esta clase de infracciones, a la vida humana, al derecho a existir que tiene la juventud especialmente y al ser humano en general. En este delito contrasta la actividad del infractor clandestino con la actividad también clandestina del consumidor, tal es así que el infractor tiene pasión por el dinero fácil y mal habido en busca de amasar fortuna, en tanto que el consumidor tiene pasión por el consumo; pasión que día a día se acrecienta más hasta sumirse en la desesperación, convirtiéndose en un ser humano capaz de cometer los más horrendos crímenes, en busca de saciar su sed de droga, hasta aniquilar sus fuerzas, por completo, para terminar en un problema humano y por último la muerte, sin excluir siquiera a los niños, si no que silenciosamente se extiende, cada vez más, como una gigantesca y creciente mancha negra, por todas partes.

4.2 El Derecho Comparado en la Destrucción de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas Decomisadas.

Como he manifestado, el objeto del estudio comparativo es de establecer analogías y diferencias entre los sistemas jurídicos de dos o más países; en el caso que me ocupa, mi objetivo es realizar un sintético estudio comparativo entre nuestra legislación ecuatoriana, con la de otros países especialmente latinoamericanos, cuya realidad jurídico social es muy similar a la nuestra, como son Perú, Bolivia y Colombia. Países éstos que se han destacado a lo largo de los últimos tiempos como productores y exportadores de grandes cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a fiscalización, y por ende con una gran experiencia en cuanto al combate de este flagelo; experiencia de la cual nuestro país

puede obtener un gran provecho, especialmente en materia de juzgamiento a narcotraficantes, y dentro de ello su procedimiento para la destrucción de la sustancia estupefaciente y psicotrópica decomisada. De manera que de dicho estudio comparativo llegar a valiosas conclusiones, que con seguridad me orientarán en la propuesta de reformas al régimen legal de la destrucción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a fiscalización, en nuestra Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Código Penal y Procedimiento Penal en actual vigencia, como es uno de los objetivos del presente trabajo investigativo.

7.- METODOLOGÍA

Para desarrollar el presente trabajo investigativo me permitiré hacer uso de herramientas técnicas de una manera ordenada, métodos y técnicas de investigación de lo cual señalo lo siguiente:

7.1. MÉTODOS

Método Inductivo.- Para establecer el sistema que va de lo general a lo particular, como lo es determinar el total de casos, y analizar concretamente un determinado número de aquellos en particular.

Método Deductivo.- Para señalar con claridad la realidad desde el punto de vista individualizado a la trascendencia jurídica social en general.

Método Comparativo.- Lo utilizaré en el estudio y análisis comparado de legislación de otros países y casos objeto de estudio.

7.2. TÉCNICAS

Para el desarrollo comprensivo del presente trabajo investigativo, aplicaré técnicas como:

- Recolección bibliográfica a través de fichas bibliográficas.
- Inserción en la realidad del problema, a través de observación directa.
- Aplicación de entrevistas a nivel general.
- Aplicación de encuestas a personas seleccionadas y que comprendan de la temática.

8.- CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	AÑO 2011						
	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE
Presentación y Aprobación del Proyecto	-----						
Desarrollo del Trabajo Investigativo		-----					
Encuestas, Tabulación de datos.			-----				
Elaboración de Borrador de Tesis.				-----			
Revisión Borrador de Tesis					-----		
Redacción Final						-----	
Presentación del Informe							-----

9.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

La presente investigación será realizada con recursos propios del investigador.

RECURSOS MATERIALES:

- Útiles de escritorio \$200,00
- Libros, revistas y otros \$500,00
- Reproducción de ejemplares \$200,00
- Encuadernación \$100,00
- Levantamiento de textos \$200,00
- Imprevistos \$100,00

COSTO TOTAL \$1.300,00

ÍNDICE

PORTADA.....	I
AUTORIZACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO	VI
TABLA DE CONTENIDOS.....	VII
1.-TITULO	1
2.- RESUMEN	2
ABSTRACT.....	4
3.- INTRODUCCIÓN.....	6
4.- REVISIÓN DE LITERATURA	10
4.1.- MARCO CONCEPTUAL.....	10
4.1.1. EL GARANTISMO PENAL SINÓNIMO DE JUSTICIA EN EL ECUADOR	10
4.1.2.- EL DERECHO PROCESAL PENAL CONCEPTO.....	13
4.1.3.- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL	20
4.1.3.1.- EL PROCESO PENAL.....	26

4.1.3.2.- PRESUPUESTOS DEL DEBIDO PROCESO.....	29
4.2.- MARCO DOCTRINARIO.....	39
4.2.1.- DEBIDO PROCESO PARA LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS, ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS.....	39
4.2.2.- LOS DELITOS RELACIONADOS CON SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS.....	43
4.2.3. LOS DELITOS DE SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS Y ESTUPEFACIENTES COMO PARTE DE LOS DELITOS DE RIESGO O DEL DERECHO PENAL DE RIESGO.....	52
4.2.4.- LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS DECOMISADAS Y DE SUS MUESTRAS.....	54
4.2.5.- AFECCIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA SANCIÓN DE DELITOS DE SUSTANCIAS PSICOTRÓPICOS Y ESTUPEFACIENTES.....	59
4.3. MARCO JURÍDICO.....	64
4.3.1. UN ENFOQUE A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.....	64
4.3.2.- ESTUDIO ANÁLITICO DE LA DESTRUCCIÓN DE LAS SUSTANCIAS NARCÓTICAS O ALCALOIDES EN LA LEY DE SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS Y ESTUPEFACIENTES, SU REGLAMENTO Y NORMAS CONEXAS.....	83
4.4.- LEGISLACIÓN COMPARADA.....	89
4.4.1.- LEGISLACIÓN VENEZOLANA.....	90
4.4.2.- LEGISLACIÓN PERUANA.....	92
4.4.3.- LEGISLACIÓN CHILENA.....	94

5.- MATERIALES Y MÉTODOS.....	97
5.1.- MATERIALES.-.....	97
5.2.- MÉTODOS.-.....	97
6.- RESULTADOS.....	100
6.1.- RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS.....	100
6.2.- ESTUDIO DE CASOS.....	115
7.- DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.....	128
7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.....	128
7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	131
7.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA PROPUESTA DE REFORMA AL ART. 121 DE LA LEY DE SUSTNACIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS DEL ECUADOR.	132
8.- CONCLUSIONES.-.....	135
9. RECOMENDACIONES.....	137
9.1.- PROPUESTA DE REFORMA.....	139
10.- BIBLIOGRAFÍA.....	141
11.- ANEXOS.....	144
ÍNDICE.....	182