



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

TÍTULO:

**“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS
PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LOS
DELITOS DE NARCOTRÁFICO EN EL ECUADOR”**

**TESIS PREVIA A OPTAR EL
TÍTULO DE MAGISTER EN
CIENCIAS PENALES**

AUTORA:

AB. CLAUDIA ARBOLEDA GUERRERO

DIRECTOR:

DR. NORMAN JARAMILLO VIVANCO. MG. SC.

LOJA- ECUADOR

2013

AUTORIZACIÓN

Dr. Norman Jaramillo Vivanco. Mg. Sc.

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

CERTIFICA:

Que la tesis de Grado para Optar por el Título de Magister en Ciencias Penales intitulada "EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO EN EL ECUADOR", presentada por la Ab. Claudia Arboleda Guerrero, 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, noviembre del 2013



DR. NORMAN JARAMILLO. MG. SC.

DIRECTOR DE TESIS

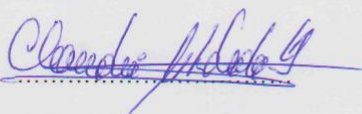
AUTORÍA

Yo Claudia Gabriela Arboleda Guerrero 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: Claudia Gabriela Arboleda Guerrero

FIRMA:



ÉDULA: 110421621-1

FECHA: Loja, noviembre del 2013

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

Yo, Claudia Gabriela Arboleda Guerrero declaro ser autor (a) de la Tesis titulada: **EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LOS DELITOS DE NARCOTRAFICO EN EL ECUADOR** Como requisito para optar al Grado de: **MAGISTER EN CIENCIAS PENALES**: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo 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 05 días del mes de noviembre del dos mil trece, firma la autora.

FIRMA: 

AUTORA: Claudia Gabriela Arboleda Guerrero

CÉDULA: 110421621-1

DIRECCIÓN: Loja, Av. Río Marañón 23-52 y Río Morona

CORREO ELECTRÓNICO: cayarboleda@hotmail.com

TELÉFONO: 2586-500 **CÉLULAR:** 0989878020

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Norman Jaramillo Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Adolfo Moreno Sánchez Mg. Sc.

(Presidente)

Dr. Pablo Guerrero Aguirre Mg. Sc.

(Vocal)

Dr. Richard Pérez Machado Mg. Sc.

(Vocal)

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi hija, mis padres y hermanos.

LA AUTORA

AGRADECIMIENTO

Agradezco en primer lugar a Dios, pues por él ha hecho posible mi realización personal y profesional.

Agradezco a mis padres, mis hermanos, mi hija y mi familia, quienes han sido mi apoyo fundamental.

De la misma manera expreso mi agradecimiento a todos los directivos, profesores y personal administrativo de esta prestigiosa universidad.

A mis compañeros, quienes personal y académicamente han compartido conmigo este nuevo triunfo.

LA AUTORA

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA	
AUTORIZACIÓN	
AUTORÍA	
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS.	
DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
TABLA DE CONTENIDOS	
1. Título	
2. Resumen	
Abstract	
3. Introducción	
4. Revisión De Literatura	
4.1. Marco Conceptual	
4.1.1. Breve Introducción A La Teoría Del Delito	
4.1.2. La Pena Y Sus Fines	
4.1.2.1. La Pena	
4.1.2.2. Fines	
4.1.3. El Principio De Proporcionalidad En El Derecho Penal	
4.2. Marco Doctrinario	
4.2.1. Análisis Doctrinario Del Delito De Narcotráfico	
4.2.2. Inaplicación Del Principio De Proporcionalidad Para El Juzgamiento Y Sanción De Los Delitos De Narcotráfico	
4.3. Marco Jurídico	
4.3.1. Principio De Proporcionalidad Y La Pena En El Ecuador	
4.3.2. Convención De Las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito De Estupefacientes Y Sustancias Psicotrópicas	
4.3.3. El Delito De Narcotráfico En La Ley De Sustancias Estupefacientes Y Psicotrópicas.	
4.4. Legislación Comparada	
4.4.1. Legislación De La República De Chile	
4.4.2. Legislación De La República De Venezuela	
5. Materiales Y Métodos	
5.1. Materiales	
5.2. Métodos	
6. Resultados	
6.1. Presentación, Interpretación Y Análisis De Los Resultados De Las Entrevistas.	
6.2. Estudio De Casos	
7. Discusión	
7.1. Verificación De Objetivos	
7.2. Contrastación De La Hipótesis	
7.3. Fundamentación Jurídica Para Garantizar La Aplicación Del Principio De Proporcionalidad En La Imposición De Penas A Los Infractores Del Delito De	

Narcotráfico
8. Conclusiones
9. Recomendaciones
9.1.- Propuesta De Reforma
10. Bibliografía
11. Anexos
Índice

1. TITULO

“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO EN EL ECUADOR”

2. RESUMEN

Los delitos de narcotráfico presentan un problema de índole social, política y jurídica a las naciones del mundo, puesto que este narconegocio ha puesto en evidencia las debilidades que presentan cada uno de los países en políticas de prevención y combate del narcotráfico, por ello, este trabajo de tesis, genera un análisis socio-jurídico de las causas y consecuencias del surgimiento y expansión del narcotráfico en las fronteras nacionales.

El estudio que desarrollo en este trabajo investigativo, aborda los temas relacionados al narcotráfico como delito en nuestra legislación penal así como también analizo y parto del estudio de la aplicación del principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas, puesto como es bien sabido, algunas penas impuestas en esta materia, resultan desproporcionadas con respecto a la sustancia incautada, puesto que las personas de escasos recursos que son víctimas de las grandes mafias, los utilizan para el tráfico de estas sustancias, mismos que al ser sentenciados reciben sentencias enérgicas y drásticas que no van en debida relación con el acto ilícito.

Mi estudio se caracteriza por ser una investigación científica, doctrinal, descriptiva y jurídica, en la cual propongo cambios a la aplicación de las penas en el Ecuador en materia de narcotráfico.

ABSTRACT

Drug offenses present a social, political and legal problem in all world's nations, since this drug business has exposed the weaknesses that each one of these countries have in their laws to prevent and combat drug trafficking, therefore, this thesis generates a socio-legal analysis of the causes and consequences of the emergence and spread of drug trafficking at national borders.

The development of this research work, deals with issues related to drug trafficking as a crime in our penal law as well as a study to analyze the application of the principle of proportionality in the application of penalties, since as it is well known, some penalties imposed in this matter, are disproportionated to the substance weight, since poor people are the victims of big mafia groups that used them to traffic these substances, whom are sentenced with energetic and drastic sentences that do not have the right relation with the ilegal act.

My study is characterized by a scientific, doctrinal, descriptive and legal research, in which I propose changes to the application of penalties in Ecuador, in drug trafficking.

3. INTRODUCCIÓN

La constante lucha contra el tráfico ilícito de drogas o narcotráfico se ha convertido en una fuente constante y permanente de afectación de derechos de los individuos y de la sociedad en muchos ámbitos cruciales, ha conllevado que la legislación y las políticas públicas se orienten a cada vez penalizar de manera más dura dicha vulneración a los bienes jurídicos afectados, las cuales no solamente han fracasado, sino que muchas veces se han traducido en la afectación de derechos fundamentales sin que el crimen organizado que se dedica a este tipo de ilícito se vea seriamente afectado.

Además es una constante extendida la afectación de un principio democrático y de derechos humanos como el de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad se diluye cuando se pretende responder de manera unívoca y estandarizada con el uso del derecho penal a conductas de muy diversa entidad, magnitud y gravedad. En ocasiones, incluso, la sanción penal prevista así como las condiciones del proceso penal son más duras que frente a ciertos delitos contra la vida, el cuerpo y la salud o delitos contra la propiedad. En el caso de los usuarios de drogas la amenaza de reclusión y de procesos penales, además, cumple una función disuasiva marginal.

Con el fin de adaptar y romper el esquema clásico de la pena como privación de libertad se ve la necesidad de incorporar penas no privativas de libertad al ordenamiento penal ecuatoriano, situación que no desvirtúa el significado de la teoría de pena, ni sus ejes fundamentales de sanción y

prevención, más bien se adecua al mandato constitucional de ocasionar el menor daño posible y la limitación del poder coercitivo del Estado. A su vez se aplicaría de manera directa el principio de proporcionalidad de la pena en relación directa con el ilícito cometido.

Que de conformidad con el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, se debe establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, deben existir sanciones no privativas de la libertad, las que tienen que respetar los derechos de las personas, y deben ser impuestas mediante procedimientos adversariales, transparentes, y justos.

Por todo esto, mediante esta investigación, se busca establecer si en las sentencias por narcotráfico se cumple o no con la proporcionalidad al aplicar una pena de privación de libertad en un delito de narcotráfico.

La presente tesis se encuentra estructurada a partir de la revisión de la literatura, en la cual, abarco el estudio de la teoría del delito, de la teoría de la pena así como analizo los elementos doctrinales correspondientes al narcotráfico, la afección del principio de proporcionalidad y el análisis jurídico desde el marco constitucional, leyes especiales y del derecho comparado. En el acápite de materiales y métodos, se hace referencia a los insumos utilizados para desarrollar la presente tesis así como los métodos utilizados en la comprensión y análisis de los referentes doctrinales, jurisprudenciales, en la investigación de campo y en la formulación de conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma. En el acápite de presentación de los resultados de la investigación de campo, presenté el análisis de la encuesta, entrevista y del estudio de casos y con estos datos en el acápite

de discusión, determinó si se ha logrado verificar los objetivos específicos, comprobar la hipótesis así como presento la propuesta jurídica para la reforma. Finalmente como parte final de mi trabajo investigativo, pongo a disposición de los lectores de mi tesis, lo referente a las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. BREVE INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO

Para empezar analizar la teoría del delito, es necesario partir analizando su conceptualización, desde los diferentes puntos de vista que la doctrina otorga para el estudio y consideración de esta temática.

Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín *delictum*, expresión de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa.

Según Carrara, el delito es una ***"infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto extremo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"***¹. El delito es un ente jurídico, que lesiona un derecho por la acción u omisión, por tanto no existirá delito alguno si la ley objeto de violación no tenga una pena fijada previamente.

Para Beling el ***"Delito es una sanción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada que satisfaga las condiciones de punibilidad"***². Es decir, para que un acto sea delito deben cumplirse los siguientes requisitos: a) acción descrita en la ley; b) que sea contraria al Derecho; c) culpabilidad sea que el autor haya obrado con dolo o culpa; d) que sea subsumible bajo una sanción penal adecuada; e) que se

1 HASSEL Guillermo Facultad de Abogacía, sede Posadas, de la Universidad Católica de Santa Fe. Año 2000. Bogotá Colombia. Pág. 12

2 MANTILLA Segovia Luis Armando. El derecho penal. Manual Jurídico. Colombia. 2000. Pág. 35

den las condiciones de punibilidad.

De la revisión literaria que he realizado, puedo colegir que los diferentes autores clasifican al delito de diversas maneras, entre ellas tenemos:

Agotado.- El que además de consumado se ha conseguido todos los objetivos que el autor se proponía y cuantos efectos nocivos podía producir el acto delictivo.

Causal.- Se lo considera en forma subjetiva, surge de forma repentina puede deberse a estímulo pasional. Civil.- Según la doctrina legal Argentina es el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro.

El Colectivo.-Llevado a efecto por dos o más personas contra un tercero, o contra varios.

El Común.-Sancionado por la legislación criminal ordinaria; es decir, por el Código Penal. En este sentido, los delitos comunes se contraponen a los especiales, los castigados en otras leyes.

Consumado.- Al referirse al delito consumado viene la idea si este fue por acción u omisión voluntaria del sujeto, es penado por la ley cuando la ejecución o abstención ha obtenido lo que el autor se proponía.

Cualificado.- Que es el agravado por circunstancias genéricas que regularmente se encuentran establecidas en la parte general de un código o por las específicas de algún delito en particular. También está el delito culposo en el que concurre la acción la omisión y la culpa en grado de imprudencia o negligencia.

De acción privada.- Es aquel que es perseguible sólo a instancia de

parte interesada; o sea, de la víctima, representantes legales, ciertos parientes o causahabientes, según los casos y los de acción pública que, por interesar al orden público, ha de ser perseguido de oficio.

Flagrante.- Es aquel en que el delincuente es sorprendido mientras lo está cometiendo; cuando es perseguido y detenido sin solución de continuidad con respecto a la ejecución, tentativa o frustración; y cuando es aprehendido en circunstancias tales, o con objetos, que constituyen indicios vehementes de la comisión del delito y de la participación del sospechoso; en el caso de nuestro código se lo considera flagrante hasta 24 horas después de cometido el delito, siempre y cuando la persecución sea ininterrumpida.

Para Jiménez de Asúa el delito tiene ciertas características que deben ser tomadas por la doctrina para el análisis, entre ellas, la actividad, adecuación típica, antijurídica, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, que en sí conforman parte de los elementos del delito bajo la teoría jurídica del delito.

Según Soler, las características propias del delito deben ser considerado como elementos, y entre estos tenemos: ***“La acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y la adecuación a una figura”***³

Estas características enunciadas fueron entendidas como lo mencione anteriormente como elementos propios del delito, en tal sentido la conducta (acción u omisión), antijurídica, culpabilidad y punibilidad son los elementos propios de delito, sin embargo la punibilidad es considerada como un

³ SOLER Miguel Estanlisnao. Manual de Derecho Penal Argentino. Ediciones BM. Buenos Aires – Argentina. 1999. Pág. 45.

elemento que no forma parte de delito sino que es su consecuencia.

Para Zaffaroni el delito constituye una conducta típica, antijurídica y culpable por ende delito se lo considera compuesto por una parte objetiva y otra subjetiva. Dentro de la primera parte se considera la acción humana juzgándola como típica o atípica y antijurídica, estas corresponden a la conducta y son consideradas como la parte externa.

Ahora voy a analizar de forma breve los elementos del delito en los que coinciden la mayor parte de los tratadistas.

- a) Tipicidad
- b) Antijuridicidad
- c) La Culpabilidad
- d) La Punibilidad

La tipicidad es la descripción de la conducta humana (acción u omisión) que se encuentra detallada en el tipo penal. La conducta prevista en un tipo penal siempre será típica, siempre y cuando, cumpla con los requisitos de antijuridicidad y culpabilidad.

La antijuridicidad no pertenece al derecho penal sino es una connotación que está presente en toda norma del derecho, por antijuridicidad la conducta debe ser contraria a la norma sin que exista ninguna causa de justificación.

La culpabilidad y la responsabilidad en muchas ocasiones son empleadas como sinónimos, sin embargo son dos cosas distintas. La responsabilidad es aquella que se atribuye al sujeto de un delito y a las consecuencias que de la infracción cometida se deriva, en cambio la

culpabilidad es aquella en la que se fundamenta la responsabilidad criminal.

A través de la evolución de la civilización se ha llegado a conceptualizar que no existe pena sin culpa, es así que con mayor firmeza las formas de responsabilidad arcaicas o venganzas colectivas han avanzado dando paso a atribuciones de culpabilidad.

En el transcurso de la historia inicialmente a quien actuaba al margen de la ley se lo castigaba por el resultado causado sin analizar si este fue provocado en forma dolosa, preterintencional o culposamente, **“Se lo denominó como el principio vesari in re illicita, que es una de las formas que asume la responsabilidad objetiva, actualmente el Derecho Penal para determinar que un hecho sea reprochable, exige que el autor haya participado de manera objetiva e intervenido subjetivamente en el hecho considerando el dolo, la preterintencional o la culpa”⁴**

En la teoría del delito la culpabilidad es una característica de la acción, es decir es esencial su presencia para calificar la acción.

La punibilidad no es elemento propio de delito sino una consecuencia. El modo de imputar no tiene siempre la misma fundamentación en todos los sistemas penales: unas veces el derecho exige una íntima vinculación entre el sujeto y su hecho, de modo que no existe responsabilidad sino cuando el hecho está arraigado en lo más íntimo de la personalidad del sujeto: en su pensamiento y en su voluntad; otras veces le bastaba al Derecho una mera atribución física y exige la responsabilidad con absoluta prescindencia de las intenciones, pensamientos o voliciones del sujeto.

4 ZAFFARONI Eugenio Raúl. *La Teoría Jurídica del Delito*. UBA. Buenos Aires – Argentina. 2007. Pág. 56

La primera se llama responsabilidad subjetiva o culpable; la segunda, responsabilidad objetiva o sin culpa. Para la Escuela Clásica, que por obra de Carrara pone como fundamento del hecho del castigo la imputación civil, que atribuye la violación jurídica al hombre que la cometió con voluntad inteligente, no es admisible la responsabilidad sin culpa.⁵

No ocurre lo mismo con las doctrinas penales que separándose de ideas abstractas de reparación y de justicia, fundan el derecho de castigar en la necesidad de la defensa social. En éstas, basta la comisión de un hecho prohibido para que, sin necesidad de investigar la voluntad de su autor, se lo recluya: si sufre de trastornos mentales; si es menor en un establecimiento correccional; si está alcoholizado en un asilo especial, etcétera.

Si el derecho de castigar, decía Ferri, ***"Es una simple función defensiva y no retribución jurídica de la culpa por el castigo, es indudable que podrá ejercérselo en el caso de que ciertamente no exista culpa ni responsabilidad moral, pero hay un daño, un peligro social. Esta concepción tiene asidero en los códigos civiles y se introduce como un avance legislativo; en los penales se presenta a propósito del homicidio involuntario, de la responsabilidad civil por el hecho de otra persona, del hecho de un animal, etcétera."***⁶

El derecho de la sociedad a defenderse de los individuos que le perjudican o amenazan, es independiente de la responsabilidad moral de

5 CARRARA Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte General Volumen I. Editorial Temis, Bogotá . Colombia. Pág. 62

6 CITADO POR WELZEL, Hans, El Nuevo Sistema de Derecho Penal, Berlin - Alemania, traducido al español por José de Santi. Pág. 97.

ellos. Todo consiste en adaptar a las diversas categorías de acciones los medios más oportunos de la defensa social.

Es de vital importancia, la capacidad para aceptar responsabilidad penal por parte del sujeto, pues si este por enfermedad, por falta de madurez o por evidente alteración de sus facultades psíquicas no obró con plena voluntad y conciencia (conocimiento), no es responsable penalmente, pues de acuerdo a la normatividad legal pertinente no puede convertirse en receptor de responsabilidad penal, y por tanto tampoco puede recibir el reproche social a la conducta considerada como contraria a la aspiración del ente colectivo, denominado culpabilidad.

4.1.2. LA PENA Y SUS FINES

4.1.2.1. LA PENA

El concepto de pena tiene su origen en el término latino ***“Poena y hace referencia al castigo que es establecido por un juez o un tribunal de acuerdo a lo estipulado por la ley, y que tiene como fin sancionar a aquel que haya cometido un delito o una falta”***⁷ La pena tiene como antecedente la aparición del delito bajo los esquemas de acción típica, culpabilidad y antijurídica. La pena es impuesta por un tribunal penal en un juicio previo.

Francisco Carrara sostiene que ***“La pena es un mal que de***

⁷ CARRARA Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte General Volumen I. Editorial Temis, Bogotá . Colombia. Pág. 62

conformidad con la Ley, el Estado impone a quienes con la forma debida son reconocidos como culpables de un delito⁸ La pena al ser considerada como un mal, representa el castigo que el Estado impone a las personas que ejecutan un acto ilícito, su mal es contrarrestado con otro mal el de la pena.

Franz Von Liszt expresa que la **“Pena no es otra cosa que, el tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa peligrosidad social, pudiendo ser o no un sujeto y teniendo como fin la infracción penal”**⁹ La pena al ser vista como un tratamiento supone que la misma tiene supuestamente fines de rehabilitación del ser humano que ha sido sancionado con la misma por haber infringido la ley penal, sin embargo la pena no solo es aplicable a una infracción penal sino también se la aplica en acciones administrativas, civiles y laborales.

Las penas tiene algunas clasificaciones doctrinarias que han sido tomadas en cuenta por los doctrinarios y establecidas inclusive en las leyes penales, entre estas tenemos:

Penas corporales.- Son aquellas que afectan a la integridad física y psicológica de las personas entre estas tenemos:

La tortura que **“Es el acto de causar daño físico o psicológico ya sea por medio de máquinas, artefactos o sin ellos, sin el consentimiento y en contra de la voluntad de la víctima generándose la**

8 CARRARA Francisco. Obra citada. Pág. 62

9 http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/cervantes_r_l/capitulo3.pdf

figura legal de apremio ilegítimo, vinculado principalmente al dolor físico o quebrantamiento moral que puede o no desembocar en la muerte¹⁰

La tortura siempre significa un trato deshumanizante por la utilización de métodos ortodoxos que conllevan al sufrimiento del ser humano por el dolor físico causado, la tortura fue utilizado en tiempos antiguos como medida drástica para torturar a los prisioneros de guerra y prisioneros políticos. Hoy en día la tortura está considerada como una acción ilegítima y vetada por los Estados que a través de la declaración de los derechos humanos ha sido declarada como un método ilegítimo de un Estado y eliminada como pena.

La pena de muerte ***“Es la más drástica, abolida en muchos países. Sin embargo, no se considera trato inhumano o degradante, al contrario que la tortura, es la sanción más grave y antigua de la historia. La pena de muerte, pena capital o ejecución consiste en provocar la muerte o asesinar a un condenado por parte del Estado, como castigo por un delito establecido en la legislación; los delitos por los cuales se aplica esta sanción suelen denominarle delitos capitales***¹¹

La pena de muerte es aquella en la cual, el juzgador decide quitarle la vida a una persona por el cometimiento de delitos capitales, los países que mantienen este tipo de pena capital es Estados Unidos de Norteamérica y

10 CALLE Campoverde Libia Elizabeth. La Penas y sus Finalidad en el Sistema Punitivo. Edición Aztra. Uruguay. 2000. Pág. 56

11 CALLE Campoverde Libia Elizabeth. Obra citada. Pág. 56

pese que la Declaración de los Derechos Humanos, mantiene en vigencia al derecho de la vida, en este país existe el irrespeto a este derecho.

Penas infamantes: Son aquellas penas que afectan el honor de la persona por ejemplo, la degradación.

Penas privativas de derechos.- Son aquellas penas que impiden o limitan el goce y ejercicio de ciertos derechos políticos, derechos de familia e inhabilitan para para ejercer ciertos cargos, profesiones u oficios. Las penas privativas de derechos comúnmente son aplicadas como penas accesorias que desprenden de la pena principal.

Penas privativas de libertad.- Las penas privativas de libertad son aquellas que restringen la libertad de las personas cuando han sido juzgados por el cometimiento de delitos tipificados en la ley penal.

La pena privativa de libertad no es otra cosa que la privación del derecho a la libertad por un tiempo determinado y que es emitido por el juez previo juicio oral, en donde se haya demostrado la culpabilidad de la persona y la existencia de la infracción. La privación de libertad se divide en prisión reclusión y arresto domiciliario.

Penas pecuniarias.- Las penas pecuniarias son aquellas que afectan al patrimonio personal de la persona son dictadas como penas accesorias que dependen de la pena principal.

La pena un instrumento de resocialización, sin abandonar su aspecto retributivo y preventivo general en efecto la tratadista Libia Calle menciona que la ***"Ejecución de las penas y medidas privativas de libertad tienen por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del internado a la sociedad. En el plano práctico, conduce a un "derecho***

penal" en que las personas devienen en objeto de manipulación en las manos de un Estado todopoderoso. Para evitar este grave peligro, no basta, como lo creía Maúrtua, contar con un sistema penitenciario organizado con la perfección necesaria. La experiencia de los últimos años en el mundo demuestra lo contrario. De allí que en países como Suecia, donde se han realizado serios esfuerzos para aplicar los métodos de tratamiento más avanzados, exista una fuerte corriente dirigida a reforzar un sistema penal basado en el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad y de responsabilidad de las personas"¹²

El más grave inconveniente que tradicionalmente ha tenido la pena privativa de libertad es la marginación social del delincuente, no solo durante el cumplimiento de la condena sino aun después de haber egresado del Establecimiento Penitenciario. Los efectos nocivos de la ejecución de la pena privativa de libertad se extienden a los familiares del interno que frecuentemente quedan en una situación grave de desamparo material y moral. El problema del delito también involucra a la víctima y sus familiares. Con el objeto de atenuar en lo posible estos factores negativos que inciden sobre la vida del liberado y de sus familiares, la ciencia penitenciaria aconseja reforzar los lazos que lo unen a su familia y amistades creando una serie de relaciones para que no se produzca ese aislamiento y apoyarlo para que esté en condiciones de reincorporarse plenamente a la sociedad para el cumplimiento de esta labor se tiene el apoyo de las Juntas Post Penitenciarias que funcionan en las regiones penitenciarias y estarán integradas por un equipo interdisciplinario con participación de diversos

12 CALLE Campoverde Libia Elizabeth. Obra citada. Pág. 58

representantes de las instituciones sociales.

La pena es, más bien, un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que, aparece en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales.

4.1.2.2. FINES

De acuerdo a la Escuela Clásica del derecho penal, se consideraba a la pena como un mal, a través de la cual se realizaba la tutela jurídica, siendo esta la única consecuencia del delito, por ende, su fin era el de tutelar los bienes jurídicos existentes en aquellos tiempos.

La Escuela Positiva, que radicalmente se apartó de los principios fundamentales del Derecho Penal, consideraba que la pena era un medio de defensa social, que se realizaba mediante la prevención general (a todos los ciudadanos), y la prevención especial (al delincuente), sosteniendo que la pena no era la única consecuencia del delito, ya que debía aplicarse una serie de sanciones y medidas de seguridad, de acuerdo con la personalidad

del delincuente.¹³ Durante esta escuela se determinó que el fin principal de las penas, dejaba de ser el restablecimiento del derecho violado y pasaba a ser el de la prevención, por lo tanto, las penas dejaron de ser determinadas y proporcionales al daño causado en coacción del delito, y pasaron a ser indeterminadas y desproporcionadas a la temibilidad del delincuente, entonces pues, esta Escuela propuso una serie de medidas de seguridad que llevaban por fin principal la reforma del delincuente, para poder devolverlo a la sociedad.

Existen así mismo, de acuerdo a la doctrina, tres teorías sobre el fin de la pena: Absolutas, Relativas y Mixtas.

Teorías Absolutas: Estas teorías suponen que la pena se impone exclusivamente porque el delincuente ha cometido un delito, la esencia de la pena es pura compensación, concebida como reparación o retribución. Recogen la idea de que los posibles efectos alcanzados por la imposición de la pena no tienen trascendencia alguna, lo importante es la afirmación del Derecho mediante la retribución de la pena por el mal causado. Esta teoría parte de que la pena es un mal, un mal que se impone al delincuente por el culpable incumplimiento de derecho. El mal de la pena compensa en virtud de una merma del derecho (del autor), la usurpación del derecho (ajeno) propia del delito.

La idea de retribución, se basaba en la famosa Ley del Talió que obligaba a que el daño sea reparado según su intensidad, tomando en cuenta el significado que tenía para la comunidad el delito cometido,

13 De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. "Derecho Penal Guatemalteco".

aplicándole al infractor el “ojo por ojo, diente por diente”, para que de esta manera el trasgresor padezca de la misma manera como lo hizo la víctima.

La retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena, para el restablecimiento del orden jurídico violado y que se realice una abstracta idea de justicia. De ahí que para las teorías absolutas la pena es un fin en sí misma, un puro acto de justicia y no el medio para alcanzar otro fin.¹⁴

Teorías Relativas: Las teorías relativas aceptan que la pena esencialmente es un mal, resaltando la necesidad de perseguir otras finalidades por medio de la imposición de una pena como la prevención de futuras infracciones, actuando sobre el propio delincuente y sobre la colectividad. Esta prevención es general y específica.

Prevención general: Se ejerce sobre toda la colectividad, dándole a la pena establecida en la ley una función intimidante que de cierta manera frena impulsos delictivos, y que una vez ejecutada y aplicada al transgresor su función pasa a ser la de ejemplar a la sociedad para la no comisión de ilícitos penales, operando como coacción psicológica, reafirmando y fortaleciéndola moral social, como Landrove Díaz señala: *“una lección para todos los ciudadanos revestida con la particular elocuencia que tiene la fuerza puesta al servicio de la justicia”*.¹⁵

Prevención especial: Va dirigida a la intimidación individual que se ejerce sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir que se realiza en el momento de ejecutar la pena impuesta en su contra, con el fin de que el

14 Landrove Díaz, Gerardo. "Consecuencias Jurídicas del Delito". Pag. 19

15 Landrove Díaz, Gerardo. "Consecuencias Jurídicas del Delito". Pag. 19

delincuente se aparte de la comisión de nuevos delitos. Otro fin, que se espera a través de la prevención especial es la recuperación social del delincuente, es decir que mediante la ejecución de la pena debe de lograrse la corrección del mismo, para re adaptarlo a la sociedad.

Teorías de la unión, mixtas o unificadoras. Como su nombre lo indica, estas teorías recogen las aportaciones de las teorías absolutas y relativas, fusionando la retribución y la prevención que no pueden subordinarse la una a la otra, sino coordinarse mutuamente. La retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención, al futuro, a evitar que se vuelva delinquir. Para estas teorías lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de este marco retributivo y, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos.

Luego del análisis a las tres teorías sobre el fin de la pena, y de acuerdo al Art. 11 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social de nuestro país, el fin de la pena es la rehabilitación integral de los internos, proyectada hacia su incorporación a la sociedad, y a la prevención de la reincidencia y habitualidad, con miras a obtener la disminución de la delincuencia; por lo tanto, en nuestro país el fin de la pena se encuadra en la prevención de futuras infracciones, actuando sobre el propio delincuente y sobre la colectividad.

4.1.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL.

Para referirme al principio de proporcionalidad en materia penal, debo partir en primer lugar haciendo un breve análisis del debido proceso como derecho fundamental de las personas, en la cual, se encuentra inmersa la proporcionalidad de la pena con relación al delito.

El debido proceso es una *“Institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones justificadas oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”*¹⁶

Constituye un principio jurídico procesal que tiene por objeto garantizar los derechos humanos fundamentales tanto del individuo como de la sociedad, frenando de esta manera la arbitrariedad y el abuso del poder estatal y de la administración de justicia. Establece una serie de reglas a observarse para el desarrollo de un proceso justo que conduzca a proteger al inocente mediante la búsqueda de la verdad.

¹⁶ HOYOS Arturo. Versión electrónica del debido proceso. www.adebidoproceso.com. Pág. 12

Entonces, el Debido Proceso Legal es la institución del Derecho Constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad en el trascurso del proceso penal y su resultado. Según el tratadista García, *“El concepto de Debido Proceso presupone el derecho de toda persona a recurrir al juez, mediante un proceso en el que se respeten todas las garantías, con el fin de obtener una resolución motivada, que sea conforme a derecho”*¹⁷

Bajo estas circunstancias, el debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso constitucional, penal, civil, tributario, aduanero, etc., y a la vez le permite tener oportunidad de ser oído, a no ser incomunicado y hacer valer sus pretensiones frente al juez unipersonal o pluripersonal. Es decir es un derecho fundamental que, el Estado está obligado a propugnar y asegurar que todas las personas gocen de este derecho.

La esencia de un Debido Proceso radica en que se respeten los preceptos legales que asisten a un individuo sometido a un proceso, por tal razón dichas normas deben ir encaminadas a garantizar a ese ciudadano su dignidad humana. Nuestros legisladores han establecido los derechos de los procesados tratando de evitar con ellos que se cometan arbitrariedades o abusos de parte de las autoridades.

El debido proceso como derecho exigible en el marco de los procesos previstos para la protección de los derechos fundamentales, resalta de modo

17 GARCÍA MORILLO, *DERECHO CONSTITUCIONAL*, VOL. 1, VALENCIA, 1994, PP. 216.

particular que las víctimas también tienen derecho a obtener protección judicial de conformidad con el debido proceso legal, lo cual presupone indudablemente el establecimiento de un principio de bilateralidad en el goce del derecho al debido proceso.

En tal virtud, el debido proceso tiene dos aspectos bien definidos, por un lado es una garantía básica que va dirigida a garantizar al justiciable sus derechos en el transcurso del procedimiento penal, y por otro lado permite que la víctima también pueda ejercer su derecho de participar como actor en los procedimientos judiciales, sin embargo hay que manifestar que la víctima en el proceso penal, al tratarse de los delitos de acción pública, tiene un papel pasivo, no interviene como un verdadero actor del proceso debido a que la fiscalía es la encargada de efectuar todo tipo de diligencias procesales que cumplan con la pretensión punitiva del Estado.

Como se puede apreciar, el debido proceso y sus garantías nos explican e ilustra diciéndonos que, para cada caso hay un camino que se debe seguir o que para cada trámite hay un procedimiento que se debe cumplir, es decir que, para cada acción y para cada juicio hay un proceso que obligatoriamente debe cumplirse. Para ello es preciso contar con normas claras, factibles, equilibradas, justas y que el ciudadano común pueda entender, sin la necesidad de asesoramiento alguno.

Los principios generales que en nuestro texto constitucional se recogen, establecen que le corresponde al Estado el deber de respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza la Constitución. Se estipula la igualdad de toda persona ante la ley, la aplicación directa de los derechos y garantías, la interpretación más favorable a la vigencia de los

derechos, la disposición de que los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, la reparación a la violación de los derechos, la responsabilidad del Estado ante la detención arbitraria, el error judicial, el retardo injustificado en la administración de justicia, la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, y toda violación de principios y reglas procesales. En tal sentido, la proporcionalidad de la pena es tomada en cuenta como un derecho de carácter fundamental que está plasmada en el debido proceso.

La pena que establezca el legislador al delito debe ser proporcional al delito, por ello, no debe admitirse penas exageradas o irracionales que afecten a la humanización del derecho penal. Hay que distinguir dos exigencias básicas al momento de hablar de la proporcionalidad de la pena:

“La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada. La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho deberá ser proporcional a la importancia social del hecho”¹⁸

El principio de proporcionalidad opera tanto en el momento de creación del Derecho por los legisladores, como en el de su aplicación por los jueces o tribunales, e incluso en el momento de ejecución de la pena, o consecuencia accesoria, por ello, se exige que todo sistema penal, la pena principal y accesoria, tenga conexión con el hecho social o fáctico que se juzga y que el mismo responda al interés del Estado de prevenir y rehabilitar

¹⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona – España. 1998. Pág. 99.

al reo y no la de provocar la venganza particular de las personas privadas de su libertad, esto se ha generado en la expansión del derecho penal garantista y de mínima intervención penal que determina que el derecho penal debe ser de ultima ratio y no como se lo ha venido utilizando como un derecho penal de primera ratio.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL DELITO DE NARCOTRÁFICO

El delito de narcotráfico está considerado como delito que lesiona el bien jurídico de la salud humana, siendo un delito de peligro, puesto que en el mismo no es posible avizorar un resultado de daño que perjudique al ser humano sino que sus efectos se presentan en el futuro.

El delito de narcotráfico se origina en la “***Década de los años 50, por el envío de cocaína de Bolivia, Perú, y Colombia a los Estados Unidos, luego del triunfo de la revolución cubana en 1959, desde 1960 se intensifica el tráfico de drogas en Colombia***”¹⁹ De ahí ha seguido una ruta de expansión espeluznante, en la cual, el narcotráfico está acompañado del uso violento de la fuerza, el uso y tráfico de armas, el sicariato y la corrupción que se ha enquistado en algunos sistemas de justicia, en la cual, la respuesta en contra de las personas dedicadas a este negocio ha sido casi nula y solo se evidencian que han sido sancionados personas de clase pobre.

¹⁹ ZALGUERO Andrade José María. El mundo de la droga. Ediciones Cortazar. Bogotá– Colombia. 1999. Pág. 23

Para referirnos al narcotráfico es necesario hablar de algunas denominaciones que nuestra ley da:

Estupefaciente.- Los Estupefacientes, constituyen sustancias depresoras que afectan al sistema nervioso, causando somnolencia y aminorando la actividad física.

Sustancia Psicotrópica.- Son sustancias psicotrópica, cualquier droga o químico que causa efectos sobre la psique de la persona.

La Convención Única de 1961, otorga una definición aceptable de narcotráfico, al manifestar en su Art. 1.1 “**Como el cultivo o cualquier tráfico de estupefacientes contrario a las disposiciones de la presente convención**”.²⁰

El tráfico está considerado como todo movimiento hacia dentro o fuera de una localidad, región o país, por ello, el narcotráfico representa el movimiento de la droga desde adentro hacia afuera y al interior de una nación. El narcotráfico “**Abarca la producción, distribución y venta de drogas**”²¹. 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 delito de narcotráfico es un delito que pertenecen a la esfera de los delitos de riesgo, puesto que en el mismo no encontramos un daño de

20 LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1988 CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS, Naciones Unidas, 1998.

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

resultado sino de peligro, en la cual, se afecta al bien jurídico de la salud humana.

El narcotráfico se define como tal a cualquier acto vinculado al comercio de las drogas, desde su producción hasta la obtención de ganancias por su colocación en el mercado, así como su reinversión para otorgarle a esas ganancias la apariencia de ser lícitas (lo que se conoce como legitimación de capitales, blanqueamiento de dinero o lavado de dinero) delito al que se le ha dado una importancia tal que ha pasado a ser autónomo con respecto al delito de tráfico de drogas.

El narcotráfico, se considera como uno de los delitos más graves en materia de drogas y como un verdadero flagelo de la humanidad, que destruye vidas, comunidades, genera delincuencia y quebranta el desarrollo de una sociedad sostenible, con lo que ha pretendido justificarse la ofensiva nacional e internacional para eliminarlo.

El narcotráfico es una actividad estructurada por manos jerárquicas, donde sus principales autores e implicados y sus principales organizaciones intentan intensificar el comercio de drogas ilícitas, por la creciente demanda de los diferentes tipos de droga, las organizaciones Narco delictivas se sienten en la obligación de cubrir la misma, por eso es fácil advertir que hay diferentes tipos de tráfico de este alcaloide, entre ellos tenemos:

Tráfico Aéreo.- Es una de las vías tradicionales que utilizan los narcotraficantes como medio de tránsito, naves o aeronaves públicas o privadas.

Tráfico Marítimo.- Consiste en utilizar como vía de transporte a

buques, lanchas rápidas, barcos, etc., para que transporten vía marítima sustancias ilícitas camufladas.

Tráfico Terrestre.- Es aquel en el que se utiliza como medio de tránsito, vehículos o cualquier medio de transporte vial, para que trafique de forma terrestre sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

El tráfico de drogas cubre actividades que van desde la compra, el financiamiento y el transporte de la materia prima, los insumos, los productos y los subproductos, el establecimiento de laboratorios, operación de los mismos y aeropuertos clandestinos, hasta la creación de intrincadas redes de comercialización, de aparatos de violencia y de soborno a funcionarios y políticos y de mecanismos para el lavado de dólares.

“Por otra parte, dado su carácter de ilegalidad, conlleva el establecimiento de sociedades secretas, cerradas y selectivas, como ocurre con todas las mafias. En la práctica, funciona como un mercado segmentado, con ofertas y demandas generadas en países distintos y muy localizados. En ese mercado, donde los protagonistas actúan con una gran racionalidad económica -buscando optimizar sus beneficios económicos y políticos- funcionan dos sectores: uno oligopólico, que controla las actividades más rentables del negocio (refinación, transporte y distribución al por mayor del producto, así como de lavado de los beneficios) y otro, competitivo, formado por los numerosos cultivadores independientes de la coca, refinadores y comerciantes del PBC o pasta básica, y distribuidores callejeros de la cocaína en los

principales centros de consumo²²

La cocaína, el producto principal del proceso, se caracteriza, por tener una oferta elástica, debida a la alta rentabilidad del rubro en comparación con otros cultivos y por la disponibilidad relativa de mano de obra y de tierra en los países productores, que son, a su vez, países pobres. Además, la cocaína tiene una demanda inelástica, por el carácter adictivo de la droga y por el gran número de consumidores con alto poder adquisitivo existente en los países industrializados o ricos. Los resultados globales del negocio son tan elevados, que lo han convertido en uno de los negocios más rentables del mundo. El narcotráfico ha traído como consecuencia grave, la dependencia generalizada a las drogas o su adicción por parte de los seres humanos.

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 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***

22 ZALGUERO Andrade José María. El mundo de la droga. Ediciones Cortazar. Bogotá – Colombia. 1999. Pág. 23

Aristotélica de Salónica, 2000; Bennett, 2000; Meijer et al., 2002)²³

Este estudio evidencia que los consumidores de drogas son las personas que por su nivel de adicción, cometen diferentes tipos de delitos a la propiedad con el objetivo de obtener los recursos económicos para comprar estas sustancias. 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.

4.2.2. INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA EL JUZGAMIENTO Y SANCIÓN DE LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO.

Los delitos de narcotráfico, como ya se lo mencionó, forman parte de los delitos de peligro, 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,

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

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***"²⁴.

En tal sentido, la sanción de los delitos de narcotráfico 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, esto desde el punto de vista fáctico, que decir desde el punto de vista jurídico, en donde se vulneran desde instrumentos internacionales hasta los principios generales del Derecho.

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

24 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. 2007 Pág. 228 a 239.

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 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 manifiesta 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.

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 puniendi.

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 narcotráfico 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.

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**”²⁵.

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

²⁵ PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD; Disponible en www.google.com.ec; Enlace: http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_proporcionalidad

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. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PENA EN EL ECUADOR

El Ecuador es uno de los países que ha ingresado a la esfera nacional e internacional de combatir el narcotráfico y de reducir los niveles de

adicción a las drogas, por ello, se está ejecutando programas que buscan mejorar la prevención del delito y garantizar la rehabilitación de las personas consumidoras.

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”²⁶

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

En la Constitución de la República del Ecuador no encontramos

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

aportes de la individualización de la pena sino únicamente el señalamiento de algunos derechos de protección que deben ser de directa aplicación en todo trámite penal.

El Art. 76 *ibídem*: **“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:**

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

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”²⁷

El derecho al debido proceso dentro de la Constitución ha sido agrupado como derechos de protección, en la cual, el Estado garantiza a las personas procesadas el derecho a que la autoridad judicial garantice sus derechos en cualquier proceso judicial así como también se aplique en favor de los procesados el principio de reserva de la ley o de legalidad, en la cual,

²⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. Pág. 34

ninguna persona podrá ser sancionada sin que exista una ley previa que describa el delito e imponga la pena respectiva.

Un derecho previsto como parte del debido proceso, es el derecho a la proporcionalidad de la pena, en la cual, la sanción que se aplique debe estar ajustada al mal causado y no se desproporcional.

“6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”²⁸

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.

El Art. 77 *ibídem* expresa que **“En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:**

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”²⁹

La imposición de penas alternativas tiene un carácter especial en el

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

29 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 34

Ecuador, puesto que su aparición comienza con la aprobación de la nueva Constitución y de la aplicación del sistema garantista que implica el reconocimiento de un derecho penal humanitario, de mínima intervención y de última ratio.

4.3.2. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS

Los convenios y tratados internacionales forman parte de la estructura jurídica de nuestro país por lo tanto son considerados como normas constitucionales que están jerárquicamente por debajo de la Constitución de la República del Ecuador. Los convenios y tratados internacionales obligan a las naciones a incorporar ciertos derechos y obligaciones que cada nación debe cumplir de forma estricta previo aprobación de la Asamblea Nacional, previo el dictamen emitido por la Corte Constitucional, en tal sentido, la comunidad internacional frente a los problemas que ha traído el narcotráfico, ha celebrado y ha adoptado La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, con el objetivo de combatir contra la lucha contra el narcotráfico, por ello, analizaré los aspectos más relevantes e importantes de este convenio:

“1.- Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

1) La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la

oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971;

II) El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada;

III) La posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado I);

IV) La fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para dichos fines;

v) La organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv)³⁰

Los convenios internacionales aparecen cuando se unen las opiniones o puntos de vista de sujetos de orden jurídico internacional, sobre

³⁰ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas http://www.worldpolicies.com/espaniol/es_viena_anexo.html

cuestiones o problemas que surgen en sus relaciones internacionales se crean los acuerdos internacionales. En tal sentido, la lucha contra el negocio del narcotráfico tiene tal dimensión, mueve tal cantidad de miles de millones de dólares, involucra a tal cantidad de Estados, está infiltrado de tal manera en las altas esferas de poder de naciones ricas y pobres, abarca un mercado mundial de tal magnitud y finalmente, envenena a tal cantidad de seres humanos, que desafía el corazón del sistema de una manera contundente, pone en tela de juicio los valores de la sociedad moderna y refleja los elementos más hondos de una crisis y un desmoronamiento, capaz de conducir a millones de personas a la autodestrucción ante la evidencia de un mundo que muchas veces parece no valer la pena de ser vivido.

Los problemas que surgen del narcotráfico son muy graves, por un lado, el daño social que produce a los ciudadanos y que termina en la muerte, la destrucción de las familias, así como de la economía de los países, aunque para los que producen drogas significa un gran negocio

A nivel internacional, el narcotráfico, por tener efectos más allá de las fronteras de un solo Estado, es clasificado como un delito transnacional. La táctica que ha vislumbrado la comunidad internacional para combatirlo recae primordialmente en los esfuerzos de las autoridades nacionales, quienes tienen al alcance de sus manos los mecanismos de cooperación internacional codificados en tratados, como la extradición, la asistencia jurídica mutua, la entrega controlada, agentes encubiertos, operaciones conjuntas, aseguramientos de bienes y división de activos, por ello, las Naciones Unidas a través de la Convención Contra el Tráfico Ilícito de

Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, ha determinado los roles y tareas que cada nación debe jugar para combatir al narcotráfico.

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

Las Partes podrán disponer, en los casos de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, que, como complemento de la declaración de culpabilidad o de la condena, el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social”³¹

El narcotráfico ejerce su poder para penetrar en las estructuras de la sociedad civil, para intervenir en las redes de toma de decisiones y para controlar parte de los territorios nacionales. Y usa la fuerza a través de grupos paramilitares para desestabilizar los Estados e imponer sus propias leyes y valores, violando los derechos humanos y poniendo en peligro la permanencia del sistema democrático. Las drogas afectan a la salud de quienes las consumen, y en particular la de los jóvenes y los niños. Las diversas opciones para combatir la droga se discuten tanto a nivel de los países involucrados, como en el plano internacional, sin embargo al estar involucrados en un sistema capitalista en crisis, donde la pobreza borde al

31 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas http://www.worldpolicies.com/espaniol/es_viena_anexo.html

“80% de la población”³², es indiscutible que este conlleva a que las personas de escasos recursos se involucren en estos actos reñidos con la ley para ser utilizados en la mayoría de casos como mulas o personas que permiten el paso o transporte de los alcaloides, siendo detenidos por cantidades ínfimas que no determinan que se les impongan una pena drástica sino una proporcional, y por ello, el convenio reconoce este derecho absoluto de las personas para que se les impongan sanciones leves y que no supongan la imposición de penas inhumanas.

La pena habrá de atender a la gravedad del delito cometido, esto es, al contenido de injusto, al mal causado y a la mayor o menor reprobabilidad del autor. Consecuentemente, analizándose un conjunto de delitos será posible graduarlos entre sí comparativamente. Es decir, no sólo es preciso ponderar el grado de libertad que se consigue con la limitación penal y el beneficio que se obtiene de ésta, sino además las diferentes intervenciones del derecho penal entre sí.

Con la proporcionalidad se observa la obligatoriedad de equilibrio entre la entidad del delito y la entidad de la sanción. La pena debe guardar una relación de proporción con el concreto hecho cometido, de forma que si se produce un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el desvalor de la conducta y la sanción penal privativa de libertad, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad en el tratamiento de la libertad personal.

32 DATOS DEL INEN. 14 de enero del 2010. Quito – Ecuador.

4.3.3. EL DELITO DE NARCOTRÁFICO EN LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS.

El narcotráfico es la producción y comercio de drogas ilegales. La droga es una sustancia que modifica una o varias de las funciones del organismo.

Generalmente las drogas prohibidas se producen en países subdesarrollados, en lugares con poca presencia del estado. A cargo de esta tarea están los llamados “carteles”, que pueden variar de tamaño, y que son verdaderas asociaciones ilícitas. En algunos lugares estos grupos tienen tal poder que pueden rivalizar abiertamente con las fuerzas del estado, mientras sus líderes mantienen la impunidad.

En cuanto a los países consumidores, éstos son principalmente los del primer mundo. Cuando los estupefacientes llegan a estas regiones su precio ya ha ascendido considerablemente. Es por ello que los estados de los países consumidores han tomado medidas serias, creando divisiones especialmente preparadas para lidiar con estos problemas.

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, es una Ley netamente especial que rige para los casos de sustancias sujetas a fiscalización.

La Ley de Sustancias Estupefaciente y Psicotrópicas tiene como objetivo “**Combatir y erradicar la producción, oferta, uso indebido y**

tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas³³

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas surge con la iniciativa de perseguir y reprimir las actividades relacionadas con lo que en doctrina conocemos como narcotráfico, actividad que los Estados han reprimido por la consideración de los efectos que genera la actividad en la sociedad, legislación que tuvo origen en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1988 que resulta el marco legal a partir del cual se desarrollan las acciones de control penal por parte de los países que son parte de esta Convención donde se encuentra nuestro país. El escenario que la ley plantea es completo, pues se considera desde la perspectiva de la prevención, control, fiscalización, represión y rehabilitación de las personas inmersas dentro de las actividades detalladas en la ley antes citada.

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en su artículo 2 establece. ***“Declárese de interés nacional la consecución del objetivo determinado en esta Ley, las acciones que se realicen para su aplicación y, de manera especial, los planes, programas y actividades que adopten o ejecuten los organismos competentes.***

Las instituciones, dependencias y servidores del sector público y las personas naturales o jurídicas del sector privado están obligadas a suministrar la información y a prestar la colaboración que determina esta Ley o que establezcan las autoridades a las que compete su

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

aplicación.³⁴

En tal sentido al estar declaradas como política nacional la prevención del consumo de drogas como todo el tráfico ilícito y tenencia de drogas así como también la rehabilitación de las personas adictas al consumo de las drogas, sin embargo al referirse este trabajo al narcotráfico me referiré a lo contenido en la ley para este delito.

Con ello se intenta prevenir la nocividad y peligrosidad potencial que las drogas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas entrañan por el uso y consumo generador de procesos patológicos y desequilibradores, de una mayor morbilidad y de perturbaciones mentales de difícil vencimiento y superación, precipitándose la degradación física y psíquica del individuo, pudiendo incluso sobrevenir la muerte del usuario en los períodos avanzados de drogodependencia. El ámbito de la ley es muy amplio, abarca en sí las actividades que se relacionan con:

- 1) al cultivo de plantas para la obtención de sustancias estupefacientes de sustancias psicotrópicas y cualquier forma de cosecha, recolección, transporte, almacenamiento;
- 2) el ámbito de la producción, elaboración, extracción;
- 3) la oferta, venta distribución o corretaje;
- 4) la prescripción, dosificación, administración o sustancias sujetas a fiscalización;
- 5) la preparación de cápsulas para embalaje;
- 6) el almacenamiento, la remisión, o envío de sustancias

³⁴ LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS. Versión digital. 2011. Art. 2

estupefacientes o psicotrópicas;

7) el comercio tanto externo como interno; 8) la asociación para ejecutar cualesquier actividad relacionada a drogas.

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

Se entenderá por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas u otras sujetas a fiscalización toda transacción mercantil o toda entrega, a cualquier título, de dichas sustancias, realizada en contravención a los preceptos de esta Ley”³⁵

En este delito se encontramos como bien jurídico protegido a 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 tráfico ilícito, ya que de esta acción presume la intencionalidad de las personas de efectuar transacciones mercantiles o de entregar, a cualquier título, sustancias sujetas a fiscalización.

El tráfico ilícito de drogas constituye la ejecución de un acto (que puede ser de cultivo, elaboración, tráfico o de otra naturaleza equivalente), que promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Según se trate de sustancias o

³⁵ LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS. Versión digital. 2011. Art. 2

productos que causen o no grave daño a la salud, las penas son mayores, pudiendo alcanzar hasta los doce años de prisión y los 100 millones de pesetas de multa.

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

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.”***³⁶

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. El narcotráfico es una de las actividades ilícitas que tiene una relación muy amplia con otros delitos de acción pública como son tráfico de personas o trata de blancas, tráfico de personas, tráfico de armas, lavado de dinero o activos, corrupción entre otras. Esto significa que un país que tenga una alta actividad de

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

narcotraficantes tendrá una gran debilidad política, de seguridad y nacional para combatir el nivel de delincuencia que se genera en su nación.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE CHILE

La República de Chile a través de la Ley de Drogas, sanciona al delito de tráfico ilícito de drogas con penas fuertes así como también determina las circunstancias necesarias para que se configure el delito.

El Art. 2 de la Ley de Drogas con respecto al tráfico ilícito de precursores expresa que ***“La producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de sustancias químicas esenciales, con el objetivo de destinarlos a la preparación de drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas para perpetrar, dentro o fuera del país, alguno de los hechos considerados como delitos en esta ley, será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.*”**

Si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior se hubiere realizado sin conocer el destino de los precursores o de las sustancias químicas esenciales por negligencia inexcusable, la pena

será de presidio menor en sus grados mínimo a medio³⁷

En tal sentido para que se configure el delito de tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, es necesario que el sujeto activo de este delito se dedique a la producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de sustancias químicas esenciales que permiten la elaboración o transformación de todo tipo de drogas para el consumo humano.

El Art. 3 ibídem expresa que ***“Las penas establecidas en el artículo 1º se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias.***

Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas³⁸

El tráfico de drogas en Chile se configura cuando las personas sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten sustancias estupefacientes y psicotrópicas para promover el consumo de las mismas en el territorio nacional. Debo manifestar que este delito tiene en gran parte similitud con el tipificado en el Ecuador, puesto que ambos

37 LEY DE DROGAS DE LA REPÚBLICA DE CHILE. versión digital.

38 LEY DE DROGAS DE LA REPÚBLICA DE CHILE. versión digital.

señalan como actividades ilícitas, la transacción mercantil o venta de estas sustancias sin contar con el permiso respectivo.

4.4.2. LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA

Venezuela es otro de los países, al igual que el Ecuador, están en la lucha contra el narcotráfico, por ello, las variadas conceptualizaciones de este delito han traído su tipificación en la Ley Orgánica de Drogas.

El Art. 27 de la Orgánica de Drogas, expresa que el tráfico ilícito de drogas, ***“Consiste en la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, envío, transporte, importación o exportación ilícita de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica; la posesión o adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica con objeto de realizar cualesquiera de las actividades anteriormente enumeradas; la fabricación, transporte o distribución de equipos, materiales o de sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, a sabiendas que serán utilizadas en el cultivo, producción o fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para dichos fines; y la organización, gestión o financiación de alguna de las actividades enumeradas anteriormente”***³⁹

El artículo citado, da una definición clara del significado de tráfico

³⁹ LEY ORGÁNICA DE DROGAS DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. versión digital.

ilícito de drogas, puesto que asimila a la misma como producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, envío, transporte, importación o exportación ilícita de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica, inclusive incursionando con las prohibiciones previstas en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

En cuanto se refiere a la sanción, el Art. 149, expresa que ***“Él o la que ilícitamente trafique, comercie, expendá, suministre, distribuya, oculté, transporte por cualquier medio, almacene o realice actividades de corretaje con las sustancias o sus materias primas, precursores, solventes y productos químicos esenciales desviados a que se refiere esta Ley, aún en la modalidad de desecho, para la producción de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, será penado o penada con prisión de quince a veinticinco años. Si la cantidad de droga no excediere de cinco mil (5000) gramos de marihuana, mil (1000) gramos de marihuana genéticamente modificada, mil (1000) gramos de cocaína, sus mezclas o sustancias estupefacientes a base de cocaína, sesenta (60) gramos de derivados de amapola o quinientas (500) unidades de drogas sintéticas.***

Si la cantidad de droga excediere de los límites máximos previstos en el artículo 153 de esta Ley y no supera quinientos (500) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de marihuana genéticamente modificada, cincuenta (50) gramos de cocaína, sus mezclas o sustancias estupefacientes a base de cocaína, diez (10)

gramos de derivados de amapola o cien (100) unidades de drogas sintéticas, la pena será de ocho a doce años de prisión.

Quien dirija o financie las operaciones antes mencionadas, con las sustancias, sus materias primas, precursores, solventes o productos químicos esenciales desviados, a que se refiere esta Ley, aun en la modalidad de desecho y drogas sintéticas, será penado o penada con prisión de veinticinco a treinta años será de doce a dieciocho años de prisión⁴⁰

En tal sentido es fácil advertir, que la pena prevista para sancionar el narcotráfico, tiene en sentido drástico y severo, puesto que dentro de esta hipótesis jurídica, se imponen penas que oscilan entre 8 a 16 años de privación de la libertad, sin tomar en cuenta quienes son las personas que ejecutan con mayor frecuencia estos hechos.

40 LEY ORGÁNICA DE DROGAS DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 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 jurídico utilicé textos y material relacionados con materia penal, en especial en el ámbito procesal, 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, puedo mencionar que en cuanto al marco conceptual lo elabore con la ayuda de los diccionarios y consulta de autores. Estas fuentes de información me permitieron conceptualizar los diferentes términos referentes a esta tesis, así como determinar sus diferentes acepciones o sinónimos.

En cuanto al análisis de la problemática, constituyendo la doctrina, recurrí a los libros de autores como Claus Roxín, Eugenio Zaffaroni, Francisco Carrera, Jacoks, etc., autores, doctrinarios o conocedores de la materia penal, es especial de la dogmática penal, que por su extensa experiencia y sapiencia me permitieron usar sus ideas y criterios para fundamentar el presente discurso, proporcionándome incalculables conocimientos e interpretaciones sobre mi trabajo investigativo.

La red de internet y compendios de otros países constituyó, dentro del

marco de legislación comparada, una fuente sumamente importante de investigación, pues me permitió encontrar la normatividad adecuada, tanto de países como Venezuela, Guatemala y Costa Rica, misma 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, me apoyé en primer lugar en el método científico, camino adecuado que me permitió llegar al conocimiento pertinente de la problemática referente al medio ambiente, ya que ésta parte de la observación de un hecho o fenómeno de la realidad objetiva, en este caso la individualización de la pena como necesidad integrante para cumplir con los principios de proporcionalidad y legalidad, 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, con el producto del resultado de la experiencia, basándome en la observación de los hechos, acontecimientos y en la práctica concreta, pude llegar a verificar con datos tomados de 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, puede extraer algunas conclusiones o consecuencias,

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 al ser este un método universal, y al establecer que los conocimientos son comunes en todos los métodos particulares, interprete la realidad; ya que por él se puede determinar las consecuencias precisas de la problemática y emprender las resoluciones concretas que tienden al bienestar de una sociedad.

Los resultados de la investigación recopilada, como es evidente, se expresan en el presente informe final, mismo 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 durante el tiempo analizado; además realicé un adecuado estudio de la problemática.

Con todo el trabajo realizado pude llegar a establecer la verificación de los objetivos y la contrastación de hipótesis planteadas al iniciar la investigación jurídica, con lo que posteriormente he podido emitir las conclusiones, recomendaciones y proyecto de reforma destinado a ofrecer una alternativa para el mejor control de la problemática, en cuanto a la proporcionalidad de la pena en delitos de narcotráfico.

6. RESULTADOS

6.1 PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.

Siguiendo con la planificación de mi tesis, apliqué 30 entrevistas dirigidas a abogados en libre ejercicio de la profesión, cuya actividad está orientada a la defensa en materia penal, obteniendo los siguientes resultados:

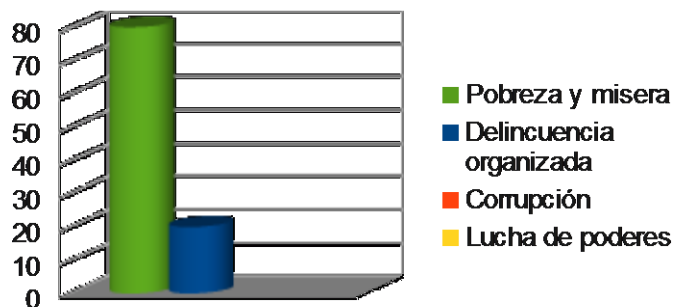
PRIMERA PREGUNTA:

Según su criterio, ¿A qué causas se atribuye que el narcotráfico se haya expandido en el Ecuador?

Cuadro Nro. 1

INDICADOR	FRECUENCIA	%
Pobreza y miseria	20	80%
Delincuencia organizada	10	20%
Corrupción	0	0
Lucha de poderes	0	0
TOTAL	0	100%

Fuente: Aplicación de encuestas a Abogados de Loja
 Autora: Abogada Claudia Arboleda Guerrero.

Gráfico Nro. 1

Interpretación

De los encuestados, 20 personas que corresponden al 80% manifestaron que la pobreza y miseria ha dado paso a la expansión del delito de narcotráfico, mientras 10 personas que corresponden al 20%, afirman que este delito se ha incrementado debido a la delincuencia organizada.

Análisis

El delito de narcotráfico en el Ecuador, aparece como consecuencia del crecimiento de la delincuencia organizada y de la extrema pobreza que viven algunos sectores del Ecuador, en la cual, por su situación económica son presa fácil para hacerlos ejecutar delitos de esta envergadura, sea con ánimo de hacerse poderosos o simplemente ganarse un recurso económico para el mantenimiento diario de sus seres queridos.

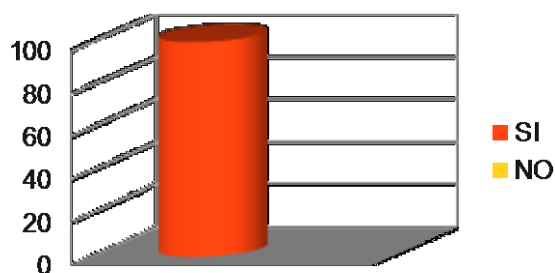
SEGUNDA PREGUNTA:

¿En su práctica profesional ha ejercido la defensa de las personas privadas de la libertad por delitos de narcotráfico?

Cuadro Nro. 2

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

Fuente: Aplicación de encuestas a Abogados de la ciudad de Loja
 Autora: Abogada Claudia Arboleda Guerrero.

GRÁFICO Nro. 2**Interpretación**

De los encuestados, el 100% que corresponden a 30 personas afirman que han defendido a las personas procesadas en delitos de narcotráfico.

Análisis

La ciudad de Loja presenta un índice elevado de personas detenidas por delito de narcotráfico, lo que evidencia que este delito ha crecido en los últimos años.

TERCERA PREGUNTA:

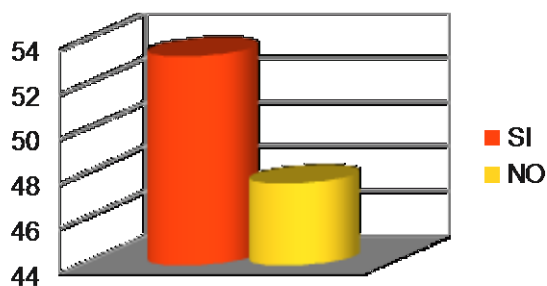
¿Considera usted que la actual Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, garantiza la aplicación adecuada del debido proceso?

Cuadro Nro. 3

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	16	53,34%
NO	14	47,66%
TOTAL	30	100%

Fuente: Aplicación de encuestas a Abogados de la ciudad de Loja
 Autora: Abogada Claudia Arboleda Guerrero.

GRÁFICO Nro. 3



Interpretación

De los encuestados, 16 personas que corresponden al 53,37% mencionan que ha que la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas si garantizan la debida aplicación del debido proceso, mientras que 14 personas que corresponden al 47,66% mencionan que esta ley vulnera los derechos consagrados en el debido proceso.

Análisis

Existe violación del debido cuando este no es garantizado de forma adecuada, en especial, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, no garantiza la debida aplicación de este derecho fundamental por tener una concepción castigadora y no preventiva.

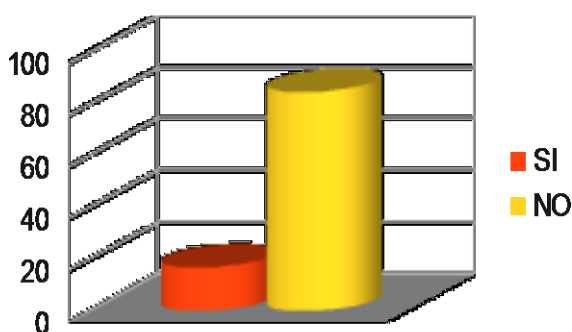
CUARTA PREGUNTA:

¿Considera usted que los jueces de garantías penales al dictar sentencia en delitos relacionados al narcotráfico aplican correctamente el principio de proporcionalidad en la imposición de las penas privativas de libertad?

Cuadro Nro. 4

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	5	16,67%
NO	15	84,33%
TOTAL	30	100%

Fuente: Aplicación de encuestas a Abogados de la ciudad de Loja
 Autora: Abogada Claudia Arboleda Guerrero.

GRÁFICO Nro. 4**Interpretación**

De los encuestados, 5 personas que corresponden al 16,67% consideran que en la imposición de penas si se garantiza la debida

aplicación de la proporcionalidad en la imposición de penas en los delitos de tránsito; mientras que 15 personas que corresponden al 84,33% mencionan que los Jueces de Garantías Penales, no garantizan la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición de penas en delitos de narcotráfico.

Análisis

Los datos obtenidos me permiten determinar que el criterio generalizado es que los Jueces de Garantías Penales, no aplican de forma correcta el principio de proporcionalidad al momento de establecer las penas a las personas que han cometido delitos de narcotráfico en el Ecuador.

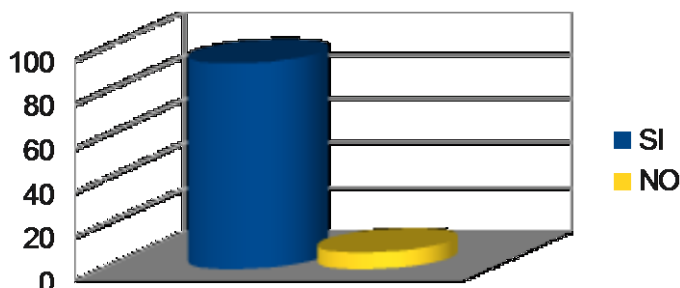
QUINTA PREGUNTA:

¿Cree usted que la imposición de las penas privativas de libertad en los delitos de narcotráfico ha sido aplicada desde un punto de vista deshumanizante y desproporcionalizado por los jueces de garantías penales del Ecuador ?

Cuadro Nro. 5

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	28	93,33%
NO	2	7,67%
TOTAL	30	100

Fuente: Aplicación de encuestas a Abogados de la ciudad de Loja
 Autora: Abogada Claudia Arboleda Guerrero.

GRÁFICO Nro. 5**Interpretación**

De los encuestados 28 personas que corresponden al 93,33%, manifestaron que la penas impuestas en delitos de narcotráfico son inhumanas, mientras que 2 personas que corresponden al 7,67% expresaron que no son inhumanas sino proporcionalizadas de acuerdo al mal causado.

Análisis

Las penas impuestas en materia de narcotráfico son inhumanas, puesto que las mismas responden a la política represiva del estado, en la cual, los más pobres son víctimas de estas penas crueles que no están en proporcionalidad con el delito cometido.

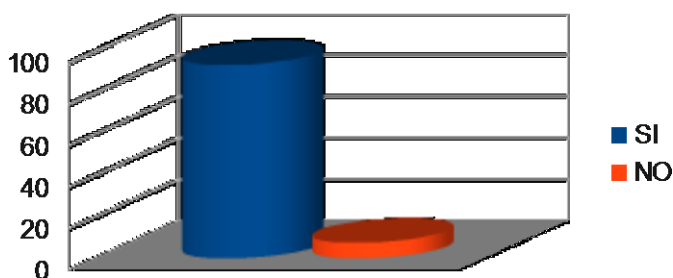
SEXTA PREGUNTA:

¿Considera usted que la debilidad de la política jurídica del Ecuador en la lucha contra el narcotráfico es no contar con una adecuada prevención del delito y un sistema de rehabilitación que permita rehabilitar adecuadamente a la persona que ha sido parte del narcotráfico?

Cuadro Nro. 6

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	28	93,33%
NO	2	7,67%
TOTAL	30	100

Fuente: Aplicación de encuestas a Abogados de la ciudad de Loja
 Autora: Abogada Claudia Arboleda Guerrero.

GRÁFICO Nro. 6

Interpretación

De los encuestados 28 personas que corresponden al 93,33%, manifestaron que la falta de prevención afecta a la política criminal del Estado, mientras que 2 personas que corresponden al 7,67% expresaron que el problema en este tema se debe al aumento de la corrupción.

Análisis

La falta de un sistema de rehabilitación y prevención del delito de narcotráfico son las debilidades del Ecuador en materia de política criminal que aun no han sido solucionadas por el país pese a los reiterados

esfuerzos que en el Ecuador se vienen haciendo.

SÉPTIMA PREGUNTA:

¿Estaría usted de acuerdo en reformar la Ley de Sustancias Estupefacientes del Ecuador, incorporando una escala que permita adecuar humanamente el principio de proporcionalidad al momento de la imposición de penas privativas de libertad en el delito de narcotráfico?

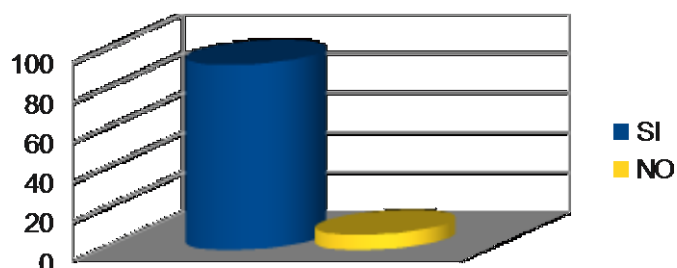
Cuadro Nro. 7

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	28	93,33%
NO	2	7,67%
TOTAL	30	100

Fuente: Aplicación de encuestas a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Loja

Autora: Abogada Claudia Arboleda Guerrero.

GRÁFICO Nro. 7



Interpretación

De los encuestados 28 personas que corresponden al 93,33% manifestaron que están de acuerdo con la reforma, mientras 2 personas que corresponden al 7,67% expresaron que no están de acuerdo.

Análisis

La reformarla la Ley de Sustancias Estupefacientes del Ecuador, incorporando una escala que permita adecuar humanamente el principio de proporcionalidad al momento de la imposición de penas privativas de libertad en el delito de narcotráfico, es una necesidad imperiosa que permitirá limitar la imposición de penas crueles al ser humano.

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 sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

Primer Caso:

Datos Referenciales:

Juzgado o Tribunal: Tribunal Tercero de Garantías Penales de Loja

Nro. de Proceso: 0010-2011

Actor o Acusador: Agente Fiscal Distrital de Loja.

Acusado: M. T. S. P.

Asunto: Tenencia ilegal de estupefacientes.

Versión del Caso: Por denuncias reservadas, vía telefónica, en la Jefatura de Antinarcóticos de Loja llegaron a conocer que en un domicilio ubicado en el Barrio “Luz de América” de la ciudad de Macará, habitan dos ciudadanos de nombres A. S. y R. P., quienes se dedican a la venta de sustancias estupefacientes, por lo que, el señor Agente Fiscal, previa orden del señor Juez proceden al allanamiento del mencionado inmueble encontrando en su interior un frasco de plástico transparente con logotipo Super Gel One, enterrado en el piso de la habitación ocupada por el acusado, y que contenía en su interior una caja de fósforos “El Gallo” conteniendo diez sobres de papel de cuaderno, con una sustancia blanquecina de posible base de cocaína; una funda plástica con 15 envolturas de la misma sustancias, y otros objetos; que en otra de las habitaciones encontraron varios celulares, relojes y cédulas de identidad pertenecientes a diferentes personas; por lo que, por tratarse de un delito flagrante se procedió a la detención del procesado, confirmando su prisión preventiva el señor Juez, dispone además el embargo de sus bienes, hasta por la cantidad de cuatro mil salarios mínimos vitales generales. Es de señalar asimismo que dentro de las pruebas que se practicaron en el proceso, como la del análisis químico de las sustancias encontradas se verificó un peso bruto de 56 g. y neto de 20 g, en el cuarto del procesado y de 0,4 g. peso bruto y 0.2 g. peso neto, la sustancia encontrada en el dormitorio del señor R.P.

Fallo o Resolución: El Tribunal en mención declara la culpabilidad del procesado M. T. S. P., como autor del delito previsto y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y de conformidad con lo dispuesto en la mencionada disposición, en armonía con

lo previsto en el Art. 72 inciso 3ro del Código Penal, le impone la pena de **OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA**; y, multa de cien salarios mínimos vitales generales. De conformidad con lo previsto en los Arts. 56 y 60 del Código Penal se ordena la interdicción del sentenciado para administrar sus bienes y se le suspenden sus derechos de ciudadanía, por un tiempo igual al de la condena.

Comentario: En este proceso, la Policía no encontró, ni sorprendió al procesado vendiendo droga sin embargo fue procesado por la sustancias que se encontró dentro de su domicilio, que como podemos darnos cuenta la sustancia es poca, sin embargo es severa la sanción impuesta a más de la multa que es altísima.

Segundo Caso:

Datos Referenciales:

Juzgado o Tribunal: Tribunal Tercero de Garantías Penales de Loja

Nro. de Proceso: 0056-2010.

Actor o Acusador: Agente Fiscal Distrital de Loja.

Demandado o Acusado: C.G.

Asunto: Tenencia ilegal de estupefacientes.

Versión del Caso: El día 24 de mayo de 2010, se realizó un allanamiento en casa de la imputada y en la cama que ella ocupaba con su hijo mayor de edad, la Policía encontró 89 sobres de papel cuaderno de dos líneas, con una sustancia blanquecina de posible cocaína, y en el costado derecho de la parte exterior, se encontró una funda de plástico negra con 28 sobres de las

mismas características que los anteriores, que el allanamiento tuvo como antecedente una denuncia reservada que recibió la Policía, en la que se hacía conocer que en ese domicilio, la acusada se dedicaba al expendio de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, es de hacer notar que la sustancia incautada en este operativo, consistente en 117 sobres envueltos en papel de cuaderno de dos líneas, dando un peso bruto de 80 gramos y un peso neto de 58,5 gramos.

Fallo o Resolución: El Tercer Tribunal de Garantías Penales de Loja, le impone la pena modificada de **DOCE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA** y se le impone además la multa de cien salarios mínimos vitales generales y se la condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados con su infracción.

Comentario:

Como podemos evidenciar en este caso la conducta se adecuado a la previsto en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas como lo es el delito de tenencia de drogas, se tipifica por la simple posesión o tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ya sea en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, 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 el domicilio de la sentenciada no quiere decir que sea de ella más sin embargo en toda la etapa procesal se la proceso como autora del delito, por ello

estimo que esta Ley es contraria a los principios constitucionales ya que en poder de la señora acusada no se le encontró ninguna sustancia, 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.

Tercer Caso:

Datos Referenciales:

Juzgado o Tribunal: Tribunal Primero de Garantías Penales de Loja

Nro. de Proceso: 0017-2010.

Actor o Acusador: Agente Fiscal Distrital de Loja.

Demandado o Acusado: M.M.L.O.

Asunto: Tenencia ilegal de estupefacientes.

Versión del Caso: Por denuncias reservadas de personas vecinas del sector “El Chaupi”, de la parroquia Vilcabamba, en el sentido de que el ciudadano M. M. L.O., alias “T.” que se dedicaba al expendio de estupefacientes, por disposición del Jefe Antinarcóticos de Loja, organizaron una operación básica de inteligencia el día jueves 17 de diciembre del 2009, que verificaron ocularmente que en la casa de “T” concurrían varias personas, que este ciudadano salía desde su casa hasta los prostíbulos en donde ingresaba, realizaba un cruce de manos con algunas personas y se retiraba inmediatamente, por lo que el día 15 de enero del 2010, procedieron

a efectuar el allanamiento del domicilio señalado y que al ingresar a la casa el ciudadano mencionado, donde encontraron las dos sustancias que relatan en el parte la una consistente en una funda plástica de horchata “tisanita” conteniendo una envoltura cubierta con cinta de embalaje color crema y en el interior de la misma una sustancia color blanco hueso que luego del análisis resultó ser cocaína y la otra consistente en una funda plástica color negro en cuyo interior contenía una sustancia color verde en forma de hojas, la misma que luego del análisis preliminar resultó ser marihuana, la sustancia aprehendida que de la primera muestra o envoltura se obtuvo un peso bruto de 40 gramos y un peso neto de 31.3 gramos de cocaína, que de la segunda muestra de sustancia color verde se obtuvo como peso bruto 8.8 gramos y como peso neto 6.6 gramos de marihuana

Fallo o Resolución: El Tribunal competente en este caso para dictar sentencia lo condena al imputado a **DIECISÉIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL** y multa de ocho mil salarios mínimos vitales generales.

Comentario: Como podemos evidenciar al igual que en los casos anteriores, se dieron por llamadas telefónicas, donde intervino la Policía Antinarcótics, es de destacar que el Fiscal se dedicó a acusar al imputado en todas las etapas del proceso y ha estigmatizarlo como culpable de ahí que en la audiencia de juzgamiento solicitó se aplique la pena máxima, desconociendo los principios de indubio pro reo, de mínima intervención penal, el de proporcionalidad, etc., por otra parte, la Defensoría Pública no realizó una defensa eficaz no considerando que los procesados por este tipo de delitos no tienen recursos para buscar un profesional particular.

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Luego de haber desarrollado los aspectos relacionados con la revisión de literatura, materiales y métodos y los resultados, como parte integrante de la tesis, me corresponde ingresar a la verificación de los objetivos generales y específicos:

OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio doctrinario, semántico y jurídico sobre la aplicación principio de la proporcionalidad en las penas privativas de libertad en los delitos de narcotráfico

En relación al objetivo general de este trabajo, debo manifestar que se ha cumplido satisfactoriamente con este propósito, pues la amplia base teórica, la investigación de campo desplegada, me han permitido desarrollar un estudio científico, analítico, crítico y reflexivo que determina que la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, es extremadamente punitiva; pues, esta Ley, no distingue los niveles de involucramiento en el negocio de los narcóticos, trata de igual forma a los pequeños vendedores, mulas o transportistas y a grandes narcotraficantes, tampoco se distingue entre el tipo o clase de droga que se posee o comercializa y es riesgo que esto conlleva para la salud, constituyéndose el tráfico de drogas, en el acto criminal que habilita a una de las sanciones más extremas de nuestro

ordenamiento jurídico. Como consecuencia de esto, la imposición de una pena desproporcionada y alejada de la realidad y gravedad de la acción ejecutada por el sujeto activo cuando

Al momento de administrar justicia, muchos de los operadores de justicia no acogen el principio de proporcionalidad, violando la Ley, puesto que no aplican en sus decisiones la norma constitucional prevista en el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República establece la proporcionalidad entre la infracción y la pena, aduciendo que no es aplicable en estos casos pero no toman en cuenta que es la pena ya establecida en la norma legal existente que sanciona dicho acto dañoso. Pero el mayor defecto es que la Ley en materia, no establece la cantidad máxima de droga que puede llevar una persona narcodependiente y tampoco realiza una categorización de las penas de acuerdo a la cantidad y al tipo de narcótico con que se aprenda al infractor. Por lo que mi objetivo se encuentra probado.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Analizar varias sentencias privativas de libertad por delito de narcotráfico para establecer si existe la correcta aplicación del principio de proporcionalidad.

En las sentencias analizadas, se determina que el principio de proporcionalidad no es aplicado de forma oportuna y estricta sino que las penas que se imponen a los infractores esta reglada al criterio de los jueces de sancionar al sujeto activo por el solo hecho de estar involucrado en este

tipo de ilícitos, por lo cual, mi objetivo se encuentra comprobado.

Proponer una propuesta de reforma para que el principio de proporcionalidad sea aplicado de forma correcta en la imposición de penas privativas de libertad en delito de narcotráfico

Con respecto a este objetivo se lo cumplirá cuando presente la propuesta de reforma pertinente a mi tesis.

7.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En el presente trabajo investigativo, la hipótesis planteada para la contrastación científica es:

No existe una correcta aplicación del principio de proporcionalidad al momento de sancionar los delitos de narcotráfico, por parte de los operadores de justicia, no por desconocimiento sino por la errónea o la no aplicación de este principio al momento de imponer una pena privativa de libertad para estos delitos, lo que genera una deshumanización del derecho penal, en cuanto a las penas de reclusión.

La constante lucha contra el tráfico ilícito de drogas o narcotráfico se ha convertido en una fuente constante y permanente de afectación de derechos de los individuos y de la sociedad en muchos ámbitos cruciales, ha conllevado que la legislación y las políticas públicas se orienten a cada vez

penalizar de manera más dura dicha vulneración a los bienes jurídicos afectados, las cuales no solamente han fracasado, sino que muchas veces se han traducido en la afectación de derechos fundamentales sin que el crimen organizado que se dedica a este tipo de ilícito se vea seriamente afectado.

Además es una constante extendida la afectación de un principio democrático y de derechos humanos como el de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad se diluye cuando se pretende responder de manera unívoca y estandarizada con el uso del derecho penal a conductas de muy diversa entidad, magnitud y gravedad. En ocasiones, incluso, la sanción penal prevista así como las condiciones del proceso penal son más duras que frente a ciertos delitos contra la vida, el cuerpo y la salud o delitos contra la propiedad. En el caso de los usuarios de drogas la amenaza de reclusión y de procesos penales, además, cumple una función disuasiva marginal, puesto que en la aplicación de encuestas, el 70% de encuestados han hecho demostrativa mi hipótesis, en vista de que se determina que no existe una justa aplicación del debido proceso que permita la imposición de penas humanas y leves a favor de las personas que son procesadas por delitos de narcotráfico y que la diferencia estriba en las labores que ejecutan y en la cantidad de droga que llevan o comercializan, por lo cual mi hipótesis se encuentra comprobada.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA GARANTIZAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE PENAS A LOS INFRACTORES DEL DELITO DE NARCOTRÁFICO

En el sistema procesal acusatorio penal ecuatoriano existen cuatro etapas. La tercera es la del juicio, la cual se sustancia ante el Tribunal de Garantías Penales. En la audiencia de juzgamiento, el delito objeto del juicio se encuentra determinado en el auto de llamamiento a juicio. Mediante la práctica de los adecuados medios de prueba, de acuerdo a la naturaleza y características del caso, el fiscal deberá probar que el acto que se atribuye es típico, antijurídico, culpable y punible. En etapa de juicio el fiscal, acusador particular y defensor están en la obligación de comprobar la teoría penal de caso que se formule ante el Tribunal de Garantías Penales para que de acuerdo a sus alegaciones de sancione o se declare inocente a una persona.

En el presente caso, lo que más me interesa es hablar de la imposición de las penas a las personas que han sido declaradas culpables de haber cometido un delito previsto como tal en nuestra ley penal.

El fundamento político y constitucional del *ius puniendi* es el propio de una república, constitucional, democrática y social de derechos que de acuerdo al Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador ha puesto en vigencia un sistema garantista que incide en todas las materias del derecho, en especial en materia penal, por ello, se han establecido en la Constitución como límites al *ius puniendi*, y como controles derivados de los derechos humanos y de la ciencia del Derecho Penal, los principios de dignidad del ser humano, igualdad ante la ley, proporcionalidad, conducta, lesividad de bienes jurídicos y culpabilidad.

Los principios de legalidad, taxatividad y prohibición de extractividad de la ley penal, prohibición de la analogía, debido proceso legal, juez natural

y prohibición de doble incriminación, ya aparecen plasmados en la norma fundamental.

La pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho. En este sentido no deben de admitirse penas, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito. Hay que distinguir dos exigencias:

La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser excesiva. La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho.

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el derecho penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico.

El principio de proporcionalidad de las penas se encuentra plasmado en el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador opera tanto en el momento de creación del derecho por los legisladores, como en el de su aplicación por los jueces o tribunales, e incluso en el momento de ejecución de la pena.

Desde la expedición de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en el año 1991, nuestro país ha evolucionado ampliamente en el ámbito constitucional; pues, ha reconocido derechos mucho más progresistas y ha logrado en cierta forma armonizar su legislación a los preceptos constitucionales y a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, pero a pesar de este progreso, aun se observa una

dilación y lentitud en la adecuación de las leyes penales que por el hecho de restringir la libertad personal, son de suma importancia y merecerían un tratamiento pronto y eficaz, particularmente la Ley ya mencionada, ya que actualmente es en la actualidad extremadamente punitiva, desproporcionada y violatoria de los derechos constitucionales.

La relación del hombre con las drogas se ha manifestado desde los mismos orígenes de la civilización. La historia de las drogas es rica en acontecimientos y el primer indicativo de la internacionalización de esta problemática se encuentra en el siglo XIX, cuando se desata la Guerra del Opio.

Desde finales de la década del setenta el narcotráfico dejó de ser un tema específico de la agenda de la salud y la lucha contra la criminalidad y la delincuencia, para convertirse en un problema de muchísima más importancia estratégica, en la mayoría de los países desarrollados y en casi todos los países del Tercer Mundo.

En América Latina, la gran diversidad e interrelación de problemas como la desigualdad extrema en la distribución de la riqueza; la existencia de grupos oligárquicos que han controlado tradicionalmente el poder político y económico; la inestabilidad política, social, económica, y la corrupción a todos los niveles, no sólo constituyen la fuente de la actual descomposición social, sino que devienen, sin duda alguna, detonantes de algunos de los conflictos más severos de los países en torno a la criminalidad como lo es el narcotráfico.

Los Convenios Internacionales más importantes son: la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, el Convenio de Sustancias

Psicotrópicas de 1971, así como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

En lo que respecta al bien jurídico protegido, lo que se protege con la penalización de la tenencia o posesión ilícita de narcóticos, es la salud pública, pues su utilización ilícita causa malestar y transgrede los principios fundamentales del normal y buen desarrollo social. Su acción típica es final, y la ejecuta la persona que sin la autorización legal posea o tenga con su consentimiento expreso o tácito, sustancias estupefacientes o psicotrópicas sujetas a fiscalización.

El uso ilícito de narcóticos involucra dos sujetos en el acto: el sujeto activo y el sujeto pasivo. El sujeto activo es la persona que realiza la actividad ilícita en sí, ya sea su expendio, corretaje o tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas con intención o con dolo. El sujeto pasivo es el consumidor de drogas, quien motivado por su dependencia hacia esta clase de sustancias, contribuye al desarrollo de esta actividad ilícita.

Su tipicidad es la adecuación de la acción ejecutada a la descripción prevista en la norma penal, de acuerdo a la selección realizada por el legislador sobre los comportamientos inaceptables y lesivos para los bienes jurídicos que emanan de la Constitución, siendo el más recurrente en el caso de la tenencia y posesión ilícita de narcóticos la norma penal provista en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

El tipo objetivo se encuentra constituido en la mera tenencia o posesión, debido a que la tenencia ilícita de estupefacientes, constituye una grave vulneración a la salud pública, considerando que la drogadicción es

una enfermedad de gravísimas implicaciones sociales, de fácil transmisibilidad y posibilidad de extenderse a un número determinado de personas. El tipo subjetivo es el que con conocimiento, consentimiento expreso o tácito y sin autorización legal, posea sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización, incurriendo en la conducta típica. Se trata entonces de un delito doloso, ya que el sujeto activo conoce los efectos negativos y sabe que lo que comete es un delito, pero a pesar de ella los ejecuta.

En Ecuador el 34% de reclusos lo son por narcotráfico, mientras que en Perú lo son el 25,2%. En los países latinoamericanos es notable la incidencia de este asunto en las reclusas mujeres que es el que da cuenta, por ejemplo, de más del 60% de las detenidas en Argentina y más del 70% en Ecuador. Las cifras no son muy distintas en el resto de países. Detrás de estas cifras hay toda una compleja realidad pues cada una de esas personas no es sólo un recluso o reclusa en pésimas condiciones sino que toca al menos cuatro aspectos muy importantes: 1) hacinamiento penitenciario con altos costos para los recursos públicos; 2) discriminación étnica y de género afectando el principio de igualdad; 3) las cárceles como eslabón en el consumo de drogas ilícitas, y; 4) afectación al principio de la proporcionalidad.

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, es en efecto extremadamente punitiva; pues, esta Ley, no distingue los niveles de involucramiento en el negocio de los narcóticos, trata de igual forma a los pequeños vendedores, mulas o transportistas y a grandes narcotraficantes, tampoco se distingue entre el tipo o clase de droga que se posee o comercializa y el riesgo que esto conlleva para la salud, constituyéndose la

simple tenencia y posesión ilegal de droga, en el acto criminal que habilita a una de las sanciones más extremas de nuestro ordenamiento jurídico, es decir, existe un trato similar para narcotraficantes, expendedores y consumidores, si atender a las circunstancias particulares ni al tipo de narcótico. Como consecuencia de esto, la imposición de una pena desproporcionada y alejada de la realidad y gravedad de la acción ejecutada por el sujeto activo cuando expende el narcótico y cuando se castiga al tenedor que podría ser de acuerdo a las circunstancias y grado de dependencia del narcótico, la Ley impone la misma pena al sujeto que es encontrado con 50 gramos de marihuana, como al que posee 1 kilo de cocaína, sin atenuar la pena considerando de que uno de ellos puede ser narcodependiente.

Al momento de administrar justicia, muchos de los operadores de justicia no acogen el principio de proporcionalidad, violando la Ley. Cuando se dicta un auto de llamamiento a juicio por tenencia y posesión ilícita de narcóticos, los administradores de justicia en los Tribunales, por tratar de justos y de aplicar una pena proporcional, caen en flagrante violación de la Ley; pues, se ha presenciado en varios casos que los jueces han emitido sanciones condenatorias contra aquellos infractores encontrados con 10 o 20 gramos de droga, imponiéndoles sanciones de 1 a 2 años de prisión, a pesar que el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas expresa que la pena por tenencia y posesión ilícita de drogas es de 12 a 16 años de reclusión mayor extraordinaria; y, de acuerdo al Art. 82 de la misma Ley, establece que al existir dos o más atenuantes la pena se podría reducir de 8 a 12 años de reclusión mayor. Claramente se ve una violación a Ley al

aplicar una sanción menor a la establecida, pues se viola el principio de legalidad por el cual la infracción y la pena deben ser establecidas con anterioridad al acto y de manera más explícita el Art. 4 del código Penal establece que el juzgador debe atenerse estrictamente a la letra de la Ley. Los jueces basan sus decisiones aduciendo que el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República establece la proporcionalidad entre la infracción y la pena, pero no toman en cuenta que es la pena ya establecida en la norma legal existente que sanciona dicho acto dañoso. Pero el mayor defecto es que la Ley en materia, no establece la cantidad máxima de droga que puede llevar una persona narcodependiente y tampoco realiza una categorización de las penas de acuerdo a la cantidad y al tipo de narcótico con que se aprenda al infractor.

8. CONCLUSIONES

Una vez elaborado el trabajo teórico así como la investigación de campo puedo presentar las siguientes conclusiones:

PRIMERO: El vocablo delito, se lo define como la acción u omisión voluntaria castigada por la ley con pena grave.

SEGUNDO: Pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo.

TERCERO: El fin de las penas es lograr que el individuo que cometió un delito, no vuelva a cometerlo, y tratar que los ciudadanos no cometiesen delitos.

CUARTO: El grado de la pena se refiere al caso individual, pues sirve para determinar la gravedad en cada caso concreto en cuanto aumenta o disminuye la correspondiente a su especie.

QUINTO: La pena tiene como función la rehabilitación y resocialización del infractor y es la base del sistema punitivo del Ecuador

SEXTO: El delito de narcotráfico forma parte de los delitos de riesgo, en la cual, el bien jurídico protegido es la salud de las personas y con este se pretende cuidar a la colectividad.

SÉPTIMO: El delito de narcotráfico se ha expandido en el Ecuador debido a la crisis económica que soporta el país y a la corrupción, en la cual, los sectores empobrecidos de nuestro territorio son utilizados por la delincuencia organizada para ejecutar sus actos.

OCTAVO: La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas es

una ley altamente punitiva e imperativa, puesto que identifica los tipos penales con penas crueles que vulneran el principio de proporcionalidad de la pena.

NOVENO: Los Jueces y Tribunales de Garantías Penales del Ecuador, al emitir sus sentencias condenatorias en delitos relacionados al narcotráfico, vienen haciendo una mala aplicación de principio de proporcionalidad, puesto que imponen penas inhumanas, crueles y desproporcionadas.

DÉCIMO: No existe un sistema adecuado de prevención del delito y de rehabilitación en el ámbito de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, haciendo visible el panorama punitivo del Estado, en la cual, no existe en la política criminal de nuestra nación, un fin claro y estratégico para reducir este delito.

9. RECOMENDACIONES

Luego de haber citado las conclusiones a las que arribado en la presente tesis, presento las recomendaciones necesarias para la inclusión de la individualización de la pena en el Ecuador:

PRIMERO: El Ministerio de Justicia del Ecuador debe realizar una investigación institucional a nivel del sistema de justicia para determinar si los jueces al momento de imponer las diferentes sanciones han actuado apegados al principio de proporcionalidad.

SEGUNDO: El Consejo de la Judicatura del Ecuador debe instruir a los jueces de garantías penales con la finalidad que reciban la formación necesaria para la imposición de penas que cumplan con los principios de proporcionalidad y humanización de la penas.

TERCERO: La Defensoría del Pueblo debe efectuar un seminario nacional, en la cual, se adopten medidas urgentes para garantizar a las personas procesadas en delitos de narcotráfico su derecho a recibir una pena proporcional.

CUARTA: Las Comisiones de Derechos Humanos del Ecuador deben formular un proyecto de reforma tendiente a garantizar que se incorpore un sistema de prevención justo y con rostro humano para prevenir el delito de narcotráfico en el Ecuador.

QUINTA: Las carreras de Derecho del Ecuador junto al nivel de postgrado de cada centro de educación superior deben elaborar una propuesta doctrinaria y jurídica que permita explicar y determinar los grados de inaplicación del principio de proporcionalidad en los delitos de

narcotráfico.

SEXTA: Finalmente propongo a la Asamblea Nacional que a través de una reforma a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, se incorpore una escala que permita graduar la pena proporcional a aplicarse en los delitos de narcotráfico.

9.1.- PROPUESTA DE REFORMA

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

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. 108 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas para mejorar el régimen jurídico de la destrucción de sustancias sujetas a fiscalización.

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

Luego del Artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, agréguese un artículo innumerado que diga:

Art. 1.- Agréguese el Artículo innumerado que 62.A.- Para la graduación de penas privativas de libertad en los delitos de narcotráfico y tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, se estará a lo dispuesto en la siguiente escala:

- 1.- Si la cantidad de droga no excediere de diez mil gramos (10.000) a cinco mil gramos (5000), la pena será de reclusión especial de 16 años.
- 2.- Si la cantidad de droga no excediere de cinco mil gramos (5.000) a mil gramos (1.000), la pena será de reclusión extraordinaria mayor de 14 años.
- 3.- Si la cantidad de droga no excediere de mil gramos (1.000) a setecientos gramos (700) la pena será de reclusión mayor ordinaria de 12 años.
- 4.- Si la cantidad de droga no excediere los setecientos gramos (700) a cien trescientos gramos (300) la pena será de reclusión menor ordinaria de 6 años.
- 5.- Si la cantidad de droga no excediere los trescientos gramos (300) a cien gramos (100) la pena será de reclusión menor de 3 años.
- 6.- Si la cantidad de droga no excede de cien gramos (100) en forma

descendente la pena será de prisión de uno a dos años.

7.- Las cantidades de droga inferiores a 50 gramos no serán sancionadas con penas de prisión sino con la imposición de penas alternativas, en la cual, se verifique la rehabilitación del reo, en un programa de desintoxicación y inserción en el plano laboral.

La reincidencia en cualquiera de estas penas graduales será sancionada con el doble de la misma. En el caso de la escala 7, se impondrá pena de prisión de uno a dos años.

Art. 2.- Agréguese el Artículo innumerado 113.A.- Para la aplicación de esta Ley, se reconocerán las garantías fundamentales del debido proceso establecidas 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. 3.- La presente Ley Reformativa 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 dos días del mes de diciembre del año dos mil once.

10. BIBLIOGRAFÍA

Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana. Tomo Cuarto. Editorial Sopena Argentina. 1978.

COSTA, Fausto. EL DELITO Y LA PENA EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México. 1953.

Gómez, Eusebio. TRATADO DE DERECHO PENAL. DOCTRINAS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. Tomo I. Compañía Argentina de Editores. Argentina. 1985.

GARCÍA-SAYÁN, Diego. NARCOTRÁFICO Y DERECHOS HUMANOS. INICIATIVA LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA. 2010.

Gómez, Eusebio. TRATADO DE DERECHO PENAL. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA Y SEGURIDAD DE LA NACIÓN, DELITOS POLÍTICOS Y CONTRA EL ORDEN PÚBLICO, DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Tomo V. Compañía Argentina de Editores. Argentina. 1985.

LÓPEZ CEDEÑO, Jesús Alberto. LA LEY PENAL EN LOS DELITOS DE NARCÓTICOS. Revista Judicial. Diario La Hora. 23 marzo del 2012. Pág. C1.

DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. CRIMEN ORGANIZADO. TRÁFICO DE DROGAS Y LAVADO DE DINERO. Ediciones ONBC. Cuba. 2001.

BOTERO MARINO, Catalina. La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano. Imprenta Nacional de Colombia. Colombia. 2009.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas
http://www.worldpolicies.com/espaniol/es_viena_anexo.html

SOLER Miguel Estanlisnao. Manual de Derecho Penal Argentino. Ediciones BM. Buenos Aires – Argentina. 1999. Pág. 45.

ZAFFARONI Eugenio Raúl. *La Teoría Jurídica del Delito*. UBA. Buenos Aires – Argentina. 2007. Pág. 56

CITADO POR WELZEL, Hans, El Nuevo Sistema de Derecho Penal, Berlin - Alemania, traducido al español por José de Santi. Pág. 97.

CARRARA Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte General Volumen I. Editorial Temis, Bogotá . Colombia. Pág. 62

http://caterina.udlap.mx/udla/tales/documentos/ledf/cervantes_r_l/capitulo3.pdf

CALLE Campoverde Libia Elizabeth. La Penas y sus Finalidad en el Sistema Punitivo. Edición Aztra. Uruguay. 2000. Pág. 56

De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. "Derecho Penal Guatemalteco".

Landrove Díaz, Gerardo. "Consecuencias Jurídicas del Delito". Pag. 19

HOYOS Arturo. Versión electrónica del debido proceso. www.adebidoproceso.com. Pág. 12

GARCÍA MORILLO, *DERECHO CONSTITUCIONAL*, VOL. 1, VALENCIA, 1994, PP. 216.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona – España. 1998. Pág. 99.

ZALGUERO Andrade José María. El mundo de la droga. Ediciones Cortazar. Bogotá– Colombia. 1999. Pág. 23

LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1988 CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS, Naciones Unidas, 1998.

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

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

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. 2007 Pág. 228 a 239.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD; Disponible en www.google.com.ec;
Enlace: http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_proporcionalidad

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. Pág. 34

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas
http://www.worldpolicies.com/espaniol/es_viena_anexo.html

DATOS DEL INEN. 14 de enero del 2010. Quito – Ecuador.

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

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

11. ANEXOS

PROYECTO DE TESIS

TÍTULO

“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO EN EL ECUADOR”

PROBLEMÁTICA

La constante lucha contra el tráfico ilícito de drogas o narcotráfico se ha convertido en una fuente constante y permanente de afectación de derechos de los individuos y de la sociedad en muchos ámbitos cruciales, ha conllevado que la legislación y las políticas públicas se orienten a cada vez penalizar de manera más dura dicha vulneración a los bienes jurídicos afectados, las cuales no solamente han fracasado, sino que muchas veces se han traducido en la afectación de derechos fundamentales sin que el crimen organizado que se dedica a este tipo de ilícito se vea seriamente afectado.

Además es una constante extendida la afectación de un principio democrático y de derechos humanos como el de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad se diluye cuando se pretende responder de manera unívoca y estandarizada con el uso del derecho penal a conductas de muy diversa entidad, magnitud y gravedad. En ocasiones, incluso, la sanción penal prevista así como las condiciones del proceso penal son más duras que frente a ciertos delitos contra la vida, el cuerpo y la salud o delitos contra la propiedad. En el caso de los usuarios de drogas la amenaza de

reclusión y de procesos penales, además, cumple una función disuasiva marginal.

Por todo esto, mediante esta investigación, se busca establecer si en las sentencias por narcotráfico se cumple o no con la proporcionalidad al aplicar una pena de privación de libertad en un delito de narcotráfico.

JUSTIFICACIÓN

Con el fin de adaptar y romper el esquema clásico de la pena como privación de libertad se ve la necesidad de incorporar penas no privativas de libertad al ordenamiento penal ecuatoriano, situación que no desvirtúa el significado de la teoría de pena, ni sus ejes fundamentales de sanción y prevención, más bien se adecua al mandato constitucional de ocasionar el menor daño posible y la limitación del poder coercitivo del Estado. A su vez se aplicaría de manera directa el principio de proporcionalidad de la pena en relación directa con el ilícito cometido.

Que de conformidad con el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, se debe establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, deben existir sanciones no privativas de la libertad, las que tienen que respetar los derechos de las personas, y deben ser impuestas mediante procedimientos adversariales, transparentes, y justos.

OBJETIVOS

Objetivo general

~ Realizar un estudio doctrinario, semántico y jurídico sobre la

aplicación principio de del proporcionalidad en las penas privativas de libertad en los delitos de narcotráfico

Objetivos específicos

- ~ Analizar varias sentencias privativas de libertad por delito de narcotráfico para establecer si existe la correcta aplicación del principio de proporcionalidad.
- ~ Proponer una propuesta de reforma para que el principio de proporcionalidad sea aplicado de forma correcta en la imposición de penas privativas de libertad en delito de narcotráfico

HIPÓTESIS

No existe una correcta aplicación del principio de proporcionalidad al momento de sancionar los delitos de narcotráfico, por parte de los operadores de justicia, no por desconocimiento sino por la errónea o la no aplicación de este principio al momento de imponer una pena privativa de libertad para estos delitos, lo que genera una deshumanización del derecho penal, en cuanto a las penas de reclusión.

MARCO TEÓRICO

Para empezar a desarrollar el presente proyecto investigativo empezaré hablando de lo que es la pena, el narcotráfico y el principio de proporcionalidad en materia penal.

LA PENA

Pena es el castigo que impone una autoridad legítima a quien ha

cometido un delito o incurrido en una falta.

Según el Diccionario de la Lengua Española la palabra pena proviene del latín “poena” que significa “castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. Cuidado, aflicción o sentimiento interior grande. Dolor, tormento o sentimiento corporal”.

Cabanellas en su diccionario jurídico define a la pena como la palabra que proviene del latín “poena” deriva del griego “peine o penan” que se traduce a dolor, trabajo, fatiga y sufrimiento; y que esta genealogía se vincula con el Sánscrito “punía”, cuya raíz “puf” quiere decir purificación, en consecuencia define a la pena como “sanción, previamente fijada por la ley, para quien comete un delito o falta, también especificados”.

Para Carrara, esta palabra posee tres distintas significaciones: la primera, en sentido general, expresa cualquier dolor o cualquier mal que causa dolor; la segunda, en sentido especial, designa un mal que sufrimos por razón de un hecho nuestro doloso o imprudente; la tercera, en sentido especialísimo, indica el mal que la autoridad civil impone a un reo por causa de su delito.⁴¹

Otros autores distinguen a la pena en tres momentos a saber: punibilidad (fase legislativa), punición (fase judicial) y pena (fase ejecutiva); aunque al referirse a la fase ejecutiva, se distingue que la pena es consecuencia jurídica del delito, sin embargo, es importante resaltar que no todo delito tiene como consecuencia una pena, como el caso de la responsabilidad civil prevista en gran mayoría de las legislaciones penales.

41 Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana. Tomo cuarto. Editorial Sopena Argentina. 1978.

El legislador al tipificar una conducta como infracción penal, pretende que no se vulneren los bienes jurídicos protegidos, tratando de mantener el orden y la paz social, pero la sola creación del delito no es suficiente, haciendo necesaria la imposición de una sanción prevista como una amenaza que se hace efectiva cuando una persona realiza un acto u omisión que se adecua al tipo penal creado, entendiendo así a la pena como una forma de reacción del Estado ejercida a través de los operadores de justicia cuando se ha lesionado uno o varios de los bienes jurídicos protegidos por la ley penal.

Cabe recalcar que pena o sanción no es lo mismo que medida de seguridad; pues, la pena constituye una restricción de derechos, y es impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes en ejercicio del ius puniendi, previo un debido proceso tendiente a demostrar la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado; mientras que, las medidas de seguridad no constituyen penas, sino una serie de obligaciones que deben cumplir determinadas personas por razones de política criminal, que limitan ciertos derechos del procesado, como el de tránsito, de residencia, entre otros.

Finalmente cabe señalar que las penas se aplican de acuerdo a la gravedad del delito y a las circunstancias que lo rodean, y pueden ser modificadas en razón de política criminal, según la personalidad del condenado y su proceso de rehabilitación.

Las ideas de Platón sobre lo justo, el delito y la pena se basaban en tres diálogos. El primero siendo la República, quien para este no tiene la duda de que el poder de la República carezca ya no del derecho, sino que

tiene el deber de reprimir cualquier atentado contra las leyes, proponiendo diferentes sanciones, no graduadas en el elemento exterior del daño producido con el maleficio, sino sobre la distinta perversidad de la intención criminal; concibiendo la pena no como un mal, sino como un acto de justicia, castigando con razón; pues, la pena busca la anulación a la violación del derecho en cuanto voluntad individual del delincuente. La pena es, por tanto, la lesión de la voluntad del delincuente, la lesión de la lesión del derecho, la anulación del delito y la reintegración del derecho.

En su contenido en sí, la pena es la negación del delito, no entendiendo así como la igualdad de la pena con la naturaleza especial de la violación, sino como la igualdad referida a la violación en sí, o sea al valor de la violación, por lo que ciertamente no es nada fácil medir la pena con los delitos.

Ferri admite que la intensidad y la índole de la sanción penal pueden variar en función de las diversas circunstancias del agente, del delito cometido y de la sociedad que reacciona, afirmando que el grado de sanción debe ser determinado por la cualidad del acto, la calidad del derecho violado y los motivos de la acción.

Ross considera a la pena como la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un juez legítimo; pues, es lícito prever y sacar partido de los efectos que puede causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desnaturaliza y se la prive de su carácter y legitimidad.

Al concepto de que la pena debe adaptarse al delincuente, responde la elasticidad que la Ley ha querido imprimirle, estableciendo un margen amplio entre el mínimo y la máxima de su duración, dependiendo de la

gravedad de la infracción la peligrosidad del delincuente.

Desde la expedición de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en el año 1991, nuestro país ha evolucionado ampliamente en el ámbito constitucional; pues, ha reconocido derechos mucho más progresistas y ha logrado en cierta forma armonizar su legislación a los preceptos constitucionales y a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, pero a pesar de este progreso, aun se observa una dilación y lentitud en la adecuación de las leyes penales que por el hecho de restringir la libertad personal, son de suma importancia y merecerían un tratamiento pronto y eficaz, particularmente la Ley ya mencionada, ya que actualmente es en la actualidad extremadamente punitiva, desproporcionada y violatoria de los derechos constitucionales.

Un estudio realizado por el Transnational Institute y la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos, respecto a la legislación sobre fiscalización de drogas en Ecuador ha señalado que aunque Ecuador se ha convertido en un país importante para el tránsito de drogas, así como para el lavado de dinero, el narcotráfico en si no ha sido percibido como una amenaza significativa a la seguridad nacional; y, que sin embargo, por casi dos décadas, nuestro país ha tenido una de las leyes más brutales sobre drogas en toda Latinoamérica.

EL DELITO DE NARCOTRÁFICO

La relación del hombre con las drogas se ha manifestado desde los mismos orígenes de la civilización. La historia de las drogas es rica en acontecimientos y el primer indicativo de la internacionalización de esta

problemática se encuentra en el siglo XIX, cuando se desata la Guerra del Opio.

Desde finales de la década del setenta el narcotráfico dejó de ser un tema específico de la agenda de la salud y la lucha contra la criminalidad y la delincuencia, para convertirse en un problema de muchísima más importancia estratégica, en la mayoría de los países desarrollados y en casi todos los países del Tercer Mundo. La INTERPOL estima alrededor de 500.000 millones de dólares anuales las ganancias obtenidas por el tráfico de drogas. Este impacto mundial ha causado que cada Estado y diversos organismos internacionales analicen toda la legislación vigente en esta materia, por lo que el Ecuador se ha visto en la obligación de instaurar una Ley específica contra este problema, creando Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.⁴²

En América Latina, la gran diversidad e interrelación de problemas como la desigualdad extrema en la distribución de la riqueza; la existencia de grupos oligárquicos que han controlado tradicionalmente el poder político y económico; la inestabilidad política, social, económica, y la corrupción a todos los niveles, no sólo constituyen la fuente de la actual descomposición social, sino que devienen, sin duda alguna, detonantes de algunos de los conflictos más severos de los países en torno a la criminalidad como lo es el narcotráfico.

Los Convenios Internacionales más importantes son: la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, el Convenio de Sustancias

42 GARCÍA-SAYÁN, Diego. NARCOTRÁFICO Y DERECHOS HUMANOS. INICIATIVA LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA. 2010.

Psicotrópicas de 1971, así como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

En lo que respecta al bien jurídico protegido, lo que se protege con la penalización de la tenencia o posesión ilícita de narcóticos, es la salud pública, pues su utilización ilícita causa malestar y transgrede los principios fundamentales del normal y buen desarrollo social. Su acción típica es final, y la ejecuta la persona que sin la autorización legal posea o tenga con su consentimiento expreso o tácito, sustancias estupefacientes o psicotrópicas sujetas a fiscalización.

El uso ilícito de narcóticos involucra dos sujetos en el acto: el sujeto activo y el sujeto pasivo. El sujeto activo es la persona que realiza la actividad ilícita en sí, ya sea su expendio, corretaje o tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas con intención o con dolo. El sujeto pasivo es el consumidor de drogas, quien motivado por su dependencia hacia esta clase de sustancias, contribuye al desarrollo de esta actividad ilícita.

Su tipicidad es la adecuación de la acción ejecutada a la descripción prevista en la norma penal, de acuerdo a la selección realizada por el legislador sobre los comportamientos inaceptables y lesivos para los bienes jurídicos que emanan de la Constitución, siendo el más recurrente en el caso de la tenencia y posesión ilícita de narcóticos la norma penal provista en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

El tipo objetivo se encuentra constituido en la mera tenencia o posesión, debido a que la tenencia ilícita de estupefacientes, constituye una grave vulneración a la salud pública, considerando que la drogadicción es

una enfermedad de gravísimas implicaciones sociales, de fácil transmisibilidad y posibilidad de extenderse a un número determinado de personas. El tipo subjetivo es el que con conocimiento, consentimiento expreso o tácito y sin autorización legal, posea sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización, incurriendo en la conducta típica. Se trata entonces de un delito doloso, ya que el sujeto activo conoce los efectos negativos y sabe que lo que comete es un delito, pero a pesar de ella los ejecuta.

En Ecuador el 34% de reclusos lo son por narcotráfico, mientras que en Perú lo son el 25,2%. En los países latinoamericanos es notable la incidencia de este asunto en las reclusas mujeres que es el que da cuenta, por ejemplo, de más del 60% de las detenidas en Argentina y más del 70% en Ecuador. Las cifras no son muy distintas en el resto de países. Detrás de estas cifras hay toda una compleja realidad pues cada una de esas personas no es sólo un recluso o reclusa en pésimas condiciones sino que toca al menos cuatro aspectos muy importantes: 1) hacinamiento penitenciario con altos costos para los recursos públicos; 2) discriminación étnica y de género afectando el principio de igualdad; 3) las cárceles como eslabón en el consumo de drogas ilícitas, y; 4) afectación al principio de la proporcionalidad.

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, es en efecto extremadamente punitiva; pues, esta Ley, no distingue los niveles de involucramiento en el negocio de los narcóticos, trata de igual forma a los pequeños vendedores, mulas o transportistas y a grandes narcotraficantes, tampoco se distingue entre el tipo o clase de droga que se posee o comercializa y el riesgo que esto conlleva para la salud, constituyéndose la

simple tenencia y posesión ilegal de droga, en el acto criminal que habilita a una de las sanciones más extremas de nuestro ordenamiento jurídico, es decir, existe un trato similar para narcotraficantes, expendedores y consumidores, si atender a las circunstancias particulares ni al tipo de narcótico. Como consecuencia de esto, la imposición de una pena desproporcionada y alejada de la realidad y gravedad de la acción ejecutada por el sujeto activo cuando expende el narcótico y cuando se castiga al tenedor que podría ser de acuerdo a las circunstancias y grado de dependencia del narcótico, la Ley impone la misma pena al sujeto que es encontrado con 50 gramos de marihuana, como al que posee 1 kilo de cocaína, sin atenuar la pena considerando de que uno de ellos puede ser narcodependiente. Al existir estas falencias, pues se está violando el debido proceso y los derechos constitucionales, porque para el caso de drogas, la prisión preventiva es la regla general y no la excepcionalidad, generando consecuencias negativas como la sobre carga de tribunales y cárceles, y el sufrimiento de miles de personas encarceladas por pequeños delitos de drogas; no establece una proporcionalidad de la pena que se compatible con el nivel de involucramiento, la cantidad y la clase de droga en poder del sujeto activo; y, no prevé las cantidades máximas por las cuales una persona narcodependiente no pueda ser sancionada.⁴³

Al momento de administrar justicias, muchos de los operadores de justicia acogen el principio de proporcionalidad, violando la Ley. Cuando se dicta un auto de llamamiento a juicio por tenencia y posesión ilícita de

43 LÓPEZ CEDEÑO, Jesús Alberto. LA LEY PENAL EN LOS DELITOS DE NARCÓTICOS. Revista Judicial. Diario La Hora. 23 marzo del 2012. Pág. C1.

narcóticos, los administradores de justicia en los Tribunales, por tratar de justos y de aplicar una pena proporcional, caen en flagrante violación de la Ley; pues, se ha presenciado en varios casos que los jueces han emitido sanciones condenatorias contra aquellos infractores encontrados con 10 o 20 gramos de droga, imponiéndoles sanciones de 1 a 2 años de prisión, a pesar que el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas expresa que la pena por tenencia y posesión ilícita de drogas es de 12 a 16 años de reclusión mayor extraordinaria; y, de acuerdo al Art. 82 de la misma Ley, establece que al existir dos o más atenuantes la pena se podría reducir de 8 a 12 años de reclusión mayor. Claramente se ve una violación a Ley al aplicar una sanción menor a la establecida, pues se viola el principio de legalidad por el cual la infracción y la pena deben ser establecidas con anterioridad al acto y de manera más explícita el Art. 4 del código Penal establece que el juzgador debe atenerse estrictamente a la letra de la Ley. Los jueces basan sus decisiones aduciendo que el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República establece la proporcionalidad entre la infracción y la pena, pero no toman en cuenta que es la pena ya establecida en la norma legal existente que sanciona dicho acto dañoso. Pero el mayor defecto es que la Ley en materia, no establece la cantidad máxima de droga que puede llevar una persona narcodependiente y tampoco realiza una categorización de las penas de acuerdo a la cantidad y al tipo de narcótico con que se aprenda al infractor.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AFECTADO

En el contexto de un Estado democrático de derecho como lo es nuestro país, uno de los elementos esenciales del mismo es el de la limitación del poder punitivo del Estado que debe sujetarse una serie de garantías establecidas en las leyes nacionales y tratados internacionales. Estas, en esencia, son las que se encuentran expresadas en el sentido general de los instrumentos internacionales de derechos humanos y, dentro de ellos, en particular las que se refieren las garantías judiciales y a la protección judicial que se encuentran claramente expresados en los artículos 8º19 y 25º20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es una constante extendida la afectación de un principio democrático y de derechos humanos como el de la proporcionalidad. Si bien este principio de proporcionalidad no se encuentra expresamente recogido en instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, el sentido general de limitación al poder punitivo del Estado así como los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, apuntan a que la sanción penal y las medidas de seguridad tienen que estar en relación con la gravedad de los hechos ocurridos ya peligrosidad del agente infractor.

Ello implica, entre muchas otras cosas, que entre la pena y el ilícito penal exista un cierto equilibrio de manera que frente a un daño muy grave producido ésta no sea muy baja o, en caso contrario, frente a un daño no muy grave producido ésta sea tan elevada que la sanción se convierte en algo ilusorio o imposible en la ejecución de uno de sus fines como lo es la resocialización. La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) ha advertido que la reacción de un Estado ante todo lo que pueda poner en peligro la paz, el orden social o el buen gobierno ha de ser

proporcionada que dentro de estos parámetros el principio de proporcionalidad permite imponer un castigo como respuesta aceptable al delito, siempre y cuando no sea desproporcionado con respecto a la gravedad de la infracción. Como advierte la propia JIFE, el principio de proporcionalidad se diluye cuando se pretende responder de manera unívoca y estandarizada con el uso del derecho penal a conductas de muy diversa entidad, magnitud gravedad, llegando a la conclusión de que ello ha contribuido a la saturación de los tribunales, el hacinamiento en las cárceles, la preocupación por los derechos humanos las exigencias de que los servicios públicos utilicen mejor los recursos. Otro grave problema que se suma es que, a menos que las cárceles se sometan a una supervisión rigurosa, pueden convertirse en mercados de drogas ilícitas aumentando el alcance y la gravedad.

Esto tiene que ver con la idoneidad de la sanción penal lo que supone que deba tener en cuenta la gravedad del daño causado y a la vez que sea el medio eficaz para castigar el delito lo que supone que no deba ser ineficaz. Si el bien jurídico protegido es la salud pública, en principio nada habría que objetar al tratamiento de los que afectan dicho bien con el sistema y la sanción penal. Sin embargo, es ella naturaleza y magnitud del daño producido en donde debe encontrarse el cauce y, de ser el caso, el límite para la intervención penal.⁴⁴

En ocasiones, incluso, la sanción penal prevista así como las condiciones del proceso penal son más duras que frente a ciertos delitos

44 DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. CRIMEN ORGANIZADO. TRÁFICO DE DROGAS Y LAVADO DE DINERO. Ediciones ONBC. Cuba. 2001.

contra la vida, el cuerpo y la salud o delitos contra la propiedad. Parecería, pues, que cuando se trata de algunos aspectos del tratamiento penal al tema de las drogas ilícitas no se guarda equilibrio no sólo frente a otros delitos sino en la construcción de normas sustantivas procesales que establecen penas mínimas muy altas y limitaciones procesales bastante rígidas frente a infracciones como el consumo de drogas ilícitas o la micromercialización. No puede dejar de mencionarse que en el denominado “caso Arriola” la Corte Suprema de Argentina resolvió en agosto del 2009 que la tenencia de escasas cantidades de marihuana, para consumo personal y sin riesgo para terceros, no puede ser castigada. Una semana antes con la ley general de salud se despenalizó en México la tenencia de drogas para el uso personal.

Podrían seguir otros países en esa perspectiva que fomentaría la selectividad así como el respeto al principio de la proporcionalidad. Tiene que establecerse pautas para que la sanción penal se ajuste y adecue cuando el riesgo al bien jurídico protegido es menor. Pero la línea general que la propia JIFE señala es la de enfatizar la necesidad de sentencias proporcionadas así como de medidas sustitutivas estableciendo que la naturaleza y la gravedad de las penas y sanciones aplicadas por un Estado son aspectos decisivos para determinar si en él se respeta el principio de proporcionalidad o no al juzgar los delitos de narcotráfico. Se debe tomar en cuenta, en ese orden de razonamiento, que principios establecidos en las Naciones Unidas como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (las Reglas de Tokio) ponen énfasis en que en casos de poca importancia el fiscal podrá imponer medidas no privativas de libertad y que sólo se recurrirá a la prisión preventiva como

último recurso. La tendencia extendida es, sin embargo, a que los fiscales prefieran inclinarse por la acusación penal ya detención del procesado. La JIFE enfatiza desde hace más de diez años que se debe impedir la saturación de los sistemas judicial y penitenciario con casos menores de manera que se pueda desorganizar las operaciones de los grandes traficantes de drogas y desmontar por completo sus negocios. En ese orden de ideas, como se menciona más adelante, las tendencias más modernas apuntan a que a los consumidores dependientes de drogas no se les dé la respuesta de la sanción penal sino programas de tratamiento y rehabilitación.

Distinto es el caso de los usuarios de drogas para quienes la amenaza de reclusión y de procesos penales es claramente un elemento disuasivo marginal. Cuando se han dado pasos para despenalizar ciertas modalidades y niveles de consumo como se hizo en el Perú al modificarse el Código Penal en el año 2003, no se podría decir que ello se tradujo en una disminución del consumo de drogas ilícitas pero sí que el ya asfixiado sistema penal y penitenciario tuvieron un cierto alivio. Así, del año 2003 al siguiente, había disminuido en 27%. Al menos en teoría un paso como ese permitiría orientar los limitados recursos del sistema penal y penitenciario hacia los generadores de actividades criminales y no hacia personas que lo que requerían y requieren no es celdas hacinadas sino tratamiento y rehabilitación.

ANÁLISIS DE SENTENCIAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN DELITOS DE NARCOTRÁFICO EN LA CIUDAD DE LOJA.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal Cubano

Bien jurídico tutelado: Salud Pública

La formación histórica del concepto de salud pública, se halla vinculado en sus orígenes con determinadas sustancias de uso común o generalizado, de cuya seguridad y control sanitario depende la salvaguarda de la salud pública de los ciudadanos. Esto no impide que las diversas infracciones refieran al peligro de la salud individual, como bien jurídico complementado.

Producción, venta, demanda, tráfico, distribución y tenencia de drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras de efectos similares.

Artículo 190.1. Incurre en sanción de privación de libertad de cuatro a diez años, el que:

- a)* sin estar autorizado, produzca, transporte, trafique, adquiera, introduzca o extraiga del territorio nacional o tenga en su poder con el propósito de traficar o de cualquier modo procure a otro, drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras de efectos similares;
- b)* mantenga en su poder u oculte sin informar de inmediato a las autoridades, los hallazgos de drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras de efectos similares;
- c)* cultive la planta *Cannabis Indica*, conocida por marihuana, u otras de propiedades similares, o a sabiendas posea semillas o partes de dichas plantas. Si el cultivador es propietario, usufructuario u ocupante por cualquier concepto legal de tierra se le impone, además, como sanción

accesoria, la confiscación de la tierra o privación del derecho, según el caso.

Comentarios a los artículos del Código Penal

En el inciso **a** del artículo **190.1**, referido con anterioridad, se trata del **tipo básico** de la figura delictiva, donde tiene cabida prácticamente cualquier conducta relacionada con las de promover, favorecer y facilitar el consumo de drogas: la expresión "cualquier modo procure a otro", lo convierte en un tipo sumamente abierto.

ANEXOS

Concepto de droga

Toda sustancia que al introducirse en el organismo, es capaz de producir una acción psicotónica, pudiendo modificar una o varias de sus funciones, originando, a su vez, tolerancia y dependencia física o psíquica. Incluye tanto los productos naturales como los químicos y farmacéuticos.

La Organización Mundial de la Salud la define como toda sustancia que, introducida en el organismo por cualquier vía de administración, produce una alteración, de algún modo, del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y es, además, susceptible de crear dependencia, ya sea psicológica, física o ambas. Las alteraciones que las drogas pueden causar son muy variadas: excitar, como lo hacen las drogas clasificadas como estimulantes; tranquilizar, eliminar el dolor o aplacar como lo hacen las drogas clasificadas como depresoras; ocasionar trastornos perceptivos de diversa intensidad como las drogas denominadas

alucinógenas.

Concepto de estupefaciente

Cualesquiera de las sustancias de la Lista I y II, naturales o sintéticas de acuerdo con la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961. Este término es utilizado por la citada Convención de las Naciones Unidas para nombrar a 116 sustancias sometidas a fiscalización, entre las que figuran el opio y sus derivados: morfina, codeína, heroína, *cannabis*, cocaína; así como estupefacientes sintéticos como la metadona piridina, etcétera.

Concepto de sustancias psicotrópicas

Este término es utilizado por el Convenio de 1971 para nombrar a 105 sustancias sometidas a fiscalización, la mayor parte de ellas están contenidas en productos farmacéuticos que actúan sobre el sistema nervioso central. Abarcan alucinógenos, estimulantes, hipnóticos, sedantes, tranquilizantes, anti epilépticos y analgésicos. Comprenden cualquier sustancia natural o sintética, u otra materia, natural de la Lista I, II, III o IV, según Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, por ejemplo: las anfetaminas, Barbital, Amobarbital, Bromazepan, Camezepan.

Drogas de síntesis o de fórmula manipulada

Las Naciones Unidas denomina de esta manera a las drogas ilegales, surgidas de la modificación química de las sustancias matrices, estas últimas a veces corresponden a compuestos farmacológicos. Entre las drogas de síntesis o fórmula manipulada se encuentra el MDMA (éxtasis).

Dependencia

Cuando alguien siente o cree que no puede vivir sin una sustancia, y

la utiliza de manera permanente y compulsiva. La dependencia de las drogas es una de las formas de consumir drogas, pero no es ni la única ni la más habitual. Desarrollar una dependencia con las drogas equivale a haber llegado a los últimos peldaños de una escalera que se ha comenzado a subir mucho tiempo antes, de manera gradual, casi siempre sin conciencia de ello y por diversos motivos, los cuales generalmente son desconocidos o no aceptados por la persona. Algunos autores se refieren a dos tipos de dependencia: física y psíquica.

La dependencia física

Corresponde a la imperiosa exigencia del organismo del drogado, quien solo puede mantener el equilibrio con la aportación regular de la droga. Esta necesidad es puramente fisiológica, lo que hace vanos todos los esfuerzos de voluntad para abstenerse de ella. La dependencia física se caracteriza por la necesidad ineludible en el organismo de la sustancia que ha sido repetidamente administrada, con el propósito de mantener la normalidad fisiológica. Esta dependencia desaparece cuando no existe fármaco, constituyendo el síndrome de abstinencia o cuadro fisiopatológico, que se revierte rápidamente si se aporta el fármaco en cuestión; o sea, es un estado de adaptación a la droga o sustancia.

La dependencia psíquica

Se presenta cuando el sujeto siente la necesidad o deseo de suministrarse la sustancia, y puede existir en algunos drogadictos libres de la dependencia física de la misma droga. Para algunos otros la dependencia psíquica o hábito es, por el contrario, una atracción mental y, sin embargo, irresistible que impele al individuo a tomar periódicamente una droga. Si la

dependencia es psíquica, si se priva a la persona de esta sustancia no presentarán los síntomas del estado de carencia, propios de la dependencia física, pues el equilibrio bioquímico del organismo no se ha perdido.

Drogas que originan dependencia psíquica y física

El término **droga** incluye tanto a los productos naturales como a los químicos o farmacéuticos.

Tipo A

Opio, derivados o sucedáneos

- Opio y derivados como morfina, heroína, etil-morfina.
- Sustancias morfínicas sintéticas como las que pertenecen a los grupos de la petidina, metadona y dexotromoramida.

Tipo B

- Alcohol etílico.
- Barbitúricos.
- No barbitúricos como el paraldehído, el hidrato de cloral, la glutetimida.
- Algunos tranquilizantes como el meprobramato.

Drogas que originan dependencia psíquica y no física

- Marihuana.
- Cocaína.
- Anfetaminas y sucedáneos.
- Bromados.
- Reserpina.

- Fenotiazinas.

Se entiende que dosis personal es la cantidad de fármaco o droga que ordinariamente una persona ingiere, por cualquier vía, de una sola vez. En cambio, la dosis para uso personal es la cantidad de sustancia, droga o fármaco, que una persona porta o conserva para su propio consumo.

METODOLOGÍA

Para la realización de la presente investigación se utilizó varios métodos de investigación:

Método teórico-jurídico de doctrina, lo que permite evaluar el estado de la doctrina en relación a los presupuestos que permiten identificar la pena, el principio de proporcionalidad y el delito de narcotráfico, para lo cual utilizaré el método deductivo, inductivo, análisis, síntesis y estudio comparado.

Método histórico- lógico para el análisis de los principales antecedentes históricos y legales sobre el tema en cuestión, haciendo especial referencia al sistema penal ecuatoriano.

Estudio jurídico-comparativo de las normas vigentes en los diferentes países, con lo que se caracteriza, evalúa y compara el derecho vigente en algunos países de Latinoamérica con nuestro país, para lo cual utilizare el método de análisis comparativo de las normas, lo que permitirá identificar las regularidades o similitudes entre las legislaciones, identificación de tendencias, identificación de modelos normativos existentes.

Método exegético-analítico de las normas jurídicas vigentes en el país

para poder diagnosticar acerca de la calidad de las normas vigentes, identificar deficiencias en la calidad de las normas el código penal actual y el proyecto de código penal integral (aún en estudio), con lo cual se comparará la normativa actual con la normativa que se pretende se apruebe en la Asamblea, lo que permitirá identificar las regularidades o similitudes entre la normativa penal actual y la que se pretende aprobar.

Revisión Bibliográfica para la recopilación de información histórica y actualizada doctrinal sobre la temática de estudio.

Para el desarrollo del objeto de estudio se aplicará 30 encuestas dirigidas a abogados, fiscales, y jueces de garantías penales.

Análisis de sentencias judiciales para el estudio de la aplicación del principio de proporcionalidad en las sentencias ya ejecutoriadas, dictadas por los Tribunales de Garantías Penales de Loja.

PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Recursos Humanos:

- Maestrante investigadora
- Profesor –Asesor
- Entrevistado

Recursos materiales:

- | | |
|------------------------------------|------------|
| - Equipo de computación | \$1.400,00 |
| - Papel Impresión y encuadernación | 500,00 |

~ Libros de consulta	1.000,00
- Varios	300,00
	Subtotal:\$ 3.200,00

Financiamiento:

Recursos económicos propios de la postulante.

BIBLIOGRAFÍA

Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana. Tomo Cuarto. Editorial Sopena Argentina.1978.

COSTA, Fausto. EL DELITO Y LA PENA EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México. 1953.

Gómez, Eusebio. TRATADO DE DERECHO PENAL. DOCTRINAS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. Tomo I. Compañía Argentina de Editores. Argentina. 1985.

GARCÍA-SAYÁN, Diego. NARCOTRÁFICO Y DERECHOS HUMANOS. INICIATIVA LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA. 2010.

Gómez, Eusebio. TRATADO DE DERECHO PENAL. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA Y SEGURIDAD DE LA NACIÓN, DELITOS POLÍTICOS Y CONTRA EL ORDEN PÚBLICO, DELITOS CONTRA LA

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Tomo V. Compañía Argentina de Editores. Argentina. 1985.

LÓPEZ CEDEÑO, Jesús Alberto. LA LEY PENAL EN LOS DELITOS DE NARCÓTICOS. Revista Judicial. Diario La Hora. 23 marzo del 2012. Pág. C1.

DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. CRIMEN ORGANIZADO. TRÁFICO DE DROGAS Y LAVADO DE DINERO. Ediciones ONBC. Cuba. 2001.

BOTERO MARINO, Catalina. La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano. Imprenta Nacional de Colombia. Colombia. 2009.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas
http://www.worldpolicies.com/espaniol/es_viena_anexo.html

SOLER Miguel Estanlisnao. Manual de Derecho Penal Argentino. Ediciones BM. Buenos Aires – Argentina. 1999. Pág. 45.

ZAFFARONI Eugenio Raúl. *La Teoría Jurídica del Delito*. UBA. Buenos Aires – Argentina. 2007. Pág. 56

CITADO POR WELZEL, Hans, El Nuevo Sistema de Derecho Penal, Berlin - Alemania, traducido al español por José de Santi. Pág. 97.

CARRARA Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte General
Volumen I. Editorial Temis, Bogotá . Colombia. Pág. 62

http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/cervantes_r_l/capitulo3.pdf

CALLE Campoverde Libia Elizabeth. La Penas y sus Finalidad en el Sistema
Punitivo. Edición Aztra. Uruguay. 2000. Pág. 56

De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. "Derecho
Penal Guatemalteco".

Landrove Díaz, Gerardo. "Consecuencias Jurídicas del Delito". Pag. 19

HOYOS Arturo. Versión electrónica del debido proceso.
www.adebidoproceso.com. Pág. 12

GARCÍA MORILLO, *DERECHO CONSTITUCIONAL*, VOL. 1, VALENCIA, 1994, PP. 216.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona – España.
1998. Pág. 99.

ZALGUERO Andrade José María. El mundo de la droga. Ediciones Cortazar.
Bogotá– Colombia. 1999. Pág. 23

LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1988 CONTRA EL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTROPICAS, Naciones Unidas, 1998.

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

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

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. 2007 Pág. 228 a 239.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD; Disponible en www.google.com.ec;
Enlace: http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_proporcionalidad

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. Pág. 34

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas
http://www.worldpolicies.com/espaniol/es_viena_anexo.html

DATOS DEL INEN. 14 de enero del 2010. Quito – Ecuador.

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

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

ÍNDICE

PORTADA	I
AUTORIZACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO	VI
TABLA DE CONTENIDOS.....	VII
1. Título.....	1
2. Resumen	2
Abstract	3
3. Introducción	4
4. Revisión De Literatura	7
4.1. Marco Conceptual.....	7
4.1.1. Breve Introducción A La Teoría Del Delito.....	7
4.1.2. La Pena Y Sus Fines.....	13
4.1.2.1. La Pena.....	13
4.1.2.2. Fines.....	18
4.1.3. El Principio De Proporcionalidad En El Derecho Penal.	22
4.2. Marco Doctrinario	26
4.2.1. Análisis Doctrinario Del Delito De Narcotráfico	26
4.2.2. Inaplicación Del Principio De Proporcionalidad Para El Juzgamiento Y Sanción De Los Delitos De Narcotráfico.	31
4.3. Marco Jurídico	36
4.3.1. Principio De Proporcionalidad Y La Pena En El Ecuador.....	36
4.3.2. Convención De Las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito De Estupefacientes Y Sustancias Psicotrópicas.....	40
4.3.3. El Delito De Narcotráfico En La Ley De Sustancias Estupefacientes Y Psicotrópicas.	45
4.4 Legislación Comparada	50
4.4.1. Legislación De La República De Chile	50
4.4.2. Legislación De La República De Venezuela.....	52
5. Materiales Y Métodos	55
5.1. Materiales	55
5.2. Métodos.....	56
6. Resultados	58
6.1 Presentación, Interpretación Y Análisis De Los Resultados De Las Entrevistas.....	58
6.2 Estudio De Casos	68
7. Discusión.....	74
7.1. Verificación De Objetivos.....	74
7.2. Contrastación De La Hipótesis	76
7.3. Fundamentación Jurídica Para Garantizar La Aplicación Del Principio De	

Proporcionalidad En La Imposición De Penas A Los Infractores Del Delito De Narcotráfico	77
8. Conclusiones	85
9. Recomendaciones.....	87
9.1.- Propuesta De Reforma	88
10. Bibliografía	91
11. Anexos	95
Índice	123