UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“LA ILEGALIDAD DE LA ACUMULACIÓN DE PENAS EN EL DELITO DE POSESIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES, ARTÍCULO 220 NUMERAL 1 DEL CÓDIGO INTEGRAL PENAL.”

TESIS PREVIA A OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO.

AUTOR:

Landy Bayardo Guapulema García

DIRECTOR:

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda. Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2017

CERTIFICACIÓN

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda. Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS.

CERTIFICA:

Que he dirigido y revisado en debida forma, la Tesis de grado titulada: **"LA ILEGALIDAD DE LA ACUMULACIÓN DE PENAS EN EL DELITO DE POSESIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES, ARTÍCULO 220 NUMERAL 1 DEL CÓDIGO INTEGRAL PENAL"**, previa a la obtención del Título de Abogado, presentado por el postulante señor Landy Bayardo Guapulema García, la misma que cumple con los requisitos de fondo y forma, exigidos por el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación, sustentación y defensa pública ante el Honorable Tribunal de Grado correspondiente.

Loja, Diciembre de 2016

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda. Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Landy Bayardo Guapulema García declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional- Biblioteca Virtual

Autor: Landy Bayardo Guapulema García

Firma:

Cédula: 1203245186

Fecha: Loja, 05 de Enero del 2017

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

Yo, Landy Bayardo Guapulema García, declaro ser autor de la Tesis titulada: **"LA ILEGALIDAD DE LA ACUMULACIÓN DE PENAS EN EL DELITO DE POSESIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES, ARTÍCULO 220 NUMERAL 1 DEL CÓDIGO INTEGRAL PENAL"**, como requisito para optar al Grado de: Abogado, autorizo al Sistema Bibliotecario 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 el exterior, con las cuales tenga convenido la Universidad.

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 05 días del mes de Enero del 2017, firma el autor.

FIRMA:.....

AUTOR: Landy Bayardo Guapulema García.

CÉDULA: 1203245186

DIRECCIÓN: Babahoyo, Av. Universitaria y Juan Agnoletto.

CORREO ELECTRÓNICO: landyamigo@hotmail.com

TELÉFONO: 0969503348

DATOS COMPLEMENTARIOS:

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:

PRESIDENTE: Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez Mg. Sc.

VOCAL: Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Paéz Mg. Sc.

VOCAL: Dr. Marco Vinicio Ortega Cevallos Mg. Sc.

DEDICATORIA

A Dios que cada día me permite tener la convicción de que esta junto a mí, para guiar mis pasos y poder de esta manera alcanzar las metas propuesta.

A mi esposa Mechita, a mis hijos Briana y Dylan, que en unión familiar comprendieron que el tiempo dedicado a esta meta alcanzada es beneficio de todos y de manera especial dedico a mi padre, el señor Félix Guapulema por su permanente apoyo.

Al director de tesis, Dr. Augusto Astudillo Ontaneda quien con sus conocimientos y espíritu colaborativo me proporciono valiosas recomendaciones haciendo posible que pueda culminar con éxito esta tesis de grado.

EL AUTOR

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de Loja y a todos y cada uno de sus funcionarios, en especial a los prestigiosos docentes, que compartieron sus conocimientos, y mis compañeros de la carrera de derecho que han sido mi fuente de apoyo, para lograr este objetivo tan preciado.

Landy Guapulema

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA.
CERTIFICACIÓN.
AUTORÍA.
CARTA DE AUTORIZACIÓN
DEDICATORIA.
AGRADECIMIENTO.
TABLA DE CONTENIDOS.
1.TÍTULO.
2.RESUMEN.
2.1.Abstract.
3.INTRODUCCIÓN.
4.REVISIÓN DE LITERATURA.
4.1.MARCO CONCEPTUAL.
4.1.1.Principio.
4.1.2.El principio de legalidad.
4.1.3.Pena.
4.1.4.Acumulación de penas.
4.1.5.Acumulación jurídica de penas.
4.1.6.Acumulación material de penas.
4.1.7.Concurso de delitos.
4.1.8.Concurso ideal.
4.1.9.Concurso material o real.
4.1.10.Tipo penal
4.1.11.Delito.
4.1.12.Droga tóxica.
4.1.13.Posesión de droga.
4.1.14.Dolo.
4.1.15.Bien jurídico protegido.
4.2.MARCO DOCTRINARIO.
4.2.1.El dolo y el delito de peligro abstracto en el delito de tráfico de drogas.

4.2.2.La modalidad delictiva de posesión de sustancias estupefaciente como tipo penal.

4.2.3.Características del tipo penal.

4.2.4.Diferencias entre el tipo y tipicidad.

4.2.5.La culpabilidad.

4.2.6.El principio de culpabilidad.

4.2.7.Culpabilidad de acto y de autor.

4.2.8.Requisitos positivos de la culpabilidad.

4.2.9.Teoria del concurso.

4.2.10.Unidad y pluralidad de delito.

4.2.11.Unidad de hecho.

4.2.12.Pluralidad de hechos.

4.2.13.Concurso real.

4.2.14.Concurso ideal de infracciones.

4.2.15.Interpretación teleológica.

4.3.MARCO JURÍDICO.

4.3.1.Coercibilidad constitucional

4.3.2.El código orgánico integral penal, y su aplicación en el juzgamiento del delito de trafico licito de sustancias estupefacientes por posesion.

4.3.3.El informe del consep, según datos periodísticos de diario el comercio.

4.3.4.El lesivo triple fallo de reiteración de la corte nacional de justicia.

4.4.LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1.Legislacion penal argentina.

4.4.2.Legislación penal chilena.

4.4.3.Legislacion penal colombiana.

5.MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1.Materiales utilizados.

5.2.Métodos.

5.3.Procedimientos y técnicas de investigación.

6.RESULTADOS.

6.1.Analisis de la aplicación de la encuesta.

6.2.Analisis de la aplicación de las entrevistas.

6.3.Estudio de casos.

7.DISCUSIÓN.

7.1.Verificacion de objetivos.
7.2.Contrastacíon de hipótesis.
7.3.Fundamentacion jurídica para la propuesta de reforma legal.
8.CONCLUSIONES.
9.RECOMENDACIONES.
9.1.PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.
10.BIBLIOGRAFÍA.
11.ANEXOS.
INDICE.

1. TÍTULO.

“LA ILEGALIDAD DE LA ACUMULACIÓN DE PENAS EN EL DELITO DE POSESIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES, ARTÍCULO 220 NUMERAL 1 DEL CÓDIGO INTEGRAL PENAL.”

2. RESUMEN

La presente tesis pone a consideración un trabajo investigativo socio-jurídico, dirigido a proponer un estudio serio que permita al legislador y a los operadores de justicia a encontrar una solución ecuánime y justa ante la problemática de ilegalidad de la acumulación de penas en el delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Siendo la libertad un bien jurídico tan preciado demanda que la justicia de un Estado sea garantista de los derechos de sus ciudadanos sin discriminar su condición jurídica en la que se encuentre. Surge la necesidad impostergable de hacer prevalecer los principios que rigen la armonía jurídica de una sociedad. Aun mas, cuando estos se hayan amenazados por la inapropiada formulación de leyes que en algunos casos no están acorde a la realidad social.

Los jueces de garantías penales han tenido una difícil tarea en lo que se refiere a administrar justicia. La aplicación del artículo 220, numeral 1 del Código Integral Penal en lo referente a sancionar el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, ha producido una avalancha de impugnaciones, recursos de casación por abogados y defensores que han evidenciado como la acumulación de penas, quebranta el principio de legalidad y ha puesto en el debate la posibilidad de reformar el mencionado artículo, como una salida jurídica a tan controvertida problemática.

La situación actual amerita un serio análisis y una justa decisión para encontrar la solución por parte de la asamblea nacional, para que los jueces puedan juzgar a los infractores en el tráfico de drogas, sin tener que otorgarles una acumulación de penas injusta, cuando está demostrado que el artículo 220.1 del Código Integral Penal ocasiona una acumulación de penas, basada en un interpretación de escala proporcionada por el CONSEP que fue modificada y es el recurso jurídico para acumular penas.

El presente trabajo investigativo, tiene como una impostergable oportunidad de proponer una reforma integral de artículo 220.1 del COIP de la Sección Segunda, delitos por la producción o tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

2.1. Abstract.

This thesis makes consideration of a socio-legal investigative work, which is aimed at proposing a serious study to allow the legislator and judicial officials to find a fair and just solution to the problem of illegal accumulation of penalties for the traffic offense of scheduled substances connected to control.

As liberty is a valued legally, it demands that the justice of a State is guarantor of the rights of its citizens without discriminate the legal status in which they are. With it arises the urgent need to make prevail the principles governing the legal harmony of a society. Furthermore, when these have been threatened by inappropriate development of laws that in some cases are not in line with social reality.

Penal guarantees judges have had a difficult task in relation to administer justice. The application of Article 220, paragraph 1 of the Integral Penal Code in relation to punish ilegal traffic of scheduled substances connected to control has produced an avalanche of challenges, appeals by lawyers and defenders who have demonstrated how the accumulation of penalties breaks the principle of legality and has made a debate for the possibility to reform the mentioned article as a legal solution to this controversial issue.

The current situation calls for serious analysis and a fair decision to find a solution by the National Assembly, in order that the judges can judge the offenders in drug trafficking, without having to give them an accumulation of

unjust punishment, when it is shown that the Article 220.1 of the Integral Penal Code causes accumulation of penalties, based on an interpretation of scale provided by CONSEP which was modified and is the legal remedy to accumulate penalties.

This investigative work has an urgent need to propose an integral reform of the Article 220.1 of COIP in the Second Section, crimes for the production or trafficking of scheduled substances connected to control.

3. INTRODUCCIÓN.

El estudio y análisis de las normas jurídicas que versan sobre el tema de investigación **"**La ilegalidad de la acumulación de penas en el delito de posesión de sustancias estupefacientes, artículo 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal**."** Se lo realiza partiendo de los conceptos y definiciones de palabras que son afines al tema.

Continuando con su estudio realizado, se efectúa una recopilación de datos de autores que han vertido sus opiniones o análisis en torno al tema de investigación, que forman parte del marco doctrinario.

Obra muy importante de este estudio y análisis es el que se presenta en el marco Jurídico, porque en él se citan las normas jurídicas alusivas al tema propuesto de la investigación, contenidas en la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Triple fallo Jurisprudencial de la Corte Nacional de Justicia, esta última es la que se pretende reformar, además el estudio de otros cuerpos legales inclusive, de las normas encontradas en la legislación comparada, mismas que fueron fuente de información de esta investigación y que aportaron con sus normas a esclarecer y a resolver el problema que se propuso al inicio de este trabajo.

De igual manera, mediante la investigación se verifican el objetivo general y los objetivos específicos, y se contrasta la hipótesis planteada.

A través de las encuestas realizadas, aplicadas a un universo de 30 personas (jueces, abogados en libre ejercicio profesional), se realiza el análisis correspondiente de cada pregunta con su respectiva respuesta, de las que se desprenden las conclusiones y recomendaciones.

Asimismo, se ejecutan las entrevistas que estuvieron dirigidas a funcionarios de los Juzgados de Garantías Penales de la ciudad de Babahoyo, se realizaron 3 preguntas, de las que se obtiene información, misma que es analizada y de las que se llega a determinar las conclusiones y recomendaciones correspondientes.

La fundamentación jurídica para la propuesta de reformulación jurisprudencial y reforma legal, se la redacta tomando en consideración la necesidad de proponer la reforma legal, como corolario de esta investigación.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

Los conceptos de la palabras presentes en este marco conceptual, tiene como finalidad contribuir al fortalecimiento y conocimiento del tema de investigación, a través de una compilación de tres diferentes versiones de su significado, de tal forma que permite formar un pre requisito conceptual para todo lector y un aporte al conocimiento científico en el área del derecho.

4.1.1. Principio.

La palabra principio tiene su origen en el latín principium y del griego arjé. Significa aquello de lo cual algo proviene de una determinada principio de la línea o la causa es principio del efecto.

Los principios son aquellos fundamentos que dieron origen a sociedades más organizadas. Tuvieron su desarrollo desde la antigüedad en los orígenes mismos de la historia de la humanidad. Los primeros filósofos griegos se preguntaron por el principio de las cosas (arjé), su origen y también por su esencia o por su razón de ser primordial. Y daban respuestas relacionadas con la naturaleza física: el fuego, el aire, el agua, etc.

Los principios analizados desde un origen filosófico se justifican en tres perspectivas.

La empirista sostiene que los principios nos sirven por ser generalizaciones de prudencia adquirida a lo largo de muchas generaciones, es en si la experiencia moral propia de una sociedad.

Los principios son derivados de telos (objetivo o propósito) de la vida humana.

El racionalismo transcendental define a los principios como aquellas preposiciones a priori que necesariamente hay que dar por supuestas para que sea posible y tenga sentido cualquier experiencia y cualquier planteamiento ético.

Por el frecuente uso doctrinario del término principio en el área del derecho se adoptó su utilización, ya que en las ciencias sociales, como el Derecho, el término correcto que debe utilizarse es fundamento. La palabra principio tiene su origen en las ciencias exactas como la Física, Matemática, entre otras.

Con respecto a este término el jurista Jorge Machicado sostiene que *"Un principio es un axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad, sobre la que se construyen las instituciones del Derecho y en que un momento histórico determinado, informa del contenido de las normas de un Estado"*.[1] Es decir el principio es una valoración de justicia de una sociedad que coadyuva a la construcción de alguna institución del derecho.

[1] http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/07/principio.html

Un principio general en el área del Derecho constituye un enunciado normativo general que a pesar de no estar integrado formalmente en los ordenamientos jurídicos particulares de una sociedad. La forma de operación y todo el contenido mismo de la normativa que rige estructura legal y del propio Derecho en su totalidad.

Un principio inspira la conducta en un ser humano, en una sociedad, es el fundamento que fortalecido por la ética se constituyen en norma practica y universal y propia del obrar moral del hombre independiente de su origen.

Sin embargo en términos sencillos de dice que el principio es una "*Norma que rige el pensamiento o la conducta de una persona o comunidad y su actuar según principios éticos"*[2]. El hombre común en su entorno más próximo lo considera al principio como la palabra inquebrantable en la que se fundamenta el buen desarrollo de su hogar, su familia y su descendencia misma.

Según la Real Academia Española principio de Derecho significa *"Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales."*[3]

Podemos inferir que un principio se constituye en una norma que sirve de control o regulación para ejercer autoridad sobre directrices que puedan irse

[2] http://es.thefreedictionary.com/principio
[3] http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=VlsWtXHJ5DXX2Zf0mQkO

configurando contrariamente a los postulados del principio generalmente aceptados por una comunidad o sociedad organizada. Visto de esta forma todos aquellos que forman parte de una misma sociedad deben someterse a los lineamientos jurídicos que sustentan el principio rector en un marco legal acordado y aceptado. Sin embargo así como los valores pueden ser verdades relativas en distintas sociedades, los principios que se los consideran universales, también puede de algún modo ser relativo o ignorado por gobiernos o sociedades, cuando su desarrollo evolutivo de la ciencia del derecho no alcanza al ser humano como un ente primordial de todo fin legal.

4.1.2. El principio de legalidad.

El principio de legalidad es un principio fundamental, inherente al poder público por el hecho que su ejercicio debe realizarse ceñido al marco legal vigente y a su jurisdicción. Se pregona que cuando un Estado es de derecho, porque todas sus actuaciones están sometidas a su Constitución actual o más conocido como el imperio de la ley. Entendiéndose legalidad como el espíritu mismo de ley que rige una sociedad moderna pero que no está libre de circunstancias que lesionen el principio, por su inapropiada aplicación de la Constitución y sus leyes inferiores.

EL principio que rige a toda la administración pública de una nación, que se encuentra sometida a la ley y al Derecho, debe garantizar a los ciudadanos la plena convivencia en paz y justicia. Este principio tiene una vinculación positiva, cuando sus actuaciones están permitidas por ley, y una vinculación

negativa, cuando puede hacerse todo aquello que no conste como una prohibición en una norma o ley.

El principio de legalidad constituye la pieza angular del derecho administrativo, confinando a la ley la tipificación de las infracciones y sanciones que correspondan.

La enciclopedia Jurídica nos da luces al describir. "*El principio de legalidad implica, en primer lugar, la supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general, frente a todos los poderes públicos. Además, el principio de legalidad implica la sujeción de la Administración a sus propias normas, los reglamentos".*[4] El principio de legalidad es parte de todo estado de derecho, donde es respetado los derechos humanos y acogidos de los derechos universales, como marco legal para garantizar las libertades y estabilidad jurídica de una nación. Por lo tanto la administración se sujeta a la Constitución de la República por el mismo hecho que la norma suprema tiene vida y soporte en el principio de legalidad.

El principio de legalidad se constituye en una expresión de poder tal como lo afirma el jurista ecuatoriano Fabián Corral que manifiesta que.

> "*La renuncia que hizo la Asamblea Constituyente a definir al Ecuador como Estado de Derecho es uno de los episodios más significativos en términos políticos y jurídicos. Es la abdicación de la legalidad como única forma de expresión de poder y como medio de relación entre la*

[4] http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/principio-de-legalidad/principio-de-legalidad.htm

Administración Pública y los ciudadanos. Es la huida del principio de la sujeción de la autoridad a la ley."[5]

La declaración de Ecuador como un Estado de derecho en la Constitución de la República del Ecuador Art. 1 consolidad y fortalece el principio de legalidad como norma que vigila el cumplimiento y aplicación del derecho dentro de las esferas políticas, sociales, jurídicas que son el sustento armónico de un país. Siendo así que el Ecuador es un estado de derecho, se constituye y se confirma que el principio de legalidad es espíritu, eje transversal de la Constitución y matriz legal de donde ninguna ley posterior debe formularse ignorando o violentando este principio.

4.1.3. Pena.

La pena de define según la enciclopedia jurídica biz como *"una privación o restricción de bienes jurídicos establecidos por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito.*"[6] La privación de un bien jurídico constituye el objetivo punitivo de toda ley y la exigencia de la pena, para todo aquel al no poder demostrar su inocencia se ve sometido al imperio de la ley sea cual fuere el ámbito donde se produzca el cometimiento de un delito o violación de una ley.

"Del latin poena, una pena es la condena, la sanción o la punición que un juez o un tribunal impone, según lo estipulado por la legislación, a la persona que ha cometido un delito o una infracción. Por ejemplo: El asesino de Juan,

[5] Fabián Corral, Las Paradojas de la Constitución Ecuatoriana de 2008 en la Constitución Ciudadana Taurus, Quito, 2009, p.279
[6] http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/pena/pena.htm

Pedro, ha sido castigado con una pena de reclusión perpetua, Mi hijo tiene que cumplir una pena de cinco años de prisión por estafas.

Pena es "*un recurso que utiliza el estado para reaccionar frente al delito, expresamente como la restricción de derechos del responsable. Es una sanción que produce perdida o restricción de derecho personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso al individuo responsable de la comisión de un delito*." [7]

Pena es un castigo que lo determina la ley, y se constituye en una retribución justa a quien ha de infligirse por el cometimiento de un delito, y de esta manera mantener el orden jurídico. Al ser la pena un castigo, tiene que lógicamente representar un sufrimiento, dolor o aflicción sea esta física o espiritual y que por ello representa en un mal para la persona que cometió el delito y que consiste en la disminución o privación de bienes jurídicos que impone la autoridad legítima.

4.1.4. Acumulación de penas.

La acumulación de penas podría constituirse para algunos operadores de Justicia en una salida o solución jurídica de la punibilidad al cometimiento de un conjunto o no de delitos, que sin fundamentarse en el principio de legalidad y de proporcionalidad esta acumulación puede resultar injusta e inapropiada para el sujeto sentenciado.

[7] https://es.wikipedia.org/wiki/Pena

La acumulación en su definición original procede del "vocablo latino accumulatio y está vinculado al verbo que refiere a amontonar o juntar algo.[8]

Entendiéndose la acumulación según el diccionario jurídico como "un resumen de penas impuestas al mismo condenado en diferentes procesos penales"[9]. Si los procesos son diferentes su significancia es que se derivan de delitos diversos.

El ejercicio de acumular penas basadas en las reglas de la ley, la doctrina y la sana crítica no le permiten al Juez provocar una desproporcionada acumulación de pena, porque el tiempo se constituye en su parámetro de limitación. *"La acumulación de penas es la limitación del tiempo de cumplimiento de un pena o condena, que termina resultando menor que el que correspondería si el penado cumpliera la suma aritmética de todas las penas impuestas."*[10]

Un sujeto que ha sido merecedor de una acumulación de penas sentirá el peso de la ley cuando el juzgador le explique motivadamente como una acción delictiva dio lugar a varias infracciones y que las mismas están tipificadas con una pena específica para cada acción específica y que a pesar de todo, siempre se tratara de que no sean tan desfavorable para el infractor. "Acumulación de penas es la aplicación a un delincuente de las penas que le corresponde a cada uno de las infracciones por él cometidas;

[8] http://definicion.de/acumulacion/
[9] http://www.redes-cepalcala.org/inspector/DERECHO/DICCIONARIOS/DICCIONARIO-1.htm
[10] http://iuscustodium.blogspot.com/2012/04/acumulacion-y-refundicion-de-condenas.html

esto es cuando realiza con una sola acción varios hechos delictivos."[11] Una acción puede provocar un concurso de delitos que para efectos de aplicación de penas necesariamente se daría una acumulación de penas, de la cual es muy difícil que se llegue a un mínimo grado de inocencia para el imputado.

"*Acumular penas es la facultad del juez penal de disponer sanciones distintas para cada una de las violaciones cometidos por el imputado en el caso juzgado*."[12] El alto grado de responsabilidad que recae sobre los hombros del juez penal, le compromete a resolver la absolución o condena de un imputado sin dar lugar al error inexcusable. Y es aún más complejo si tiene la ardua labor de fundamentar la sentencia ante una eminente acumulación de penas.

4.1.5. Acumulación jurídica de penas.

La acumulación jurídica dentro de la ley penal constituye un criterio para proceder a la punición en el supuesto de concurso real delitos y donde se establece que el culpable de más delitos o faltas, se le imponga todas las penas que le correspondan a las diversas infracciones para su cumplimiento simultaneo, si es posible, por la naturaleza y sus efectos. Esto quiere decir que podrán cumplirse al mismo tiempo una pena de privación de la libertad y una de multa según fuere el caso juzgado.

[11] http://dspace.utb.edu.ec/bitstream/49000/1034/1/T-UTB-FCJSE-JURISP-000145.pdf
[12] http://www.drleyes.com/page/utilidades/documento/24/835/Derecho-Procesal-Penal/Cumulo-de-Penas-y-Unficacion-de-Penas/

La acumulación jurídica de penas constituye una metodología para la medición judicial de la pena cuando concurre el fenómeno de concurso de delitos, según la cual, una vez establece la pena imponible a cada delito se aplica aquella correspondiente al delito más grave, aumentada en un determinada proporción. Esta institución es propia de los sistemas punitivos que se oponen a las penas perpetuas.

4.1.6. Acumulación material de penas.

El criterio punitivo de acumulación material de penas contempla que el culpable de varios delitos en concurso real se le impondrá cada una de las penas previstas para cada delito. La metodología de acumulación material de penas, también conocida como acumulación matemática es aplicable en sistemas punitivos como el Derecho Anglosajón de Estados Unidos o en sistemas de naciones africanas.

4.1.7. Concurso de delitos

Para QUINTERO OLIVARES: *"Los concursos de delitos son, casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales, violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados"*[13]. Así tenemos que concurso de delitos es toda concurrencia, afluencia de tipos penales con sanciones distintas que compromete diversos bienes jurídicos conculcados.

[13] Gonzalo Quintero Olivares (dir.)/José Manuel Valle Muñiz (coord.), *Comentarios al nuevo código penal,* Pamplona, 1996, p. 424.

PRADO SALDARRIAGA señala: *"Se afirma que se ha producido un concurso de delitos, cuando una misma persona aparece como autor de varios delitos independientes entre sí, o cuando su conducta se adecue simultáneamente a dos o más tipos legales".*[14] Aquí el autor, se centra en el autor que produce delitos independientes en una misma circunstancia.

La Teoría del concurso concierne no solo a la estructura del hecho punible y de los hechos punibles, sino también de sus consecuencias, es decir, a la pena en sentido amplio; así Giuseppe Maggiore, afirma que:

> *"El problema del concurso de delitos es también un problema de concurso de penas, ya que es necesario ver como se sanciona al responsable de varias infracciones penales con el criterio que inspire al legislador, traducido en la forma de regulación de los distintos casos que se presenten y las distintas consecuencias penales, puede construirse un índice de mayor o menor severidad de la ley y considerarse entonces que el aspecto de la penalidad debe formar parte del capítulo de la unidad y pluralidad del delito, pues no siempre se trata de sumar las penas cuando los delitos son varios, o de aplicar exactamente la pena de un delito cuando solo aparece el plus que resulta de la modalidad del delito o de la pluralidad de encuadramientos".*[15]

Sería un error suponer que los sistemas conocidos para determinar la pena que debe aplicarse se corresponden exacta indefectiblemente con los casos que presenta el estudio de la unidad de hechos y de delitos.

Se llama concurso de delitos porque tanto como el concurso real y el concurso ideal tienen que estudiar el delito para ver a cual se amolda más,

---

[14] http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/aplica_pena/39-52.pdf
[15] MAGGIORE GIUSEPPE, Derecho Penal Parte Especial Delitos en Particular Volumen lV, p. 423.

esto quiere decir que “concursan” entre ellos para ver cuál es el concurso que va a ser aplicado correctamente.

4.1.8. Concurso ideal.

Concurso ideal se lo precisa cuando mediante una acción se realizan varios tipos penales.

En el concurso ideal, por varias normas entran en juego ya que se integran entre si y se aplican contemporáneamente, pero cada una de ellas complementan para la sanción de un en cuanto que cada de una de ellas comprende una parte de un sólo del hecho.

4.1.9. Concurso material o real.

El jurista Arteaga Sánchez, afirma acertadamente, que *“cuando un sujeto realiza diversos hechos delictivos independientes entre sí, que concretan diversas violaciones de la ley penal sin que, en principio, se haya producido entre tales hecho una sentencia de condena.”*[16] Y esta eventualidad resulta para el imputado una situación de pesar, por el hecho que necesariamente las penas se acumularían por los diferentes hechos delictivos que implican penas por separado.

LUIS JIMENEZ DE ASUA, establece que

> “*La pluralidad de actos independientes que da, por ende, una pluralidad de delitos, constituye lo que se denomina concurso real, que*

[16] GUNTHER JAKOBS “Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación”, cit., p.189.

puede ser simultánea o sucesivo. Las consecuencias del concurso real pueden resolverse conforme a tres sistemas: acumulación material o matemática (quod delicta tot poena); régimen de absorción (poena major absorbet minorem) y acumulación jurídica".[17]

Aquí el autor, se centra en el autor que produce delitos independientes en una misma circunstancia.

4.1.10. Tipo penal.

El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas).

Lo tipos penales están necesariamente compilados como parte especial de todo código penal y se constituye en el concepto legal que describe sin ambigüedades para evitar una errónea interpretación dentro de un código penal. Existen muchas definiciones sobre esta figura, pues hay tantos tipos como formulaciones de diversas acciones en el Derecho Positivo.

El tipo penal son aquellos hechos que juntos determinan el concepto de una determinada clases de delitos conforman el tipo (corpus delicti). Se puede llamar tipo a cada conjunto de elementos que sirve de base a un juicio jurídicamente relevante.

[17] LUIS JIMENEZ DE ASUA "Principios de Derecho Penal, La Ley y El Delito", cit., p. 534

El tipo penal es el intento (necesariamente imperfecto) del legislador de tipificarlo injusto punible. Es decir que esencialmente un mero concepto descriptivo de elementos materiales de una conducta determinada.

Jorge Zavala Egas, establece que "*el tipo penal contiene algunos elementos permanentes sin los que no se podrían configurar los delitos, esto es, hace referencia a determinados elementos constantes, tales como: Sujeto activo, sujeto pasivo, núcleo o verbo del tipo, imputación objetiva, circunstancias de tiempo, modo y lugar".*[18]

El tipo penal es el dispositivo legal auténticamente penal que individualiza las conductas que nos interesan. Por eso decimos que es el que otorga relevancia penal a la conducta, y distingue los conceptos de cada tipo penal, para evitar erróneas interpretaciones al momento de su aplicación.

4.1.11. Delito.

La acción típica antijurídica, culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad.

En este sentido, es que el delito es una consecuencia de la convivencia social, que infringe normas legales, en el afán de llegar a obtener la aprobación- social, desde el punto de vista económico, y la dirigencia de la misma, como patrón de admiración.

Desde el punto de vista del Derecho Penal, analizándose la definición de éste y la ubicación del delito dentro de él. Por su parte, al delito se le define, se estudian los tipos de delito cuya existencia acepta la ley, desde el punto

[18] JORGE ZAVALA EGAS "Teoría del Delito y Sistema Acusatorio", cit., p. 197

de vista de su realización y su ubicación dentro de la legislación que los prevé, las circunstancias que inciden en su existencia.

Jiménez De Asúa, precisa que "*el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".* [19] Para este autor, a más de presupuestar al delito, afirma que este se subsume a condiciones objetivas de la pena hacia el ser humano.

4.1.12. Droga tóxica.

Las drogas son sustancias tóxicas que pueden funcionar como un veneno o tener un fin medicinal. Debemos entender que todos usamos algún tipo de droga, ya sea como un estimulante que nos permite rendir en nuestra vida diaria o como un intento de disminuir alguna ansiedad que nos rebasa cotidianamente. Más allá de nuestra voluntad para entenderlo o manejarlo, con el químico buscamos un refugio para soportar lo que estamos viviendo.

Para la OMS, consiste en la sustancia natural o sintética, cuya consumición repetida, en dosis diversas provoca en las personas:

1) el deseo abrumador o necesidad de continuar consumiéndola (dependencia psíquica),

2) la tendencia de aumentar la dosis (tolerancia) y

[19] Jiménez de Azúa, Luis, *Principios del Derecho Penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Argentina: Abeledo–Perrot: 4.ª, 2005, p. 208

3) la dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia, que hace verdaderamente necesario su uso prolongado para evitar el síndrome de abstinencia.

Todas estas sustancias pueden producir graves alteraciones en el organismo que pueden ir desde una simple adicción hasta provocar la muerte o enfermedades graves que comprometan la salud de los consumidores. A pesar de su potencialidad es evidente que no todas las cantidades producen los mismos efectos, sino que una cantidad menor será menos perjudicial que una dosis mayor, y es por ello que la jurisprudencia tiene en cuenta la cantidad objeto de delito para imponer una mayor o menor pena, a pesar de que estén encuadradas dentro de las mismas conductas.

4.1.13. Posesión de droga.

Para la revista penal española, este concepto tiene, en gran parte, un origen jurídico penal acotado con criterios civiles.

> *"La posesión o tenencia de drogas, tal y como se entiende en la materia penal, puede envolver diversas formas: puede ser directa o inmediata, actual, material, física y de presente. Pero también, mediata, indirecta e incluso a distancia, sin que sea necesaria-la comunicación física con la sustancia tóxica. Lo esencial en cualquier forma de tenencia de droga es que ésta se encuentre sometida de alguna forma a la voluntad del agente; es decir, opción y posibilidad de disposición sobre la droga (dominio funcional de la cosa)".*[20]

Al respecto de este concepto, cuyo matiz es penal-civil, donde el Agente que posee voluntad tiene el dominio, la disposición de la sustancia.

[20] . ROMERAL MORALEDA, ANTONIO Y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico- forenses, cit., p. 50

De acuerdo a este concepto, se ha dicho que *"Son dos los elementos que han de converger para considerar como típica la posesión de droga: el objetivo, que exige la tenencia o posesión de la droga; y el subjetivo o tendencial, que es la preordenación al tráfico o su transmisión a terceros"* [21]

4.1.14. Dolo.

El dolo es el resultado de la voluntad deliberada de cometer un delito, a sabiendas de su carácter delictivo y del daño que puede causar.

El dolo requiere el conocimiento de todos los elementos que componen el tipo objetivo (aspecto cognoscitivo) y conforme a ese conocimiento la. Voluntad de realización (aspecto conativo). Ambos aspectos no pueden escindirse; podrá darse el cognoscitivo, pero sin el conativo no hay dolo. La inverna es imposible, porque no puede haber ninguna voluntad de realización típica que no presuponga el conocimiento.

LUIS JIMENEZ DE ASUA, ensayando su definición, manifiesta que

> "*Existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica".*[22]

Es decir en el dolo hay un quebrantamiento del deber y que esto produce un cambio en el mundo circundante.

[21] http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/364/355
[22] LUIS JIMENEZ DE ASUA "Principios de Derecho Penal, La Ley y El Delito" cit., p. 365

Al hacer una reflexión, Jakobs, indica que *"Dolo es el conocimiento de que la realización del tipo depende de la ejecución querida de la acción, aun cuando no sea querida por sí misma". "Dicho brevemente: Dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias".*[23] Para Jakobs dolo es el conocimiento de la acción y de su ejecución en el Agente.

4.1.15. Bien jurídico protegido.

La doctrina mayoritaria defiende que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas es la salud pública, concibiéndola como un valor social y comunitario. Así tenemos a algunos autores que definen a la salud pública como el bien jurídico protegido.

MAQUEA ABREU, afirma que el bien jurídico "*salud pública se emancipa así como valor instrumental de la tutela propia y directa de la salud individual"*.[24] Es decir que para tutelar la salud individual pasó a convertirse en salud pública.

CARBONELL MATEU, considera que *"la salud pública es la capacidad de autodeterminación para seguir consumiendo o no la sustancia".*[25] Este tratadista, sostiene que para tener salud pública se debe tener autodeterminación para elegir el consumo o no de sustancias nocivas.

---

[23] GUNTHER JAKOBS "Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría dela imputación", cit., p. 316.

[24] MAQUEA ABREU, "Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas". Madrid 1998, p. 86

[25] CARBONELLMATEU, "Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas". Análisis y propuestas político criminales, EDERSA, Madrid, 1986, p. 338

REY HUIDROBO, asiente que:

> "*Cuando el Código alude a la salud pública no se refiere únicamente a enfermedades o epidemias que afectan a toda la población, sino a la alteración de las condiciones del individuo, incluida las sociales; además, defender la salud colectiva conlleva defender también la salud individual de cada ciudadano, ya que no puede defenderse que una norma proteja la salud colectiva y olvide la individual, lo cual llevaría a pensar que la comunidad social posee una salud distinta de aquella que poseen los ciudadanos que la componen".*[26]

Para este autor, infiere que la salud colectiva conlleva a la salud individual, y que no debería ser tratada por separado, ya que al tratar temas de salud atañe a todos los ciudadanos; y no es menos cierto que el derecho a la salud pública se relaciona a las condiciones biopsicosociales en que se desenvuelve el individuo, y es allí donde el Estado está en la obligación de tutelar la salud individual en comunidad social, donde las personas puedan desarrollarse de manera sana y saludable, propendiendo a la protección de la familia.

La doctrina, desde diferentes ópticas, sin lugar a dudas, hace referencia a la protección del bien jurídico de la salud pública. Es decir en un delito de lesiones, el objeto de protección es la vida, la salud, la integridad.

Constituyéndose la Salud Pública, en un bien jurídico macro en el que no solo atañe la salud individual del ciudadano, sino que colectivamente afecta

[26] REY HUIDOBRO, " El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a(del Código penal, Editorial Revista de derecho privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, págs. 62 y 63

la salud biopsíquica del entorno de familias que tienen a su haber individuos víctimas de las drogas, y este drama social vincula además su economía.

Dentro del desarrollo de esta obra es menester establecer una Política Criminal, acorde a la realidad jurídica social de nuestro país, imponiendo limitaciones a la hora de legislar en materia de drogas, y así el legislador no se vea tentado, a negociaciones infructuosas, ya que se deberá tomar muy en cuenta que no se pondrá en juego la salud pública de los ciudadanos.

Si la Constitución del Ecuador y el Código Orgánico Integral Penal, se rigen por principios que promueven garantías, estos ofrecen límites al abuso del poder, en el uso desmedido del ius puniendi por parte de los operadores de justicia; en el caso de la penalización de la posesión de drogas teniendo como premisa la salud pública como un bien jurídico tutelado por el derecho penal ecuatoriano. Tanta droga que ingresa al país de manera ilegal y hasta qué punto su grado de toxicidad puede causar daños a la salud de los consumidores, pudiendo ser esto una agravante determinante al momento de penalizar la posesión de droga como tipo penal.

Es por todos conocidos que del consumo de sustancias estupefacientes genera en el consumidor un daño en su propia salud individual sino también en su entorno social a raíz de su consumo tales como: problemas familiares, accidentes de tránsito y criminalidad. Por lo que el bien jurídico protegido es multidimensional y si su adecuada protección en el derecho penal abarca.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

Referente al tema de esta investigación, son varios los autores que han emitido sus análisis y criterios, a quienes se cita en este marco doctrinario, lo que permitirá llegar a un mejor estudio y comprensión de la problemática planteada.

La comprensión de involucra necesariamente el aporte de varios juristas que dan su punto de vista acerca de diversos temas que son el fundamento del presente marco doctrinario y con el análisis personal del investigador autor de esta obra.

4.2.1. El dolo y el delito de peligro abstracto en el delito de tráfico de drogas.

Por definición general se entiende al dolo como elemento subjetivo del tipo doloso, puesto que el tipo penal del delito de tráfico de drogas es doloso o intencional por excelencia. El dolo se conforma por los contenidos de la voluntad que rige la acción; es decir, por el conocimiento del autor sobre los elementos objetivos del tipo, las circunstancias, su deseo de realizar la conducta y provocar el resultado. En el caso concreto del tráfico de drogas, para su realización se requiere de la plena intención del agente para la ejecución del delito, por lo cual no sería factible su aparición culposa.

Para Muñoz Conde Francisco, "*el dolo en el delito de tráfico de drogas, comprende tanto el conocimiento de carácter nocivo para la salud de la*

sustancia de que se trate (es suficiente una valoración paralela en la esfera de lo profano".[27]

Es necesario acotar que en la modalidad delictiva de la posesión de sustancias estupefacientes para traficar es un concepto amplio, siendo el elemento esencial la preordenación al tráfico, el ánimo tendencial, representando un delito de peligro abstracto para la sociedad.

Citando a Claus Roxin, quien caracteriza a los delitos de peligro abstracto como "*aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro"*[28]

Ahora bien, al tratar el tema de delitos de peligro abstracto, debo hacer hincapié que la noción de peligro no está definida por la ley, pues esta noción no tiene autonomía propia, simplemente es antijurídica y general; es por ello que ha sido construida por dos elementos básicos: 1) La posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado y, 2) El carácter dañoso o lesivo de dicho resultado. Contentándose el tipo con la descripción del obrar prohibido.

[27] MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "Delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas", en Reforma penal de 1983, Barcelona, p.200.
[28] ROXIN Claus "Derecho Penal, parte general", traducción LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, Ed. Civitas, Madrid, 1997, TI, p. 407 y ss.

Así tenemos que MENDOZA BUERGO, sostiene que "*los delitos de peligro abstracto en particular, tienen un bien jurídico difuminado, difuso, lo que resulta preocupante, ya que incluso en oportunidades no tiene tampoco victimas definidas situación que se une a la falta de concreción".*[29]

Frente a lo dicho por los diversos tratadistas, se colige que el aspecto subjetivo del delito de tráfico ilícito de drogas, en relación a la posesión, resulta poco viable discriminar, ya que el autor, a la hora de ejercer el injusto penal, siempre busca un objetivo que no requiere lograr, con el fin de promover ese resultado exterior que está más allá del tipo objetivo.

4.2.2. La modalidad delictiva de posesión de sustancias estupefaciente como tipo penal.

Para REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, quien indica que "*una de las principales cualidades de los tipos penales que albergan los delitos contra la salud pública en general y en particular es el delito de tráfico de drogas, es la de ser un delito de peligro abstracto",*[30] Esto significa que, los ilícitos se consuman sin necesidad de lesión, siendo suficiente con que concurran el simple peligro.

Para la tratadista Teresa Molina Pérez, "*las conductas incriminadas en la norma penal son las que proyectan exclusivamente sobre el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes, dirigidas a la trasmisión de droga a un*

[29] MENDOZA BUERGO Blanca, "El derecho penal en la sociedad de riesgo", Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 45.
[30] REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit., pp.

tercero".[31]Sin determinar un profundo análisis a esta concepción es claro determinar que las conductas se enmarcan o se tipifican en el cualquier código penal así sea este español o del Ecuador y que la prohibición del uso de sustancias sujetas a fiscalización excluye cuando estas son para fines industriales, terapéuticos, científicos y docentes.

Para Zaffaroni, "*el tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas".*[32]

Entre estas valiosas definiciones, se puede colegir que el tipo penal se proyecta al tráfico ilegal de drogas tóxicas, siendo una conducta penalmente relevante que afecta directamente a la salud pública, es por ello que es catalogada como un delito de peligro abstracto.

4.2.3. Características del tipo penal.

El tipo pertenece a la ley. Tipos son las fórmulas legales mismas, es decir, las fórmulas legales que nos sirven para individualizar las conductas que la ley no prohíbe.

[31] Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLIV (2011)cit, p. 315, 316
[32] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal. Parte General" Ed. 1998.

El tipo es lógicamente necesario, porque sin el tipo nos pondríamos a averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta que en la mayoría de los casos resultaría sin relevancia penal alguna.

El tipo es predominantemente descriptivo, porque los elementos descriptivos son los más importantes para individualizar una conducta y, entre ellos de especial significación es el verbo, que es precisamente la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción.

No obstante, los tipos son a veces absolutamente descriptivos, porque en ocasiones acuden a conceptos que remiten o se sustentan en un juicio valorativo jurídico o ético.

La función de los tipos es la individualización de las conductas humanas que son penalmente prohibidas. De esta función depende la necesidad lógica del tipo.

4.2.4. Diferencias entre el tipo y tipicidad.

Ahora bien, ya hemos visto la conceptualización del tipo como predominantemente descriptivo para individualizar la conducta humana en el injusto penal, estableceré las diferencias entre el tipo y la tipicidad

El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es la característica que tiene una

conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal.

Tipo es la fórmula legal que dice “el que matare a otro”; tipicidad es la característica de adecuada al tipo que tiene la conducta de un sujeto que dispara cinco balazos contra otro, dándole muerte. La conducta del primero. Por presentar la característica de tipicidad, decimos que es una conducta típica.

Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad (atípica la que no la presenta);
Tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo;
Tipo es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta.

4.2.5. La culpabilidad.

La culpabilidad, en derecho penal es la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir supone la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico, fundada en el desacato del autor frente al derecho por medio de su conducta, mediante la cual menoscaba la confianza general en la vigencia de las normas.

La culpabilidad a decir de JAKOBS, *“se denomina como falta de fidelidad al Derecho o, brevemente como infidelidad al Derecho. Al igual que el injusto del hecho consiste en la realización del tipo faltando un contexto justificante, la culpabilidad consiste en la realización del tipo de culpabilidad faltando un*

contexto exculpante".[33] Para Jakobs, la infidelidad al Derecho es la culpabilidad, no respetar la norma penal por parte del Agente, le hace adecuar su conducta el tipo.

4.2.6. El principio de culpabilidad.

En su base antropológica según Zaffaroni, *lo que tradicionalmente se llamaba "principio de culpabilidad" se descompone hoy en dos diferentes niveles: en uno de ellos funciona el "nullum crimen sine culpa"*[34], es decir, que no puede haber delito si al menos no es culposo; en otro, opera la condición de irreprochabilidad para que haya delito. El primero es un problema de tipicidad y el segundo es el requerimiento general de la culpabilidad normativa del delito. Nos toca ocuparnos aquí de este segundo requerimiento.

El principio de culpabilidad entendido como no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor debe fundarse necesariamente en la aceptación de que el hombre es un ente capaz de auto determinarse, él es quien dirige su voluntad, tiene libre albedrío**.**

4.2.7. Culpabilidad de acto y de autor.

Entendida que lo que se reprocha al hombre es su acto en la medida de la posibilidad de autodeterminación que tuvo en el caso concreto. Dicho más brevemente, la reprochabilidad de acto es la reprochabilidad de lo que el

---

[33] JAKOBS Gunther"Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación" cit., p. 566 y 567.

[34] ZAFFARONI EUGENIO RAÚL , Derecho Penal Resumen p. 37

hombre hizo. En la culpabilidad de autor se le reprocha al hombre su personalidad, no lo que hizo, sino lo que es. En síntesis al individuo se le reprocha por su accionar y su personalidad.

Se responsabiliza al hombre por su conducción en la vida, porque el delito se estima que es el resultado del modo en que el sujeto condujo su vida y la culpabilidad es en realidad el reproche a esta conducción de la vida del individuo.

4.2.8. Requisitos positivos de la culpabilidad.

Corresponden a cuatro elementos:

a) El autor debe comportarse antijurídicamente;

b) debe ser imputable, es decir un sujeto con capacidad de cuestionar la validez de la norma;

c) debe actuar no representando el fundamento de validez de las normas;

d) Según la clase de delito, a veces deben concurrir especiales elementos de culpabilidad.

4.2.9. Teoría del concurso.

Esta teoría se elabora para el tratamiento de los eventos que se producen con trascendencia jurídico-penal con algún grado de complejidad. No siempre se encontrará una sola conducta que produce un solo resultado, aun así se estaría ante un único delito. A diario se encuentra varios actos que producen varios resultados, sin tener la certeza si se han producido varios o un solo delito y, sobre todo lo cuál es la pena a imponer.

Fue hacia el año 1791, KOCH, "*quien a través de sus instituciones juris criminalis sentó las bases para el desarrollo posterior por medio de la distinción entre concursus simultaneus (unidad de acción), concursus continuatos (delito continuado), y de la solución de estos casos, conforme, respectivamente, con los principios de absorción, de exasperación y de unidad".*[35]

Así tenemos que toda teoría del concurso descansa en dos conceptos básicos: la unidad y la pluralidad de hechos, los cuales no guardan relación con el hecho punible como elemento del delito.

La unidad y pluralidad de hechos debe ser determinada por la teoría del concurso y en términos estrictamente jurídicos o valorativos y no desde un análisis natural o biológico. Aquí lo importante es definir el número de tipos penales realizados para determinar la pena a fijar. Esta teoría se elabora para el tratamiento de los eventos que se producen con trascendencia jurídico-penal con algún grado de complejidad. No siempre se encontrará una sola conducta que produce un solo resultado, aun así se estaría ante un único delito. A diario se encuentra varios actos que producen varios resultados, sin tener la certeza si se han producido varios o un solo delito y, sobre todo lo cuál es la pena a imponer.

[35] HANS HEINRICH JESCHECK, cit., de Juan Carlos FERRE OLIVE, Miguel Angel NUÑEZ PAZ, Paula Andrea RAMIREZ BARBOSA en Derecho Penal Colombiano. Parte General. IBAÑEZ, 2011, p. 569.

Así tenemos que toda teoría del concurso descansa en dos conceptos básicos: la unidad y la pluralidad de hechos, los cuales no guardan relación con el hecho punible como elemento del delito.

La unidad y pluralidad de hechos debe ser determinada por la teoría del concurso y en términos estrictamente jurídicos o valorativos y no desde un análisis natural o biológico. Aquí lo importante es definir el número de tipos penales realizados para determinar la pena a fijar.

4.2.10. Unidad y pluralidad de delito.

Para saber qué segmento o segmentos de una unidad natural de acción, integrados quizás por varios movimientos corporales, suponen una única realización del tipo hay que atender en primer lugar a la redacción típica. Así, tenemos tipos cuya redacción permite integrar en el mismo, como una sola realización, la ejecución de varios actos. Por ejemplo

La repetición de actos homogéneos se integran en una unidad natural de acción - una

La repetición de actos heterogéneos se integran en una. Son los delitos compuestos.

Los casos en que cada uno de los actos resultaría susceptible de integrar un tipo diferente por separado. Son los delitos complejos.

En ocasiones el tipo prevé la posibilidad de diferentes modalidades de comisión, de manera que si se realiza una de ellas o varias se cometen en

todo caso una sola unidad típica. Son los tipos mixtos alternativos. Ej: quien escala, rompe y fuerza las cerraduras para robar solo realiza la acción típica de robo. Frente a los tipos mixtos alternativos encontramos los tipos mixtos acumulativos. En ellos la realización de varias opciones da lugar a varios delitos. En el delito permanente, las distintas acciones realizadas para mantener esa situación antijurídica se entienden comprendidas en una sola, una.

Previo a abordar al examen de clases de concursos de delitos, es importante, tener presente cuándo concurre un hecho y cuándo varios.

Aplicando la tesis de los intérpretes italianos, conforme lo señala Jiménez De Asúa, "*si bien llamamos acto a lo que ellos llaman hecho. Y como acto debe interpretarse el vocablo hecho que varios de esos códigos usan".*

4.2.11. Unidad de hecho.

La existencia e inexistencia de unidad de acción o acto nos conduce al análisis del concepto de acción, pues la existencia de una clase u otra de concurso se hace depender mayoritariamente de las acciones u acciones que se presente en una situación atípica.

De acuerdo con Carrara y Majno, se considera esta exigencia como la obra del agente, o sea el hecho y sus consecuencias; esto es ver al acto no solo al mero hecho que el sujeto realiza, desde su propio punto de vista, sino que abarca el resultado, la modificación real en el mundo exterior.

La unidad de hecho depende de la descripción típica. Con independencia de que la unidad de hecho equivalga a unidad de acci6n o a unidad de acci6n mas resultado material, surge en ambos casos otro problema, a saber, si realmente cada manifestaci6n de voluntad dará lugar a una acción. ¿Cada uno de los golpes que Juan da a Luis integra un delito de lesiones? ¿Cada fajo de billetes que Juan sustrae de la caja fuerte es un delito de robo? ¿Cada agresión sexual que Juan realiza sobre María es un delito de agresión sexual? Pues, cada golpe, o la sustracción de cada fajo de billetes, o cada agresión pueden integrar por solo delitos de lesiones, de robo o de agresiones sexuales respectivamente. Y aún hay más, si un sujeto lesiona y se apodera de la cartera de otro, ¿debe entrar en juego la plantilla del tipo de hurto más el de lesiones, o quizá el de robo con violencia o intimidación en las personas?

4.2.12. Pluralidad de hechos.

La pluralidad de hechos o actos independientes que da por ende una pluralidad de delitos, esto se produce cuando el sujeto realiza varios tipos penales homogéneos o heterogéneos. Unidad de hechos no equivale a concurso ideal, como tampoco pluralidad de hechos es igual a concurso real. Para que se le dé lo primero es necesario además que el sujeto realice diversos delitos, lo que no ocurrirá en el caso de que el único hecho de lugar a un único delito.

Del mismo modo, para el concurso real no es suficiente una pluralidad de hechos, sino que es necesario que cada uno de ellos de lugar a un único

delito, y que estos no se consideren desplazados por concurso de leyes. Analicemos primero las distintas situaciones en las que cabe pensar.

4.2.13. Concurso real.

Se produce cuando el mismo agente comete dos o más delitos independientes entre sí, es decir, que se cometen en diferente tiempo, en diferente lugar o contra distinta persona.

A lo dicho se suma que en este concurso debe existir:

a. Unidad de sujeto.

b. Pluralidad de tipos penales, es decir, existencia real de dos o más infracciones.

c. Conexidad procesal.

El mismo sujeto es imputado por la realización de dos tipos penales que son autónomos y, por lo tanto, no depende la realización del uno de la ejecución del otro. Así por ejemplo, Pedro sustrae una pistola de la guardianía del banco, luego se dirige a la casa de su vecino y enemigo, con la que dispara y lo mata. Hay dos hechos punibles: el robo y el homicidio, ambos le son atribuibles a Pedro, en este caso procede la acumulación de las penas determinadas por el legislador.

Se trata del modelo de acumulación material, que consiste en la suma de las penas que corresponden a cada uno de los delitos cometidos.

4.2.14. Concurso ideal de infracciones.

Algunos juristas coinciden en opinar que:

> "*uno de los casos de concurso ideal se refiere al denominado concurso de leyes, esto es aquel que se produce cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y por lo tanto el autor solo ha cometido una única lesión de ley penal. Se produce cuando entre los tipos penales que serían aplicables al caso concreto existe una relación de especialidad, de subsidiaridad o de consunción".*[36]

Max Ernst MAYER, afirma el concurso ideal como "*el caso que son aplicables a la misma acción varias leyes sin que ninguna ceda la otra"*[37]*.* Es decir, el sujeto ejecuta una sola acción que abarca varios tipos que protegen distintos bienes jurídicos o el mismo de manera repetitiva. Los procesos ejecutivos de la conducta deben tener identidad, por lo menos parcial, pues caso contrario, de no existir esa identidad surge el concurso real de delitos. Debe haber entre dos o más tipos penales coincidencia, al menos parcial, en los supuestos fácticos de los mismos.

Es homogéneo cuando la misma acción se adecua al tipo penal varias veces, esto es, se realiza el tipo reiteradamente. Así por ejemplo, un conductor que maneja por el carril equivocado que produce la muerte de varias personas; en este caso por cada muerte la misma acción reitera el tipo.

---

[36] Ramiro GARCIA FALCONI, Código Orgánico Integral Penal Comentado. ARA, Lima, 2014, p. 21
[37] Mayer, Max Ernst, Derecho Penal. Parte general , pp. 622

Es heterogéneo, cuando la única acción afecta a dos o más tipos penales diferentes. Por ejemplo cuando se agrede a una autoridad (desacato) que resulta herida (lesiones).

El concurso ideal, aclara el tema logrando que una sola decisión judicial contenga todas las penas que corresponden por la concreción de los resultados distintos, producidos por la misma conducta.

Se trata de una unidad de acción adecuándose a más de un tipo penal.

Hay dos formas de concurso ideal:

a) Cuando un solo hecho constituye dos o más resultados (caso de delito compuesto)

b) Cuando un solo acto sea medio necesario para cometer otro (delito complejo).

La Doctrina sostiene que en el primer caso, el del delito compuesto, necesita de una voluntad delictiva en el agente que produce varios resultados, los mismos que no son queridos directamente, pero son el resultado natural de la conducta. Por ejemplo, el que dispara a su enemigo en una reunión pública matándolo, pero también hiere al que está a su lado. Existe un solo propósito en la voluntad del agente, una sola resolución, pero resultados adicionales aunque no queridos.

Solución respecto a la pena en el caso de concurso que se trate son varias:

a) Acumulación material que es la mera suma aritmética antes vista, con las limitaciones determinadas.

b) Absorción para el caso de concurso ideal en que se aplica la pena más grave.

c) Exasperación o aspersión en que se sanciona con la pena que corresponde al delito más grave, sometiéndola a un incremento que supera el límite máximo previsto para dicho delito. Esto no se aplica en el país.

4.2.15. Interpretación teleológica.

Para el jurista Jorge Zavala Egas, la interpretación teleológica es aquella que se propone reconocer la voluntad de la ley, en concordancia con el fin perseguido; y en la ley penal. Asimismo Sebastián Soler, afirma, el fin es ordinariamente la tutela de un bien jurídico. En consecuencia, la interpretación teleológica exige primero encontrar el bien jurídicamente protegido y, luego, a base de esta finalidad (la protección del bien) poder realizar una correcta interpretación de la ley.

Es necesario que al obedecer la majestad de la ley, se haga imprescindible encontrar el bien jurídicamente protegido para establecer una correcta interpretación de la norma, pues esto coadyuva al operador de justicia al momento de aplicar la ley penal, a verificar el espíritu de la ley, hacer un reconocimiento expreso de motivo y fin que llevo al legislador a dar nacimiento a esa norma, a reconocer su carácter tutelar, y su aporte que brinda el individuo y la sociedad al término de su juzgamiento.

4.3. MARCO JURÍDICO.

Es importante realizar una breve reseña histórica acerca del principio de legalidad y proporcionalidad.

En el Ecuador desde su época republicana, se han promulgado cinco Códigos Penales (1837, 1872, 1889, 1906 y 1938). La Legislación Penal Vigente es una codificación más y tiene una fuerte influencia del Código italiano de 1930(conocido como Código de Rocco), argentino de1992, belga de 1867, y este a su vez del francés de 1810 (Código Napoleónico). En suma teníamos un Código de hace dos siglos con la influencia trágica del siglo XX, que es la Ley penal del fascismo italiano.

4.3.1. Coercibilidad constitucional.

La Constitución, al proclamar al Estado Ecuatoriano como constitucional de derechos y justicia, define un nuevo orden de funcionamiento jurídico, político y administrativo. La fuerza normativa directa, los principios y normas incluidos en su texto y en el Bloque de Constitucionalidad confieren mayor legitimidad al Código Orgánico Integral penal, porque las disposiciones constitucionales no se requieren la intermediación de la ley, para que sean aplicables directamente por los jueces.

El art. 84 de la Constitución de la Republica, establece “que toda autoridad pública que posee potestad normativa, está obligado a adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos

en la Constitución y los Tratados Internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano (…).”[38] En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentaran contra los derechos que reconoce la Constitución”. A lo señalado es congruente que el numeral 1 del Art.76, en materia de garantías básicas del debido proceso, se indica: “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de la partes”.

Asimismo según el Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador, las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerán de eficacia jurídica. Bajo esta premisa mandatoria, aparece la necesidad de adecuar y actualizar el derecho penal ecuatoriano, en cuanto juzgamiento del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, para determinar la correspondencia constitucional del bien jurídico protegido, y las garantías de quienes se someten a un proceso penal en calidad de acusados, para que estén adecuadamente regulados.

En este contexto se adecua la legislación ecuatoriana se incorpora a los nuevos desarrollos conceptuales que se han producido en el mundo y en la región, como mecanismo para asegurar un correcto funcionamiento de la

[38] Constitución de la República del Ecuador. p. 39.

justicia penal. Las juezas y jueces penales han estado sometidos a una concepción excesivamente legalista.

Es por ello que el derecho penal, debe determinar los límites, para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad.

El principio de proporcionalidad penal, consiste en que las penas estén acordes con el grado de vulneración de un derecho y su gravedad. Consecuentemente el Juez o la Jueza es garante de los derechos de las partes en conflicto. El proceso se adecua a los grados de complejidad de los casos. Las personas sometidas al poder penal como víctimas o procesados, tienen en todas sus etapas derechos y garantías.

El artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal, establece principios procesales, en relación al debido proceso penal, (…).

> *"1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.*
>
> *2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplica la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.*
>
> *3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.*
>
> *4. De inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutoríe una sentencia que determine lo contrario.*

5. Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad.

6. Impugnación procesal: toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código.

7. Prohibición de empeorar la situación del procesado: al resolver la impugnación de una sanción, no se puede empeorar la situación de la persona procesa cuando es la única recurrente.

8. Prohibición de autoincriminación: ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

9. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona puede ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.

10. Intimidad: toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar. No pueden hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en su domicilio, residencia, o lugar de trabajo sino en virtud de orden escrita de la o el juzgador competente, con arreglo a las formalidades y motivos previamente definidos, salvo los casos de excepción previstos en este Código.

11. Oralidad: el proceso se desarrolla mediante el sistema oral y las decisiones se dictan en audiencia; se utilizarán los medios técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales; y, los sujetos procesales podrán recurrir a medios escritos en los casos previstos en este Código.

12. Concentración: la o el juzgador reunirá o concentrará y realizará la mayor cantidad de actos procesales en una sola audiencia; cada tema

en discusión se resolverá de manera exclusiva con la información producida en la audiencia destinada para el efecto.

13. Contradicción: los sujetos procesales debe presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra.

14. Dirección judicial del proceso: la o el juzgador, de conformidad con la ley, ejerce la dirección del proceso, controla las actividades de las partes procesales y evita dilaciones innecesarias.

En función de este principio, la o el juzgador puede interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas.

15. Impulso procesal: corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme al sistema dispositivo.

16. Publicidad: todo proceso penal es público salvo los casos de excepción previstos en este Código.

17. Inmediación: la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal.

18. Motivación: la o el juzgador debe fundamentar sus decisiones, en particular, tiene que pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.

19. Imparcialidad: la o el juzgador, en todos los procesos a su cargo, tiene que orientarse por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la Ley.

20. Privacidad y confidencialidad: las víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como toda niña, niño o adolescente que participe en un proceso penal, tienen derecho a que se respete su intimidad y la de su familia. Se prohíbe divulgar su identidad en actuaciones judiciales, policiales o administrativas, así como hacer referencia a

documentación, nombres, sobrenombres, filiación, parentesco, residencia, antecedentes penales, exhibición de fotografías o cualquier otro dato que posibilite su identificación.

21. Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley y el respeto de los derechos de las personas. En igual medida, investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan."[39]

4.3.2. El código orgánico integral penal, y su aplicación en el juzgamiento del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes por posesión.

La aplicación en el juzgamiento del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes por posesión exige una correcta interpretación, por ello el mismo COIP en el artículo 13 reza las siguientes reglas:

"1. La interpretación en materia penal se realiza en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.
2. Los tipos penales y las penas se interpretan en forma estricta; esto es, respetando el sentido literal de la norma.
3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos." [40]

Una adecuada interpretación en materia penal tal como lo ilustra el mencionado artículo faculta a todo profesional del derecho a una correcta compresión y utilización como recurso jurídico en el quehacer profesional, es por lo tanto el respeto estricto al sentido literal, el sentido más ajustado a la

[39] Suplemento -- Registro Oficial Nº 180 -- Lunes 10 de febrero de 2014 Código Integral Penal. p. 6,7
[40] Código Integral Penal. p.35.

Constitución de la República y la expresa prohibición de analogías, son las más claras recomendaciones para un correcto aplicación jurídica del Código Integral Penal.

TÍTULO V
ÁMBITOS DE APLICACIÓN.

Artículo 14.- Ámbito espacial de aplicación. *Las normas de este Código se aplicarán a:*
1. Toda infracción cometida dentro del territorio nacional.
2. Las infracciones cometidas fuera del territorio ecuatoriano, en los siguientes casos:
a) Cuando la infracción produzca efectos en el Ecuador o en los lugares sometidos a su jurisdicción.
b) Cuando la infracción penal es cometida en el extranjero, contra una o varias personas ecuatorianas y no ha sido juzgada en el país donde se la cometió.
c) Cuando la infracción penal es cometida por las o los servidores públicos mientras desempeñan sus funciones o gestiones oficiales.
d) Cuando la infracción penal afecta bienes jurídicos protegidos por el Derecho Internacional, a través de instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, siempre que no se haya iniciado su juzgamiento en otra jurisdicción.
e) Cuando las infracciones constituyen graves violaciones a los derechos humanos, de acuerdo con las reglas procesales establecidas en este Código.
3. Las infracciones cometidas a bordo de naves o aeronaves militares o mercantes de bandera o matrícula ecuatoriana.
4. Las infracciones cometidas por las o los servidores de las Fuerzas Armadas en el extranjero, sobre la base del principio de reciprocidad.

Artículo 15.- Ámbito personal de aplicación. *Las normas de este Código se aplicarán a todas las personas nacionales o extranjeras que cometan infracciones penales.*

Artículo 16.- Ámbito temporal de aplicación. *Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas:*
1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión.

2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna, sin necesidad de petición, y de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia.
3. El ejercicio de la acción y las penas prescribirán de conformidad con este Código.
4. Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena.

Artículo 17.- Ámbito material de la ley penal. *Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tienen validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia.*
Se presume de hecho que las infracciones penales son conocidas por todas y todos aquellos sobre quienes tienen vigencia.

LIBRO PRIMERO
LA INFRACCIÓN PENAL
TÍTULO I
LA INFRACCIÓN PENAL EN GENERAL

Artículo 18.- Infracción penal. *Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.*

Artículo 19.- Clasificación de las infracciones. *Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones.*
Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días.
Contravención es la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días.
Artículo 20.- Concurso real de delitos. *Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años.*

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

CAPÍTULO PRIMERO
CONDUCTA PENALMENTE RELEVANTE

Artículo 22.- Conductas penalmente relevantes. *Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.*
No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

Artículo 23.- Modalidades de la conducta. *La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión.*
No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.
Artículo 24.- Causas de exclusión de la conducta. *No son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia, debidamente comprobados.*

SECCIÓN PRIMERA
Tipicidad

Artículo 25.- Tipicidad. *Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes.*

Artículo 26.- Dolo. *Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo, ejecuta voluntariamente la conducta."*[41]

CAPÍTULO TERCERO
PARTICIPACIÓN
"Artículo 41.- Participación. *Las personas participan en la infracción como autores o cómplices.*
Las circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad penal de una autora, de un autor o cómplice no influyen en la situación jurídica de los demás partícipes en la infracción penal.

Artículo 45.- Autores. *Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades:*
1. Autoría directa:

[41] Código Integral Penal Ecuatoriano, p. 35- 39

a) Quienes cometen la infracción de una manera directa e inmediata.
b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo.
2. Autoría mediata:
a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.
b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.
c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible, la fuerza empleada con dicho fin.
d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.
3. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción.

Artículo 43.- Cómplices. *Responden como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se hubiese cometido.*
No cabe complicidad en las infracciones culposas.
Si de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad, cooperar en un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la pena se aplicará solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.
En este caso, la pena para será de un tercio hasta la mitad de la prevista para la autora o el autor.

CAPÍTULO CUARTO
CIRCUNSTANCIAS DE LA INFRACCIÓN.

Artículo 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes. *Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.*
Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrán el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.

Si existen cuando menos dos circunstancias agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal aumentada en un tercio.

Artículo 47.- Circunstancias agravantes de la infracción. *Son circunstancias agravantes de la infracción penal:*

1. Ejecutar la infracción con alevosía o fraude.

2. Cometer la infracción por promesa, precio o recompensa.

3. Cometer la infracción como medio para la comisión de otra.

4. Aprovecharse de concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, fenómeno de la naturaleza para ejecutar la infracción.

5. Cometer la infracción con participación de dos o más personas.

6. Aumentar o procurado aumentar las consecuencias dañosas de la infracción para la víctima o cualquier otra persona.

7. Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima.

8. Cometer la infracción prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar.

9. Aprovecharse de las condiciones personales de la víctima que impliquen indefensión o discriminación.

10. Valerse de niños, niñas, adolescentes, adultas o adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad para cometer la infracción.

11. Cometer la infracción en perjuicio de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad.

12. Cometer la infracción con violencia o usando cualquier sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima.

13. Utilizar indebidamente insignias, uniformes, denominaciones o distintivos militares, policiales o religiosos como medio para facilitar la comisión de la infracción.

14. Afectar a varias víctimas como causa de la infracción.

15. Ejecutar la armado la infracción o con auxilio de gente armada.

16. Utilizar credenciales falsas, uniformes o distintivos de instituciones o empresas públicas, con la finalidad de hacerse pasar por funcionarias, funcionarios, trabajadoras, trabajadores, servidoras o servidores públicos, como medio para facilitar la comisión de la infracción.

17. Cometer la infracción total o parcialmente desde un centro de privación de libertad por una persona internada en el mismo.

18. Encontrarse el autor perseguido o prófugo por un delito con sentencia condenatoria en firme.

19. Aprovechar su condición de servidora o servidor público para el cometimiento de un delito.
En lo atinente a las penas, el COIP, dedica el título II, capítulo primero, para tratar este importante tema; así tenemos que el artículo 51, establece que: La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Artículo 52.- Finalidad de la pena. *Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima.*
En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

Artículo 53.- Legalidad de la pena. *Las personas declaradas responsables penalmente tienen derecho a que no se les imponga penas más severas que las determinadas en los tipos penales ni otras no contempladas en este Código. El tiempo de duración de la pena debe ser determinado. Quedan proscritas las penas indefinidas.*

Artículo 54.- Individualización de la pena. *La o el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observando lo siguiente:*
1. Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes.
2. Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos.
3. El grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal.

Artículo 55.- Acumulación de penas. *La acumulación de penas privativas de libertad procede hasta un máximo de cuarenta años*".[42]

El tipo penal establecido en la SECCIÓN SEGUNDA del COIP, en lo atinente al Delito de Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, normado en el Artículo 220.1, indica:

[42] Asamblea Nacional. "CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL". 2014. Cit., p., 41-46

"La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente: Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general, efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera(…)",[43]

Conforme a los datos proporcionados por el CONSEP, y que fuera publicado en Diario El Universo.[44] Así tenemos de manera gráfica dos cuadros comparativos 2014-2015, que representaba y representa la forma de sancionar el delito de Posesión Ilícita de Sustancias Estupefacientes, de mínima, mediana, alta y gran escala.

[43] Asamblea Nacional. "CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL". 2014. Cit., p., 91
[44]http://www.eluniverso.com/noticias/2015/09/10/nota/5116070/consep-presenta-nueva-tabla-sancion-droga

Julio 2014

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

Septiembre 2015

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

Fuente: Tomado de Diario El Universo

4.3.3. El informe del CONSEP, según datos periodísticos de diario el comercio.

El 10 de septiembre del 2015. El CONSEP presentó una nueva tabla que establece las cantidades de droga para que los jueces puedan determinar si lo que el sospechoso cometió fue tráfico en mínima escala o en gran escala. En el caso de la heroína se penalizará a quienes vendan o entreguen la mínima cantidad de esta sustancia; es decir de 0 a 0,1 gramos. Este tipo de alcaloide es la base de la denominada droga “hache”, altamente consumida por los jóvenes, según afirmaron autoridades del CONSEP. En el 2014, este

organismo aprobó la tabla sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas cuya escala mínima era hasta 1 gramo. Aquello impedía sancionar con prisión a quienes expendían cantidades de drogas menores a lo fijado. La nueva tabla presentada también modifica las escalas de otros tipos de sustancias, como cocaína y marihuana. Las 4 escalas sobre sustancias psicotrópicas (anfetaminas, éxtasis, etc.) también fueron modificadas.

La resolución emitida por acuerdo entre las autoridades del Ministerio de Salud Pública, Ministerio de Inclusión Económica y Social, del Interior, y presidida por la Procuraduría del Estado, entrará en vigencia a partir de su publicación en el registro oficial. Pero antes, la resolución será enviada a la Asamblea Nacional, organismo que fijará las sanciones a las penas privativas de libertad. En la llamada sabatina, el presidente de la República, Rafael Correa, cuestionó la tabla del 2014 y anunció que "el criminal que venda aunque sea 0,1 gramo de heroína a los jóvenes irá preso al menos 4 años.[45]

4.3.4. El lesivo triple fallo de reiteración de la Corte Nacional de Justicia.

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador como máximo órgano de administración de justicia ordinaria, al ejercer su atribución y con la facultad de crear jurisprudencia emite una decisión con fuerza vinculante, que debe ser acatada por otros órganos de justicia, luego de una extensa motivación y explicación didáctica con ejemplos modelos para demostrar la supuesta

[45] http://www.elcomercio.com/actualidad/consep-escalas-trafico-droga-ecuador.html.

aplicación apropiada del artículo 220.1 del Código Integral Penal decide publicar la resolución no. 12-2015 suplemento del registro oficial no. 592 de 22 de septiembre de 2015 el siguiente precedente jurisprudencial que se sintetiza a continuación.

> *"Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal."*[46]

La solución que ya es acatada por los jueces solo confirma el aspecto lesivo del triple fallo que beneficia al juez dándole la potestad resolver basado en una acumulación de penas para el procesado y sin que tener que evitar una acumulación desproporcionada y futuras apelaciones de los abogados y defensores públicos, ya que muchos casos el individuo tendrá que cumplir una pena tan drástica como la equivalente a un homicidio, esta desproporcionalidad de la pena se basa únicamente en la cantidad de la sustancia estupefaciente encontrada en posesión, sin tomar en cuenta que

[46] http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2015/15-12%20Triple%20reiteracion%20acumulacion%20penas%20en%20drogas.pdf

la toxicidad como complemento puede ser una variable en criminalización de la pena y su sanción.

La acumulación de las penas es necesaria para las diferentes cantidades de droga, pero tal como lo expresa la resolución del triple fallo de reiteración de la Corte Nacional de Justicia se produce una acumulación excesiva. Puesto que se está considerando al cuadro de droga como diversos tipos penales y en la ciencia penal se penaliza conductas no tipos de drogas, lo que significa que se debe estructurar un artículo que juzgue la conducta típica y como complemento la cantidad en función de su grado de toxicidad.

Existe un claro error en la tabla proporcionada por el CONSEP que ocasiona cuando al detenerse a un consumidor con un gramo de cocaína al confundirlo con microtraficante debido a que esta misma cantidad corresponde a la mínima escala. Pudiéndose entender que la tabla también incurre en errores que promueven la aplicación equivocada del tipo penal de posesión.

Si se considera la cantidad más el grado de toxicidad de la sustancia es muy eficaz estructurar una tabla y reglas para penalizar la posesión de sustancias estupefacientes. Desde hace tiempo en Chile mediante decreto pone a la Cannabis o marihuana y sus derivados en la lista de drogas consideradas como duras por su alta toxicidad o su dependencia.

Nuestro Código Integral Penal en su artículo pone un límite de acumulación de penas hasta 40 años, siendo una pena desproporcionada si se aplica la acumulación para el delito de posesión de sustancias estupefacientes. En

naciones como España también incurren en un sistema de agravaciones en el delito de tráfico de drogas, ya que se da una acumulación desmedida que puede superar hasta las previstas para un homicidio. Sin embargo en Chile su penalización va desde cinco años y un día hasta un tope de 15 años de cárcel para cantidades mayores y para cantidades menores desde 541 días hasta cinco años.

La investigación busca precisamente encontrar en base a criterios compartidos por profesionales del derecho, la fórmula más eficiente a la hora de estructurar un artículo con sus reglas que permita sin caer en una acumulación desproporcionada e ilegal de penas y que sobre todo dé una respuesta satisfactoria, a los operadores de justicia, abogados , defensores y demás ciudadanos afectados directa e indirectamente por un sistema de justicia que podría estar aplicando normas, leyes y reglamentos donde los principios de legalidad, proporcionalidad son los fundamentos que regulan al derecho penal garantista.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1 Legislación penal argentina.

El art. 58 del Código Penal Argentino, sienta las bases del denominado sistema de pena única. Este sistema nos indica cómo debemos proceder en aquellos casos que una persona sea condenada en diversas oportunidades a fin de evitar que una persona cumpla en forma simultánea o sucesiva diversas sanciones penales, de modo que se relaciona íntimamente con el proceso de ejecución de la pena pues se busca, por diversos procedimientos, hacer una suerte de composición de las distintas sanciones precisando cual es el tiempo durante el cual debe cumplir pena: privado de su libertad o sujeto a reglas de conducta o en qué momento se tornan operativos diversos institutos como la libertad condicional, o las etapas del tratamiento penitenciario (salidas transitorias etc.).

Debemos tener presente que el analizado constituye un tema de suma importancia práctica habida cuenta que mediante el mismo el condenado puede obtener enormes beneficios y, por el contrario, una defectuosa aplicación del mismo puede ocasionarle enormes perjuicios.-

Muchas veces los funcionarios actúan en forma irresponsable omitiendo cumplir con la unificación o bien al realizarla no aplican un criterio de razonabilidad y justicia al individualizar la pena única. En todos estos casos muchas veces la consecuencia culmina siendo que el ciudadano debe

afrontar una pena más gravosa -sea esta de ejecución condicional o efectiva- o bien que se vea impedido de recuperar su libertad ambulatoria:

> *"art. 13 del C.P. como acontece en el caso de que recaiga una nueva sentencia en la cual el juez omita unificar cuando el ciudadano se encuentra próximo a obtener el beneficio pues el condenado deberá aguardar dicho trámite a efectos de determinar su situación.*
>
> *Esta somera explicación denota claramente la importancia práctica del instituto analizado.-*
> *El art. 58 del C.P. regula el denominado sistema de pena única o total".*[47]

4.4.2. Legislación penal chilena.

La legislación de chile sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, dicta y modifica diversas disposiciones legales y deroga ley n° 18.403. Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente:

> *TITULO I*
> *De los delitos, sanciones, competencia y procedimiento*
> *Artículo 1°.- Los que, sin contar con la competente autorización, elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan substancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.*
>
> *Si se tratare de otras drogas o substancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, el tribunal podrá rebajar la pena hasta en dos grados.*

[47] http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/sistema_pena.htm#_ftn1

Según esta legislación se presumirán autores del delito sancionado en este artículo quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las substancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores.

> *Artículo 2°.- Los que, sin contar con la competente autorización, siembren, planten, cultiven o cosechen especies vegetales del género Cannabis u otras productoras de substancias estupefacientes o sicotrópicas, incurrirán en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que justifiquen que están destinadas al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, en cuyo caso, serán sancionados según los artículos 41 y siguientes.*
> *Según la gravedad de los hechos y las circunstancias personales del inculpado, la, pena podrá rebajarse en un grado.*
> *La autorización a que se refiere este artículo será otorgada por el Servicio Agrícola y Ganadero.*
> *No podrá otorgarse dicha autorización a las personas que se encuentren procesadas o hayan sido condenadas por alguno de los delitos sancionados en esta ley y, tratándose de sociedades, cuando cualquiera de sus socios o administradores se encuentre en alguna de estas situaciones."*[48]

La ley 20.000 de 2005 que fue actualizada en el 2007 y vigente penaliza la posesión de pequeñas cantidades de drogas que producen dependencia física o psíquica, con una privación de libertad no menor a 541 días y hasta cinco años y si son grandes cantidades la privación puede llegar hasta 15 años de cárcel, si bien esta legislación no se sustenta en un sistema de agravación del delito con la acumulación de penas, podría tomarse como

[48] http://docs.chile.justia.com/nacionales/leyes/ley-n-19-366.pdf

una legislación modelo en el sentido de que su límite máximo de privación de la libertad no excede los 15 años. En Ecuador como ya lo hemos denunciado la acumulación de penas podría llegar hasta un límite de 40 años que provoca una agravación excesiva en la condena del procesado.

4.4.3. Legislación penal colombiana.

La hermana nación de Colombia en sus esfuerzos por combatir las diversas modalidades de tenencia de drogas aplica el siguiente artículo 376 tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que expresa lo siguiente:

> *El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y*

cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [49]

La mencionada legislación establece claramente los límites de posesión de sustancia en gramos para cada tipo de drogas y la correspondiente multa en salarios mínimos vitales mensuales y vigentes que se impondría al o los infractores así como la pena de privación de libertad todo ello según los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas.

La orientación represiva de esta ley sufrió cambios importantes cuando se propuso con el argumento de que se vulneran los derechos al libre desarrollo de la personalidad, y que los artículos que sancionaban a quienes porten o usen dosis mínimas permitidas de drogas eran simplemente inaplicables.

Una reforma constitucional que mantenía la prohibió el consumo pero sin imponer sanciones o medidas terapéuticas obligatorias a los consumidores.

Fue en el 2009 que Colombia entro en una corriente jurídica que permitió establecer de forma pionera en América Latina, un marco jurídico alternativo a la prohibición total de las drogas. Llegando finalmente mediante sentencia en el año 2012 aclarar que la dosis personal se mantiene despenalizada y el consumidor si no excede de los mil gramos se entiende que se ampara en el derecho al libre desarrollo de su personalidad.

[49] http://legislacion.vlex.com.co/vid/codigo-penal-42846002?_ga=1.80446239.904176389.1451541069#section_86

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. Materiales utilizados.

Para el eficiente desarrollo y ejecución de la presente tesis sea ha utilizado los siguientes materiales: insumos de oficina, internet, transporte o movilización, impresiones, anillados, copias, préstamo de libros y revistas jurídicas.

5.2. Métodos.

El estudio a realizarse es de tipo descriptivo, porque sólo pretende describir las características de las variables en estudio tal y como se presentan en la realidad socio-jurídica.

La metodología a aplicarse en el presente proyecto conlleva la utilización de los siguientes métodos:

Método científico es un proceso destinado a explicar fenómenos, establecer relaciones entre los hechos y enunciar leyes que expliquen los fenómenos físicos del mundo y estos a su vez permita obtener conocimientos, aplicaciones significativas y funcionales para el hombre. Sin embargo el Derecho al ser una ciencia social que dentro del campo de la investigación se inicia con la observación y luego plantea hipótesis, se plantea dificultades muy especiales en la aplicación de otros métodos auxiliares. La complejidad y naturaleza de los datos que se estudian no están exceptos de experimentar controlar pruebas claras y la ambigüedad si

esta se presenta, si resulta posible probar una teoría social por sus resultados obtenidos.

En el caso concreto de esta investigación se siguen las etapas del método científico, como la observación, el planteamiento de hipótesis y comprobación de la misma.

Método analítico sintético Nos permitirá estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social y jurídico posibilitando analizar sus efectos.

Dependiendo de cómo percibamos una realidad podemos iniciar con el método analítico que no es otra cosa que separar de un todo en sus partes constitutivas. El caso que fue objeto de estudio empezó por allí se observó a través de los medios de comunicación la afectación jurídica por la aplicación desproporcionada de penas para un delito, dando lugar a analizar dicha problemática con el método analítico, luego ya entendiendo su partes es mucha más fácil aplicar el método sintético por que se conoce mucho más de la situación que ha generado la conmoción jurídica y social.

Método descriptivo.- Este método nos compromete a realizar una descripción de datos y características de una población. Cuyos objetivos es la adquisición de datos objetivos, precisos y sistemáticos que pueden usarse en promedios. Frecuencias y cálculos estadísticos similares. La realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar los problemas existentes en nuestra sociedad.

Método materialista dialéctico.- El método permitirá conocer la realidad social o realidad material del problema, desde su origen y como ha ido

evolucionando con el transcurso del tiempo, favoreciendo el conocimiento de los fenómenos históricos en los que se desarrolla la realidad material y sus resultados, que adoptan las condiciones del procedo dialéctico.

a) La ley de unidad y lucha de contrarios

b) Ley de transformación de la cantidad en cualidad (ley de cambio cualitativo)

c) Ley de negación de la negación

De modo tal que se intenta saber si continua así o ya no queda nada del origen.

5.3. Procedimientos y técnicas de investigación.

La propuesta investigativa se auxiliara de las siguientes técnicas:

La encuesta. Es una técnica de recolección de datos mediante la aplicación de un cuestionario a una muestra, como en el caso de esta investigación se lo realizó a 30 abogados en el libre ejercicio. A través de la encuesta se puede conocer las opiniones que harán que la muestra sea representativa de la población general de la que procede.

La encuesta sin duda es una observación no directa de los hechos sino por medio de las opiniones que manifestaran los encuestados, estas opiniones hace posible que la investigación socio-jurídica llegue a descubrir aspectos subjetivos de los miembros del medio abogadil.

La entrevista. Es una técnica cualitativa que ocupa un lugar muy destacado dentro de las técnicas aplicadas a la recolección de datos, muy utilizadas en

las investigaciones. La entrevista no se considera una conversación normal sino más bien tiene el carácter de formal, porque tiene una intencionalidad, que lleva implícitamente unos objetivos que son el espíritu mismo de la investigación. En lo que respecta a desarrollo de esta investigaciones se elaboró el instrumento o cuestionario pertinente y cumpliéndose con su finalidad. Las preguntas que permitan extraer el criterio subjetivo de los entrevistados, y estas informaciones se convirtieron en el insumo que sustente las conclusiones del presente trabajo investigativo jurídico social.

La entrevista se aplicó en la ciudad de Babahoyo capital de la provincia de Los Ríos a 5 profesionales del derecho, entre ellos 2 jueces de garantías penales y 3 abogados en el libre ejercicio profesional.

6. RESULTADOS.

6.1 Análisis de la aplicación de la encuesta.

Pregunta n° 1

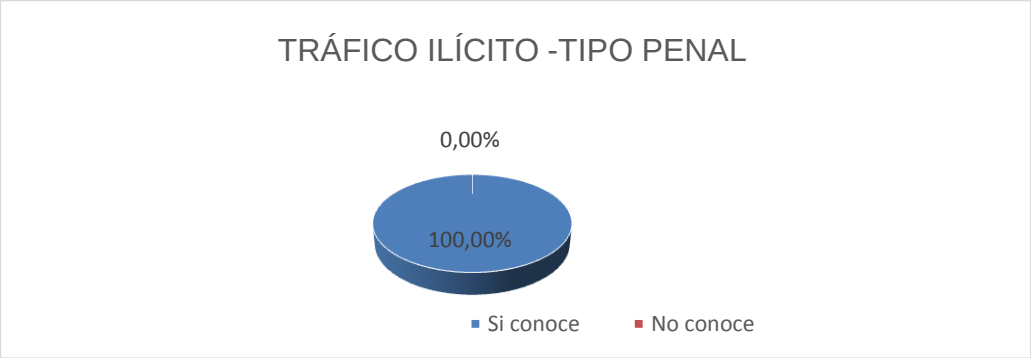
¿Conoce Ud. que el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, representa un tipo penal?

Cuadro n° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si conoce	30	100%
No conoce	0	0%
TOTALES	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho
Elaboración: Landy Guapulema García

Gráfico n° 1



Interpretación.

La totalidad de los encuestado, 30 personas que corresponden al 100% dice que si conoce que el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes representa un tipo pena, lo que representa unanimidad absoluta para esta primera pregunta.

Análisis

Los encuestados profesionales del derecho conocen muy bien la terminología jurídica y entienden su conceptualización, lo que les permite responder con seguridad sobre que el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes es un tipo penal, por ello el 100% responde sin vacilar porque conocen que el tráfico de sustancias estupefacientes es un tipo penal.

Pregunta n° 2

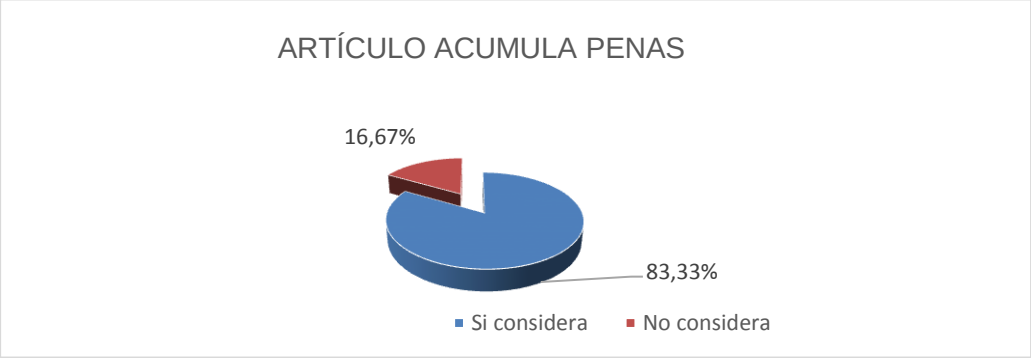
¿Considera Ud. Que el artículo 220.1 del COIP, permite al juzgador aplicar la acumulación de penas al acusado?

Cuadro n° 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si considera	25	83,33%
No considera	5	16,67%
TOTALES	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho
Elaboración: Landy Guapulema García.

Gráfico n° 2



Interpretación.

De un total de 30 encuestados 28 que representa el 83.33% considera que el artículo. 220.1 del C0IP le da la facultad al juzgador de acumular penas, frente a 2 encuestados que representa el 16,67 % que considera que el artículo 220.1, no representa una expresa acumulación de penas.

Análisis.

Una mayoría muy representativa de profesionales del derecho considera que el artículo 220.1 del COIP, está en una franca aplicación de acumulación de penas y por lo consiguiente es materia de debate en el medio jurídico y su accionar profesional. Mientras que una minoría de profesionales considera que el artículo 220.1 no necesariamente seria para acumulación de penas aunque ya se dispone de un precedente jurisprudencial que de alguna forma resuelve la problemática en su momento crítico.

Pregunta n° 3

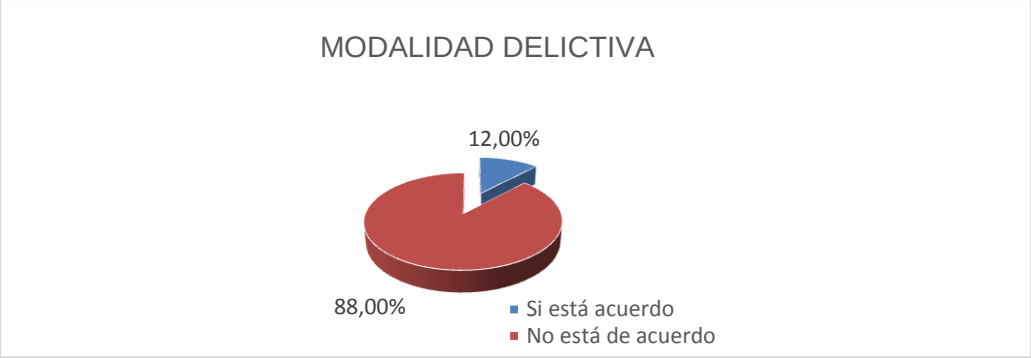
¿Está de acuerdo, que al autor de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, al realizar una sola modalidad delictiva, se le debe imputar más de una pena?

Cuadro n° 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si está de acuerdo	3	12%
No está de acuerdo	22	88%
TOTALES	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho
Elaboración: Landy Guapulema García

Gráfico N° 3



Interpretación.

De la totalidad de los encuestados un 88% no está de acuerdo como la posibilidad de que aun autor de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes se le imponga más de un delito cuando la infracción solo corresponde a una modalidad delictiva. En cambio un 12% de los encuestados opina lo contrario y su respuesta también respetable es también motivo de análisis.

Análisis.

La mayoría de los encuestados, aunque no su totalidad, considera que la ejecución de una modalidad delictiva no debe ser el origen de la aplicación de varias penas, por el hecho que el tráfico de sustancias estupefacientes representa un solo tipo penal y no da lugar en el mismo acto a más delitos. En cambio los profesionales que si estarían de acuerdo en que una modalidad delictiva permita imputar más penas al autor del tipo penal tráfico de sustancias estarían orientando su análisis a un concurso de delitos de tipo real o ideal.

Pregunta n° 4

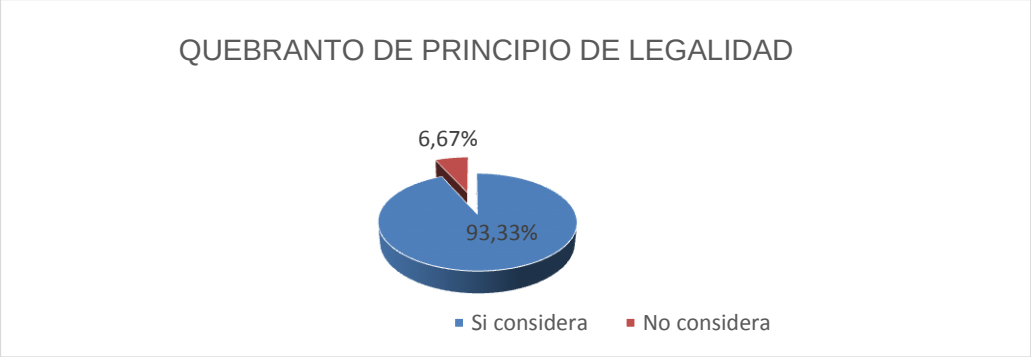
¿Considera Ud. que al aplicarse la acumulación de penas al infractor del Art. 220.1 del COIP, se quebranta el principio de legalidad?

CUADRO N° 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si considera	28	93,33%
No considera	2	6,67%
TOTALES	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho.
Elaboración: Landy Guapulema García.

Gráfico N° 4



Interpretación.

Una gran mayoría de los encuestados 28 de 30 para ser exacto y que representa el 93,33% considera que el principio de legalidad se quebranta cuando se aplica el artículo 220.1 del COIP. Mientras un 6.67% considera que desde su perspectiva jurídica no se quebranta el principio de legalidad.

Análisis.

En el ejercicio jurídico de los profesionales en lo respecta a la aplicación del artículo 220.1 del COIP, han considera seriamente como el mencionado artículo quebranta el principio de legalidad por varias razones y que su aplicación pone a jueces en un

problema a la hora de juzgar. Mientras que algunos profesionales consideran que el artículo 220.1 del COIP, no representa mayor inconveniente a la hora de juzgar y por ende el principio de legalidad no se vería afectado.

Pregunta n° 5

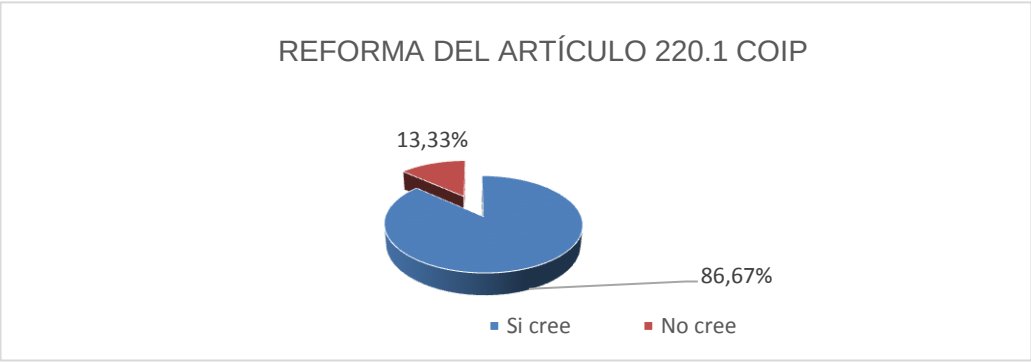
¿Cree Ud. que debería reformarse el Art. 220.1 del COIP, porque al aplicarse la sanción punitiva, promueve en el juzgador la acumulación de penas al acusado?

Cuadro N° 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si cree	26	86,67%
No cree	4	13,33%
TOTALES	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho.
Elaboración: Landy Guapulema García.

Gráfico N° 5



Interpretación.

El 86,67% de los encuestados es decir de los 30 profesionales encuestados 26 de ellos al preguntársele si creen que debería reformarse el artículo 220.1 del COIP respondieron afirmativamente, frente a un 13.33% que no creen que la reforma sea necesaria.

Análisis.

Una mayoría muy importante cree que el artículo 220.1 del COIP debería reformarse porque el mencionado artículo promueve o incentiva a jueces a juzgar con acumulación de penas y que por lo consiguiente la reforma seria el camino más viable para resolver la situación del procesado. Una minoría no cree que sería necesaria la reforma. Porque está en manos del juzgador la correcta motivación a la hora de aplicar el mencionado artículo motivo de estudio.

Pregunta n° 6

¿Considera Ud. que la sanción punitiva en el delito de tráfico de sustancias estupefacientes debe aplicarse en función de su grado de toxicidad y acompañada con su escala de cantidades?

Cuadro N° 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
Si considera	27	90%
No considera	3	10%
TOTALES	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho
Elaboración: Landy Guapulema García

Gráfico N° 6

Interpretación.

En la encuesta, 27 profesionales que representa el 90%, que consideran que la sanción del punitiva para el delito de tráfico de sustancias estupefacientes, debe aplicarse en función del grado de toxicidad y una escala de cantidades. Mientras tan 3 de los profesionales que representa el 10% no considera que la sanción que se aplica actualmente deba tener cambios.

Análisis.

Aún el estudio de la toxicidad no se ha considerado como parámetro importante a la hora de reformar el artículo 220.1 del COIP dentro de la ley penal, pero los encuestados al preguntársele a cerca de esta posibilidad como fórmula en una sanción punitiva, dieron una respuesta positiva mayoritariamente, lo que significaría que la actual nomenclatura no sería la más apropiada actualmente. Sin embargo el 10% del encuestado no considera esta posibilidad, tal vez por tratarse de estudio ajeno a su área de dominio o innecesario actualmente dentro de una reforma de la ley penal.

6.2. Análisis de la aplicación de las entrevistas.

La técnica de la entrevista fue aplicada a 5 profesionales del derecho, entre ellos 2 jueces de garantías penales y 3 abogados en el libre ejercicio profesional.

Primera pregunta.

¿Considera Ud., que el artículo 220.1 del COIP, que sanciona el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización con penas privativas de libertad, se debe aplicar una acumulación de penas que podría alcanzar hasta 40 años de prisión, pese a que el tipo penal al que hace referencia no involucra un concurso real de delitos?

La totalidad de los entrevistados coinciden en su criterio acerca de que el artículo establece claramente un tipo penal, y no existe pluralidad de acciones o también llamado concurso real de delitos, por lo que no procede aplicar la figura de la acumulación de penas, pues el sujeto activo realiza una acción típica antijurídica que se sujeta a una sola sanción punitiva.

Segunda pregunta.

¿Cree Ud. que se estaría ante una ilegalidad jurídica, el hecho de que el juzgador acumule las penas en el delito de posesión de sustancias estupefacientes contemplado en el artículo 220 .1 del COIP?

Los entrevistados al proporcionar su respuesta a la entrevista, no se limitan a responder superficialmente, sino más bien ofrecen un análisis desde el punto de vista doctrinario, al manifestar que existe dos formas para

acumular las penas según nuestra legislación penal, esto es mediante el concurso real de infracciones o el concurso ideal de infracciones, ambas se refieren a la realización de varios tipos penales y en el presente caso estamos frente a un solo tipo penal o a un solo delito de tráfico o posesión de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, además coincide en que es errado el criterio jurisprudencial de la Corte Nacional de Justicia en aplicar acumulativamente las penas para el tráfico de sustancias estupefacientes.

Tercera pregunta.

¿Considera Ud. que debería reformarse el art. 220.1 del COIP, porque al aplicarse la sanción punitiva, se vulnera los principios de legalidad, solución, proporcionalidad y promueve en el juzgador la acumulación de penas para el acusado?

Los entrevistados están de acuerdo en que una propuesta de reforma dirigida a la asamblea sería una alternativa viable, al ser el ente indicado para reformar la ley o el artículo que ha causado polémica dentro de la esfera judicial penal. Además que Los principios que se vulneran con la aplicación del artículo 220.1 del COIP, están bien identificados y han originado el debate en los diarios del país y foros de opinión, queda pues esperar la respuesta de las altas esferas constitucionales o cuando la problemática llegue a la mesa del debate en el poder legislativo.

De las distintas interrogantes planteadas, se observa el asombro de los mismos operadores de justicias, abogados en libre ejercicio, al esgrimir

sobre el errado triple fallo jurisprudencial del máximo organismo de representación de la Justicia Ordinaria como es la Corte Nacional de Justicia, al decidir sobre un importante punto del ius puniendi, en el que no prevaleció los principios constitucionales de Legalidad y Proporcionalidad, ni la correcta aplicación del derecho en cuanto a la sanción de los responsables del delito de Posesión de Sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, sin discernir entre lo que es el concurso de infracciones con el tipo penal, conforme lo establece la doctrina.

Es totalmente inconcebible la aplicación de la norma de la acumulación cuando estamos frente a un tipo penal, cuyo verbo rector es el de POSEER, aquí el agente en el cometimiento de la infracción realiza una acción típica antijurídica, y no dos tipos penales, que ameriten severas sanciones como si se tratare de varios injustos. Corresponde más bien, mejorar el confuso cuadro de escalas de drogas elaborado por el otrora CONSEP, donde se determine, especifique el grado de toxicidad, cantidad y que de estos haga depender la pena a la hora de su aplicación.

6.3. Estudio de casos.

Caso N° 1

Tenencia y posesión ilícita de estupefacientes.

Juicio Penal N° -393-2014 DROGAS

ANTECEDENTES *(ESTRACTO)**:"**El Primer Tribunal de Garantías Penales del Guayas, en la audiencia pública de juzgamiento, establece la existencia de la infracción y responsabilidad del procesado. Señor XYZ, dictando sentencia condenatoria, y en mérito de los atenuantes justificadas en el juicio, de conformidad con lo que prescribe los artículos 28 y 72 del Código Penal, le impone la pena modificada de ocho años de reclusión mayor ordinaria y multa de cien salarios mínimos vitales generales, por haber adecuado su conducta a lo tipificado en el artículo 62 de la ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.*

La tercera Sala de lo penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 19 de febrero del 2013, a las 14H32, resuelve la apelación interpuesta por el sentenciado y la consulta obligatoria por tratarse del delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes, confirmando la sentencia en cuanto declara la culpabilidad del ciudadano Señor XYZ."

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACION (EXTRACTO).

En el caso en estudio, el procesado fue condenado ocho años de reclusión mayor ordinaria por el delito tipificado y sancionado en el artículo 62 de la ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Por su parte el Código Integral Penal, nuevo cuerpo legal que rige la materia penal sustantiva, adjetiva y de ejecución, publicado el 10 de febrero de 2014, en el Suplemento del Registro Oficial 180 que cobro vigencia desde el 10 de agosto de mismo año, en el artículo 220, sanciona al tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, guardando la pena en función de la mínima, mediana, alta o gran escala, en concordancia con la Resolución N° 002 CONSEP-CD-2014 del Consejo nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que contiene las "Tablas de cantidades de sustancia estupefaciente y psicotrópicas para sancionar

el que oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, etc., de mínima, mediana, alta y gran escala" publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial del 14 de julio de 2014.

"En este caso concreto, el procesado ha sido condenado por tenencia de estupefacientes, al ser encontrado con 226 gramos neto de clorhidrato de cocaína y 77 gramos de heroína, por lo que aplicando la escala del Consep esta se ubica a la primera en la "escala media", con una pena de 1 a 3 años y la segunda le corresponde a "gran escala", sancionada con la pena de 10 a 13 años de pena privativa de libertad, por lo que aplicando el concurso real, se debe acumular las penas entre un mínimo de 11 años y un máximo de 16 años, dando como resultado una pena mayor a la impuesta en sentencia por los jueces de instancia, lo que en este caso no se aplica el principio de favorabilidad, porque no le es favorable, ni es más benigna. "[50]

Análisis del caso.

El caso en estudio al ser un juicio bastante extenso, se tuvo que abreviar y resumir lo más importante, para luego proponer un análisis de mismo.

En este caso el abogado que defiende al Señor XYZ , interpone un recurso de casación y dentro de su motivación propone que a su defendido se le modifique la condena, acogiéndose al principio de favorabilidad con la aplicación del artículos 3.2 y 220 del COIP el cual modifica el delito y la pena, pensando que la correcta interpretación de estos artículos le sería favorable a su defendido para reducir la pena que de hecho fue de 8 años y podría ser reducida a menos. Como se describe en el párrafo anterior a este análisis el tribunal de casación hace una exposición, donde a su interpretación el COIP le seria desfavorable al condenado Señor XYZ por

[50] http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/2015/RESOL%200081-2015-JUICIO%20NO.%200393-2014 TENENCIA%20Y%20POSESION%20ILICITA%20DE%20ESTUPEFACIENTES.pdf

que se aplica el concurso real y debe acumularse las penas entre un mínimo de 11 años y un máximo de 16 años. Al analizar el precedente jurisprudencial de la corte nacional de justicia cuya RESOLUCIÓN No. 12-2015 Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015 y que ahora los jueces están obligador a aplicarlo. Explica que "En conclusión, en el presente caso no se reúnen los requisitos del concurso ni en su forma ideal, ni en la real."[51] Pero termina aplicando el concurso real de delitos y contradiciéndose en su conclusión anterior. Entonces en este caso motivo de análisis, igual a los casos expuesto en el precedente jurisprudencial, si no reúne los requisitos de concurso real condición necesaria para la acumulación de penas porque sostiene la figura de la acumulación penas. El precedente jurisprudencial es considerado un grueso error por varios juristas ya que ordena a que se acumule las penas, desconociendo la conceptualización del único tipo penal "Trafico" y sostiene que el infractor comete varios delitos por lo que afirma que existe la acumulación de penas. Es importante destacar que si el Señor XYZ se le juzgara con el COIP, articulo 220.1 su pena a cumplir seria acumulada y sin la opción a ser reconsiderada porque el precedente jurisprudencial tiene efecto generalmente obligatorio.

Caso N° 2

Tenencia y posesión ilícita de estupefacientes.

Resolución 1884-2014, juicio N° 0482-2014, procedencia Corte Provincial-Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

[51] www.cortenacional.gob.ec/Triple reiteración acumulación penas drogas.pdf

“Demandado: Juan Perico De Los Palotes

Decisión: Se declara improcedente el recurso interpuesto y en aplicación al principio de favorabilidad se modifica la sentencia recurrida en cuanto a la pena.

Juez Ponente: Dr. Anderson Pie Saludable.

Abstract- Resumen de la resolución

El 19 de marzo de 2012, mientras el subteniente de policía se encontraba en control migratorio, el Director Nacional de Migración, informa que a eso de las 18h00 aproximadamente, el ciudadano español David Cantante Solo, lo han sorprendido saliendo del país con varias cápsulas en su estómago, indicando que se las había obtenido en el hotel Star Ward, albergue ubicado en las calles Asia entre China y Japón, que la persona que le ha dado esas cápsulas ha sido un ciudadano de color negro de aproximadamente 1.65 de estatura, quien ha estado hospedado en el albergue, acudiendo al este lugar, solicitando al guardia que se ubique a la persona con las características descritas por el ciudadano español, llevándole hasta la habitación 208, lugar donde han encontrado al ciudadano que se ha identificado con los nombres de Juan Perico De los Palotes, que al realizar el registro en la habitación, se encontró en un soporte de silla de color negro, un frasco y 9 cápsulas de látex que han contenido una sustancia presumiblemente droga, que luego de los análisis ha determinado que se trata de cocaína, con un peso de neto 98,29 gramos. El Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, declara al ciudadano Juan Perico De los Palotes, culpable en calidad del autor del delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, sin poseer autorización legal ni receta médica pare ello al estar bajo dominio y control, de acuerdo a lo tipificado y sancionado en el art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el art. 42 del Código Integral Penal; y, al haber justificado circunstancias atenuantes a su favor, se le impone la pena de 8 años de reclusión menor ordinaria.

La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, desechando el recurso interpuesto confirma la sentencia venida en consulta y apelación. El procesado interpone recurso de casación para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal y Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia quien por unanimidad declarar improcedente el recurso interpuesto. Y en aplicación del principio de favorabilidad establecido en los arts. 76-5 de la Constitución de la

Republica, 5.2, 16.2 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el art. 220.1 b del mismo cuerpo legal, así como la tabla dictada por el CONSEP, resolución N° 002 CONSEP-CD-2014 publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 288 de 14 de julio de 2014, se modifica la sentencia recurrida, únicamente en cuanto a la pena privativa de libertad, imputándole la pena de un año seis meses, pero en vista de que se encuentra cumplida la pena, se ordena su inmediata libertad.

Razón de la decisión: Principio de favorabilidad y nuevo rango de penas para el delito de sustancias sujetas a fiscalización en el COIP, lo que conduce a una solución favorable, basándose la decisión al determinar normas penales con sanciones diferentes para igual delito y se aplica la sanción menos rigurosa.

Extracto del fallo

"(..) QUINTO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN RESPECTO A LA FUNDAMENTACION DEL RECURSO: El casacionista, Juan Perico de Los Palotes, a través del Dr. Camino Real, defensor público, menciona la indebida aplicación del art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y del art. 42 del Código Penal; además solicita se aplique el principio de favorabilidad (….) El Código Orgánico Integral Penal, aprobado por la Asamblea Nacional, y publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 180 de 10 de febrero de 2014, que entro en vigencia el 10 de agosto del año en curso, establece un nuevo rango de penas para el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente: 1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envié, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectué tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contenga, en cantidades señaladas e las escalas previstas en la normativa correspondientes, será sancionado con pena privativa de libertad de la siguiente manera: a) Mínima escala de dos a seis meses . b) Mediana escala de uno a tres años. c) Alta escala de cinco a siete años. d) Gran escala de diez a trece años…". (Lo resaltado con negrillas nos pertenece). Se hace referencia a la parte pertinente de ésta disposición legal, la cual es aplicable al caso sub judice, ya que la cantidad de drogas encontrada en tenencia y posesión de Juan Perico de los Palotes, se trata de clorhidrato de cocaína, con un peso neto 98,29 gramos, por lo tanto, se encuentra e mediana escala, según la resolución N°-002 CONSEP-CD-

2014, por lo que, aplicando el art. 76.5 de la Constitución de la Republica, que establece: "En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemple sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre la norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora"; en concordancia con lo establecido en el art. 5.2 del Código Orgánico Integral Penal, que refiere al principio de favorabilidad, que estatuye: "En caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemple sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción"…Por lo expuesto esta principio orienta a buscar la solución más favorable frente a la existencia de dos normas penales que contemplan sanciones diferentes para un mismo delito, evento en el cual se debe optar por la ley menos rigurosa, por lo que en relación al procesado en la presente causa, en virtud a la garantía del debido proceso y los derechos del recurrente, es procedente la aplicación del principio de favorabilidad. La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en el presente caso establece una sanción más grave que la determinada en el Código Integral Penal, por lo que, aplicando el principio de favorabilidad, este Tribunal de Casación… le impone al procesado la pena privativa de libertad de un año y seis meses(…) "[52]

Análisis del caso.

El presente caso de estudio fue resuelto atendiendo al principio de favorabilidad, El Tribunal de Casación acoge el pedido de defensor público para que el acusado que fue juzgado en forma indebida con el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y el articulo 42 del Código Penal art. sea juzgado con una ley más favorable .Por lo que se solicitó que se le juzgue con el articulo 220.1 b, Mediana escala de uno a tres años

[52] Gaceta Judicial Corte Nacional de Justicia-Ciencia y Derecho. p 309,310 y 311.

Cabe indicar que el ciudadano ya estaba guardando prisión y al momento de recibir el fallo favorable la pena fue cumplida recibió su inmediata libertad.

Este caso también constituye un ejemplo didáctico para el análisis del artículo 220.1 del COIP, por el hecho que aunque no existe un concurso real de delitos y por lo consiguiente no cabe la posibilidad de acumulación de penas. El precedente jurisprudencial cuya RESOLUCIÓN No. 12-2015 Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015, menciona un ejemplo típico cuando el infractor solo trafica con una sustancia ilícita y por lo consiguiente no presenta mayor dificultad para el juzgador. Este ejemplo puede también ser un recurso estratégico para el posible autor de ilícito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, por el simple hecho que tendrían el cuidado de no dejarse detener en posesión de más de una clase y así evitar ser juzgado con acumulación de penas.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de objetivos.

El objetivo general de esta investigación es:

"Desarrollar un estudio jurídico-doctrinario del Código Integral Penal en lo referente al delito de posesión de sustancias estupefacientes."

El trabajo investigativo estuvo direccionado al cumplimiento estricto del objetivo general el mismo que ha sido cumplido muy satisfactoriamente, empezando por un estudio teórico, critico, doctrinario y jurídico en todo lo significativo y pertinente a la ilegalidad de la acumulación de penas en el delito de posesión de sustancias estupefacientes, artículo 220 numeral 1 del Código Integral Penal-COIP. Por lo que el análisis minucioso involucro toda la terminología relacionada a la temática del delito de posesión de sustancias estupefacientes a través del marco conceptual, fundamentándose con mayor profundidad en el estudio doctrinario y jurídico que son las fuentes obligatorias para llegar a un mejor y definitivo entendimiento que merece la temática de posesión de sustancias estupefacientes y las implicación antijurídica en cuanto a violación de principios que se originan por la inapropiada y lesiva aplicación del Código Integral Penal COIP en lo que respecta esta temática que motivo la investigación.

Objetivos específicos.

- *Determinar la ilegalidad de la acumulación de penas en el delito de posesión de sustancias estupefacientes establecido en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220 numeral 1.*

El presente objetivo se cumplió a través de los resultados obtenidos en la cuarta pregunta donde la mayoría de los encuestados 28 de 30 para ser exactos, que corresponden al 93.33% consideraron que al aplicar el Art. 220.1 del COIP se quebranta el principio de legalidad porque el mencionado artículo acumula penas al infractor y que en muchos de los casos la pena acumulada según el código no puede exceder los 40 años de prisión, si se torna desproporcionada y mayor al cometer un asesinato.

- *Discriminar los tipos penales frente a las variantes del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes.*

El objetivo específico se demuestra claramente a través del estudio doctrinario, mediante el análisis jurídico del COIP donde los delitos se juzgan en respuesta a un tipo penal especifico como no lo aclara el Articulo 220.1 que juzga la posesión o tenencia basado en escalas de una tabla proporcionada por el CONSEP, como si representaran tipos penales. Además la pregunta 1 confirma el acertado análisis con la respuesta de todos los profesionales del derecho con un 100% respecto a que si conocen que el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes representa un tipo penal. Sin duda alguna para todo profesional del derecho e inclusive estudiantes pueden identificar inequívocamente que un delito corresponde a un tipo penal y este a su vez merece una pena proporcional.

- *Deducir la afectación de los principios del derecho penal en la punición por acumulación.*

Este objetivo primordialmente se cumple realizando el análisis jurídico doctrinario de los principios que son el fundamento de la Constitución del Ecuador y que indiscutiblemente fueron afectados en la aplicación del artículo 220.1 del COIP en lo referente a imputar el delito de posesión de sustancias sujetas a fiscalización como lo son las drogas estupefacientes. Por lo que los principios del derechos penal que fueron vulnerados se destacan el principio de ilegalidad, proporcionalidad.

- *Definir parámetros congruentes de la posesión en función a la toxicidad del elemento material en el delito de tráfico de sustancias estupefacientes.*

El presente objetivo tiene cumplimiento en el momento mismo de estructurar y definir parámetros congruentes que permiten utilizar la tabla dada por el CONSEP para implementar proporcionalmente las penas con los cuatro tipo de drogas sujetas a fiscalización y donde también se determina la cantidad mínima y máxima de posesión así como las penas que impone el articulo 220.1 COIP. Además el trabajo investigativo nos da luces en la pregunta 6 de la encuesta por el hecho que 27 de 30 encuestados que representan un importante 90% consideran que la sanción punitiva para el delito de tráfico

de sustancias estupefacientes debe aplicarse en función de su grado de toxicidad y acompañada con su escala de cantidad.

- *Proponer una reforma al artículo 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal a efecto de establezca parámetros que singularicen la pena al poseedor ilegal de sustancias estupefacientes.*

El objetivo final y fin en sí mismo de la presente investigación resulto en estructurar congruentemente en la propuesta de reforma, la narrativa de un artículo que especifique la sanción punitiva para el infractor de la posesión de sustancias sujetas a fiscalización tomando como recurso una nueva tabla referencial combinando el nivel de toxicidad de la droga más la cantidad de la misma con su única pena siguiendo el principio de proporcionalidad y dando una solución efectiva a la afectación del principio de legalidad en que se encuentra inmerso en el Articulo 220.1 por permitir que jueces juzguen el delito de posesión de sustancias sujetas a fiscalización como lo son las estupefaciente con una acumulación de penas desproporcionada y que motivo la investigación jurídica de esta problemática. La investigación tiene su sustento solido en la pregunta cinco cuando al preguntarse a los 30 encuestados si consideran que debería reformarse el Art. 220.1 porque la aplicación del mencionado Art. Promueve en el juzgador la acumulación de penas. El 86,67% si cree que debe darse una reforma a fin de dar solución al problema jurídico del que adolece el COIP a la hora de juzgar con justicia, equidad y proporcionalidad.

7.2 Contrastación de hipótesis.

La hipótesis planteada en esta investigación es:

“El nivel de ilegalidad de la acumulación de penas en el juzgamiento de los supuestos infractores, aplicada con el artículo 220 numeral 1 del vigente Código Orgánico Integral Penal – COIP, es significativamente mayor en relación al cometimiento real del delito de posesión de sustancias estupefacientes.”

Contrastación: De la hipótesis planteada; tomando como apoyo investigativo los resultados de las encuestas aplicadas, las entrevistas a profesionales del derecho, análisis de casos y mediante un sólido estudio jurídico, doctrinario, se logrado inferir la afectación en términos de legalidad que pone de manifestó la aplicación del artículo 220.1 del Código Integral Penal COIP, Por tanto se demuestra que el nivel de ilegalidad en la acumulación de penas en el juzgamiento del delito de posesión de sustancias estupefacientes es mayor en relación al cometimiento real del delito. Razón por el cual su contrastación es POSITIVA para la hipótesis planteada.

7.3 Fundamentación jurídica para la propuesta de reforma legal.

La falta de aplicación del Art. Innumerado 220.1 de la Ley Reformatoria al Título IV, Capítulo III, Sección Segunda del Código Orgánico Integral Penal, en la aplicación de la pena privativa de la libertad, por parte de los juzgadores, vulnera los Principios de Legalidad, y Proporcionalidad, siendo necesario reformar el Art. 220.1 del COIP, incluyendo en esta reforma sanciones punitivas en función del grado de toxicidad, su cantidad y su reincidencia, pues no es menos cierto que la posesión de droga, no solo se limita al simple tráfico, sino que importa mucho el impacto biopsico-social del daño que genera el microtraficante o traficante a mayor escala en la sociedad ecuatoriana, que ahora ha logrado enmarañarse en las escuelas donde acuden niños indefensos con escaso conocimiento de las consecuencias devastadoras que produce las drogas, y que como expertos en camuflar drogas ilícitas se han permitido introducirlas a manera de confites, induciéndoles al terrible mal que genera a su salud individual, y a las de sus familia, las que con bajo o mediano recursos recurren a diversos métodos ya sea rústicos para lograr “rescatar” a sus hijos de las garras de la drogas.

Es por ello que es fundamental la intervención del Estado, a través del poder Legislativo en primer término, ya que es desde esa esfera estatal, donde se fabrican las leyes que van a normar el buen desenvolvimiento de los distintos campos de la sociedad, en el que se hace necesario, que en materia de drogas se legisle adecuadamente en pro de la salud individual y colectiva de los habitantes de este país, para no provocar desconciertos

sociales y sea el mismo Estado, que a mediano o largo plazo le toque generar altos costes a propósito de una norma lesiva y atentatoria a principios y a derechos que tenemos los nacionales o extranjeros.

Ahora bien, muchos juristas se han referido a la forma volátil como la Corte Nacional de Justicia, olvidando su protagonismo garantista, empleando de manera incorrecta la ley, la doctrina jurídica, y sus principios, ha caído en la violación del principio de legalidad, ya que este Organismo que representa la Justicia Ordinaria, se ha atribuido el papel de Legislador, al tomar apresuradamente el tipo penal, cuyo verbo rector es el de Poseer, la sustancia estupefaciente, conforme lo establece el Art. 220.1 del Código Orgánico Integral Penal, como si se tratara de varios tipos penales, sumado a la contrariedad del cuadro de escalas de sustancias estupefacientes proporcionadas por el otrora CONSEP; en cuyas resoluciones judiciales o fallos jurisprudenciales se han establecido desproporcionadamente sanciones punitivas a los responsables del delito de posesión de droga, sin considerar el porte del grado de toxicidad de la droga, con sus cantidades, lo que también vulnera el Principio de Proporcionalidad de la Pena.

Frente a estos acontecimientos judiciales, es necesario dejar establecido de forma técnica un cuadro de escalas donde no solo se especifique cantidades, singularizándolas por escalas, sino que de acuerdo al grado de toxicidad de cada sustancia estupefaciente sujeta a fiscalización, se aplique una pena singularizada por toxicidad y cantidad, en el que la pena de una droga encontrada en mayor cantidad, sea en mayor o en menor grado de toxicidad, haga depender su aplicación.

8. CONCLUSIONES

De la investigación de campo realizada sobre el tema: “La ilegalidad de la acumulación de penas en el delito de posesión de sustancias estupefacientes, artículo 220 numeral 1 del código integral penal”, se llevó a cabo una encuesta, entrevistas y estudios de casos, las mismas que estuvieron dirigidas a profesionales del derecho y/o operadores de justicia como jueces que en su labor jurídica observan y llevan causas de la temática investigada, laboran en la ciudad de Babahoyo; se ha llegado a la formulación de las siguientes conclusiones:

PRIMERA: La posesión de sustancias estupefacientes es un delito de tipo penal y la sanción punitiva es relevante.

SEGUNDA: El juzgamiento del delito de posesión de sustancias estupefacientes aplicando el artículo 220.1 obliga al juzgador aplicar la acumulación de penas al acusado.

TERCERA: La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes constituye una sola modalidad delictiva y por lo tanto no cabe imputar más de una pena.

CUARTA: La aplicación del artículo 220.1 del Código Integral Penal así como el fallo de triple reiteración emitido por la Corte Nacional de Justicia y actualmente en ejecución no resuelven la afectación al principio de legalidad y proporcionalidad.

QUINTA: La reforma para mejorar la aplicación del artículo 220.1 del COIP es necesaria y urgente para dar una solución definitiva a la problemática jurídica investigada.

SEXTA: El Grado de Toxicidad que representa a cada una de las cuatro drogas traficadas ilegalmente en el Ecuador es de peligro a la salud pública y alarma social, en especial la Heroína.

SÉPTIMA: La falta de normas claras en la aplicación de la sanción punitiva ha llevado consigo al aumento del microtráfico en el Ecuador.

9. RECOMENDACIONES.

PRIMERA: Capacitar a los jueces de garantías penales de todo nivel, para que apliquen la sanción en función del grado de toxicidad.

SEGUNDA: Adiestrar a los Jueces y Juezas de Garantías Penales del Ecuador, sobre las disposiciones establecidas en la Ley Reformatoria al Art. 220.1 de la Sección Segunda, Capítulo III, Título IV del Código Orgánico Integral Penal.

TERCERA: Concienciar a la ciudadanía mediante charlas a los padres de familia y estudiantes en las Escuelas y Colegios sobre el uso indebido de las drogas toxicas, y sus consecuencias dañinas en la salud física-psíquica, y su afectación en la familia y sociedad.

CUARTA: Proponer a la Asamblea Nacional, para que legisle reformas al título IV, capítulo III, sección segunda del Art. 220.1 del COIP, y se endurezcan sanciones a quienes trafiquen la heroína.

QUINTA: Desarrollar programas permanentes de prevención del uso indebido de drogas.

SEXTA: Implementar programas de salud y clínica de rehabilitación para las personas afectadas por el uso de drogas.

SÉPTIMA: Que el Consejo de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial, capacite a los Abogados en libre ejercicio sobre el procedimiento penal en materia de drogas sujetas a fiscalización.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURIDICA.

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 determina que "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución";

Que, el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador establece el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Que, el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución de la República determina que todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

Que, el numeral 1 del artículo. 76, establece que Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

Que, numeral 3 del artículo 76, dispone que Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este

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. (…)

Que el numeral 6 del artículo 76 de la Carta Magna, establece que la Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

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

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

Que, el artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si se ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

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

Que, el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador le corresponde Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración […]"

Que, el artículo 3.4. a) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988, señala que 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.

Que, la falta de aplicación del Art. 220.1 del Código Integral Penal y su tabla de escala, en la aplicación de penas a los acusados por el delito de posesión ilícita de sustancias estupefacientes; vulnera principios constitucionales garantizados en la Constitución de la República, en el Código Integral Penal, generando perjuicios a las garantías básicas del

debido proceso; en consecuencia es imperioso que se reforme el régimen legal para permitir una mejor aplicación de la disposición legal de la Sección II, Capítulo III, Título IV, Libro I del Código Orgánico Integral Penal, en los casos en que se aplique la pena proporcional al grado de toxicidad de la sustancia estupefaciente.

En uso de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución de la República del Ecuador, y observando las disposiciones contenidas en el Art. 132 numerales 1 y 2 y 133, expide la siguiente:

REFORMA AL ART. 220.1 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Art. Innumerado, agregado al Art. 220.1.- "Aplicación de la pena".- Cuando una persona le son atribuibles dos o más escalas de la que se encuentran establecidas en el artículo anterior, se aplicará la pena en función al grado de toxicidad y cantidad encontrada de acuerdo a las siguientes reglas:

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTE	MINIMA ESCALA	PENA	MEDIANA ESCALA	PENA	ALTA ESCALA	PENA	GRAN ESCALA	PENA
HEROÍNA	>0 - 0.1	8m – 2 años	>0.1 - 2	4 – 8 años	>0.2 - 20	12 - 18 años	>20	19 -25 años
PASTA BASE DE COCAINA	>0 - 2	5m-8m	>2 - 50	2 – 5 años	>50 - 2000	7 – 10 años	>2000	13 – 18 años
CLORHIDRATO DE COCAINA	>0 - 1	4m-7m	>1 - 50	1 - 4 años	>50 - 5000	6 - 9 años	>5000	12 – 16 años
MARIHUANA	>0 - 20	2m-6m	>20 - 300	1 – 3 años	>300 - 10.000	5 - 7 años	>10.000	10 -14 años

Este delito es considerado de peligro abstracto, cometido por el agente en desmedro de la salud pública, sin perjuicio de los casos que tenga lugar a la absorción de penas, tomando como base la droga más tóxica y cantidad

representada con sus escalas de penas establecidas en el cuadro anterior conforme a las siguientes circunstancias.

1.- Cuando el agente posea la sustancia más toxica con una menos tóxica, se aplicará la pena de la sustancia estupefaciente de mayor toxicidad, siempre y cuando esta sea más alta en cantidad que las drogas confiscadas.

2.-Si la sustancia estupefaciente de menor toxicidad es superior en cantidad de la de mayor toxicidad, se aplicará la pena correspondiente a la menos tóxica más un tercio de la pena de mayor toxicidad encontrada.

3.-La persona que posea distintas sustancias estupefacientes, correspondiendo que la cantidad más alta es la menos toxica que la de mayor toxicidad, se aplicará la pena de la sustancia de menor toxicidad, más el tercio por cada sustancia estupefaciente encontradas.

4.-En caso de reincidencia, se aplicará la pena máxima de la sustancia estupefaciente de mayor cantidad encontrada, incrementada en un tercio.

Artículo final.- La presente reforma entrará en vigencia luego de su promulgación y publicación en el Registro Oficial.

Es dado, y firmado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Ecuador, a los . …. días del mes de …….del 2017.

Firma para constancia.-

f)……..	f)……
PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL	SECRETARIA DE LA ASAMBLEA NACIONAL

10. BIBLIOGRAFÍA.

CARBONELL MATEU, “Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas” . Análisis y propuestas político criminales, EDERSA, Madrid, 1986, p. 338

CORRAL FABIÁN, Las Paradojas de la Constitución Ecuatoriana de 2008 en la Constitución Ciudadana Taurus, Quito, 2009, p.279

GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, Ed. Civitas, Madrid, 1997, TI, p. 407 y ss.

GARCIA FALCONI RAMIRO, Código Orgánico Integral Penal Comentado. ARA, Lima, 2014, p. 21

GUNTHER JAKOBS “Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación”, cit., p.189, 316. 566, 567

HANS HEINRICH JESCHECK, cit., de Juan Carlos FERRE OLIVE, Miguel Angel

JORGE ZAVALA EGAS “Teoría del Delito y Sistema Acusatorio”, cit., p. 197

JIMÉNEZ DE AZÚA, LUIS, Principios del Derecho Penal. La ley y el delito, Buenos Aires, Argentina: Abeledo–Perrot: 4.ª, 2005, p. 208

LUIS JIMENEZ DE ASUA “Principios de Derecho Penal, La Ley y El Delito”, cit., p. 365, 534

MAQUEA ABREU, “Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas”. Madrid 1998, p. 86

REY HUIDOBRO, “ El delito de tráfico de drogas tóxicas. Editorial Revista de derecho privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, págs. 62 y 63

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, en Reforma penal de 1983, Barcelona, p.200.

ROMERAL MORALEDA, ANTONIO Y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico- forenses, cit., p. 50

ROXIN Claus “Derecho Penal, parte general”, traducción LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y

NUÑEZ PAZ, Paula Andrea RAMIREZ BARBOSA en Derecho Penal Colombiano. Parte General. IBAÑEZ, 2011, p. 569.

Códigos:

Constitución de La República del Ecuador

Asamblea Nacional. “CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL”. 2014. Cit., p., 47

Direcciones web:

http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/07/principio.html

http://es.thefreedictionary.com/principio

http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=VlsWtXHJ5DXX2Zf0mQkO

http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/pena/pena.htm

http://definicion.de/pena/

https://es.wikipedia.org/wiki/Pena

http://iuscustodium.blogspot.com/2012/04/acumulacion-y-refundicion-de-condenas.html

http://dspace.utb.edu.ec/bitstream/49000/1034/1/T-UTB-FCJSE-JURISP-000145.pdf

http://www.drleyes.com/page/utilidades/documento/24/835/Derecho-Procesal-Penal/Cumulo-de-Penas-y-Unficacion-de-Penas/

http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/364/355[1]

http://www.eluniverso.com/noticias/2015/09/10/nota/5116070/consep-presenta-nueva-tabla-sancion-droga

http://www.elcomercio.com/actualidad/consep-escalas-trafico-droga-ecuador.html

http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2015/15-12%20Triple%20reiteracion%20acumulacion%20penas%20en%20drogas.pdf

http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/sistema_pena.htm#_ftn1

http://docs.chile.justia.com/nacionales/leyes/ley-n-19-366.pdf

http://legislacion.vlex.com.co/vid/codigo-penal-42846002?_ga=1.80446239.904176389.1451541069#section_86

11. ANEXOS.

ANEXO 1
PROYECTO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

PROYECTO DE TESIS

LA ILEGALIDAD DE LA ACUMULACIÓN DE PENAS EN EL DELITO DE POSESIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES, ARTÍCULO 220 NUMERAL 1 DEL CÓDIGO INTEGRAL PENAL.

DOCENTE: Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos. Mg. Sc.

ESTUDIANTE: Landy Bayardo Guapulema García

LOJA-ECUADOR

2015

1. TEMA.

“LA ILEGALIDAD DE LA ACUMULACIÓN DE PENAS EN EL DELITO DE POSESIÓN DE SUSTANTACIAS ESTUPEFACIENTES, ARTÍCULO 220 NUMERAL 1 DEL CÓDIGO INTEGRAL PENAL.”

2. PROBLEMÁTICA.

La legislación penal en su novísimo Código Integral Penal –COIP, puesto en vigencia desde el 10 de Agosto del año 2014, en su artículo 220 numeral 1, es una clara muestra del poco discernimiento jurídico de parte de los legisladores, pues ha creado en la esfera judicial y social una gran conmoción en los operadores de justica, ya que esta misma ley posee connotadas variantes de delinquir en tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, mas no diversos tipos penales. Este hecho de alta relevancia para los jueces, fiscales y la sociedad, genera incertidumbre, pues si bien el legislador ha logrado introducir las escalas de posesión ilícita de sustancias estupefacientes, para precisar las penas; esto no es suficiente para el infractor que las posee, ya que no se singulariza el rol que cumple el ofertante, almacenador, intermediador, distribuidor, comprador, vendedor, enviador, transportista, comercializador, importador, exportador o el poseedor, como es el caso, y solo al momento de aplicar la pena se mete en un mismo saco a todos como si se tratase de varios tipos penales. Lo más lamentable es que la Corte Nacional de Justicia ha emitido una incongruente jurisprudencia de triple fallo, en cuanto a la acumulación de penas para el acusado, violentándose los Principios de Legalidad, y de Consunción o

absorción, ya que nuestro Código Orgánico Integral Penal no habla de tipos penales como tal, solo establece matices de quienes intervienen en el tráfico ilícito de drogas. Es notable que el criterio emanado por la Corte Nacional de Justicia, en su afán de crear una rápida salida a las exigencias sociales, haya provocado reacciones a nivel de los juristas, convirtiéndose en una vía estrecha sin vías alternas para afrontar el problema de la punición en el delito de posesión. ¿Será mejor una urgente reforma que establezca parámetros que singularicen la pena al poseedor ilegal de sustancias estupefacientes? Lo que podría llevarnos a la correcta realización de la justicia sin tener que vulnerar principios fundamentales del derecho penal en pro del acusado, y de esta manera recuperar la seguridad y la confianza en la justicia ecuatoriana.

3. JUSTIFICACIÓN.

El tema propuesto está encaminado a brindar un aporte socio-jurídico que permitirá al legislador y a los operadores de justicia a encontrar una solución al problema de la ilegalidad de la acumulación punitiva en el delito de posesión de sustancias estupefacientes que se está produciendo en el sistema de justicia penal ecuatoriana por la posible ineficacia en el juzgamiento de la posesión de sustancias estupefacientes. La relevancia de la investigación, radica en su enfoque socio jurídico de la punición del delito de posesión de sustancias estupefacientes, pues su aplicación bajo la figura de acumulación de penas está afectando gravemente a los principios fundamentales del derecho procesal penal y derechos constitucionales del

ser humano, conllevando a un problema de semántica y lógica jurídica, debido al vacío legal que arroja el Art. 220 numeral 1 del vigente Código Orgánico Integral Penal – COIP, al no categorizar y delimitar la gravedad del infractor en cuanto a su rango funcional que ocupa al momento de cometer este tipo de delito; a lo dicho se suma que el legislador ha dejado en franca duda, el espíritu de la ley; pues se confunde las escalas prohibitivas de tener sustancias estupefacientes, para aplicarse una pena exorbitante e injusta según el tipo de sustancia estupefaciente encontradas al infractor, como que si se tratase de tipos penales, dejando a un lado el impacto socio ambiental que no solo produce la cantidad de traficar el tipo de sustancia estupefaciente, sino el daño físico, psíquico y social que genera el simple hecho de poseerlo.

Es por ello, que el tema de estudio, es de aspecto multidimensional, coadyuvando no solo al legislador a la inserción de una reforma al Art. 220 numeral 1, sino a los operadores de justicia a fin de que no entre en juego su sana crítica, logrando el correcto desempeño y fortalecimiento del sistema de justicia penal.

4. OBJETIVOS

4.1 Objetivo general.

Desarrollar un estudio jurídico-doctrinario del Código Integral Penal en lo referente al delito de posesión de sustancias estupefacientes.

4.2 Objetivo específicos.

a. Determinar la ilegalidad de la acumulación de penas en el delito de posesión de sustancias estupefacientes establecido en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220 numeral 1.
b. Discriminar los tipos penales frente a las variantes del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes.
c. Deducir la afectación de los principios del derecho penal en la punición por acumulación.
d. Definir parámetros congruentes de la posesión en función a la toxicidad del elemento material en el delito de tráfico de sustancias estupefacientes.
e. Proponer una reforma al artículo 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal a efecto de establezca parámetros que singularicen la pena al poseedor ilegal de sustancias estupefacientes.

5. HIPÓTESIS.

El nivel de ilegalidad de la acumulación de penas en el juzgamiento de los supuestos infractores, aplicada con el artículo 220 numeral 1 del vigente Código Orgánico Integral Penal – COIP, es significativamente mayor en relación al cometimiento real del delito de posesión de sustancias estupefacientes.

6. MARCO TEÓRICO.

El pertinente desarrollar una descripción formal de la conceptualización de temas y abstracción de términos, así como el enfoque que se pretende dar a

la teoría, y supuestos teóricos en que se apoyara esta investigación de tipo descriptiva y que son nuestra base teórica para poder comprender la problemática con respeto a la ilegalidad en la acumulación de penas por el delito de posesión de drogas estupefacientes. Es importante poner a consideración los conceptos básicos de la temática planteada que requieren un análisis socio-jurídico.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Para profundizar el Principio de legalidad, se debe conocer la utilidad de un Principio, primeramente se deberá discernir su significado, así tenemos que ROBERT ALEXY, [143] sostiene que "los principios son mandatos de optimización y al sostener que son mandatos fortalece la concepción de que los principios son normas jurídicas, y, como tales deben ser aplicadas".[53] Al decir que son de "optimización" establece que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad. Luego tenemos que el principio como tal, es una norma ambigua, general y abstracta, y es esta primera característica lo esencial del principio, al dar parámetros de comprensión, es por ello que ALEXY afirma que los principios proporcionan un "haz de posibilidades" para la persona que interpreta o practica el derecho. A lo dicho se suma que los principios ayudan de manera decisiva a valorar el sistema jurídico, pudiendo identificar normas contradictorias (antinomias) y también las lagunas del sistema jurídico (anomias)

La Constitución de la República puesta en vigencia el 20 de Octubre del año 2008, pone en manifiesto que Ecuador es un Estado constitucional de

[53] ROBERT ALEXY, Sistema jurídico, principios jurídicos y teoría práctica. pp 143

derechos y justicia, y con ello la Supremacía Constitucional que busca armonizar los principios generales del derecho con las normativas infraconstitucionales, en un marco de profundo respeto al bloque de constitucionalidad esto es al derecho a la seguridad jurídica que gozan los habitantes de Ecuador, para lograr la coexistencia pacífica.

En materia penal se encuentran los principios fundamentales pertinentes en el artículo 11 de la Constitución de la República, resumiendo en los siguientes postulados: Legitimación activa para la exigibilidad; igualdad y la prohibición de discriminación; derechos y las garantías son directamente aplicables; todos los derechos son justiciables; prohibición de restricción normativa; el principio de progresividad; la aplicación más favorable; la responsabilidad objetiva del estado; la responsabilidad por la violación de la tutela judicial.

El principio de legalidad es la prevalencia de la ley sobre cualquier actividad o función del poder público. Esto denota que toda actividad, política o directriz que surja del Estado debe estar estrictamente regido por la ley y jamás por la voluntad de los individuos que también se sujetan a la misma ley.

El primer ciudadano de un país que representa a un gobierno como lo es el Presidente de la Republica no puede ni debe actuar de manera contraria a lo establecido por la Constitución, que tiene la supremacía sobre todas las leyes de un Estado. Esto quiere decir que el gobernante está sometido a la ley de acuerdo al principio de legalidad. Por lo tanto constituye, por así

decirlo un límite negativo a la acción de los poderes públicos, que exige (sólo) que los poderes públicos no sobrepasen los confines trazados por la ley.

¨El principio de legalidad (…) basa sus postulados en el sometimiento de la función administrativa al imperio de una ley. Un claro ejemplo de la universalidad del principio de legalidad se resume en “nulla poena sine lege” (no hay pena sin ley) que por si acaso no se aplica exclusivamente al Derecho Penal sino que implica la tipificación dentro de la Ley de un acto para poder aplicarse; nuevamente sometemos a la Ley cualquier evento que pretenda jactarse de justo. ¨ [54]

EL TIPO PENAL DE LA POSESIÓN O TENENCIA CON FINES DE TRÁFICO ILICITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES.

La historia de la tipicidad es, consecuentemente, la historia del tipo. Varios han sido los tratadistas de las corrientes filosóficas que nos ilustran con sus definiciones sobre el tema de la tipicidad; así tenemos que para Edmundo MEZGER, la tipicidad es la razón de ser de la antijuricidad, aquí el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos descritos en la Ley.

El concepto de posesión de la drogas para traficar es un concepto no civilístico, mucho más amplio, identificable con la mera disponibilidad, cuyo elemento esencial es la preordenación al tráfico, el ánimo tendencial. El objeto material del delito de posesión, es la sustancia tóxica, estupefaciente

[54] Pablo Israel Rojas Erazo http://derechogeneralidades.blogspot.com/2012/09/principio-de-legalidad-y-principio-de.html

Así tenemos que el tipo, es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias. Es la descripción legal del delito. Para Zaffaroni, el tipo penal es un instrumento legal lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tienen por función la individualización de conductas humanas penalmente relevante.

CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.

Los tipos penales se clasifican de acuerdo a:

1.- SU ESTRUCTURA:

a. Tipo básico: Tipo base es la descripción hipotética de una conducta que hace el legislador en una norma penal, siendo el punto de partida el análisis de las figuras delictivas.

b. Tipos derivados: Son aquellos tipos que además de tener el tipo base, contienen otras descripciones que van a modificar el tipo fundamental. Su aplicación es independiente de los tipos básicos.

2.- POR LA RELACIÓN ENTRE ACCIÓN Y OBJETO DE LA ACCIÓN:

a. Tipos de resultado: La conducta deberá ocasionar una lesión del bien jurídico por efecto de una relación de causalidad entre acción y resultado e imputación objetiva del resultado con respecto a la acción del agente.

b. Tipos de mera actividad: La sanción recae en el simple comportamiento del agente dependiente mete de su resultado material o peligro alguno, la

relación entre resultado y acción es inexistente por lo que la imputación objetiva no quepa.

3.- POR EL MENOSCABO DEL OBJETO DE LA ACCIÓN:

a. Tipos de lesión: Se requiere que el objeto de la acción pueda ser dañado para que se realice el tipo.

b. Tipos de peligro: Sólo es necesario la puesta en peligro, como consecuencia de la acción del agente, no espera la lesión del bien jurídico para sancionar al infractor por lo general se trata de intereses colectivos. De los tipos de peligro concreto debe distinguirse los de peligro abstracto, que es aquella en el que el tipo describe una forma de comportamiento, que según la experiencia general representa en sí misma. un peligro para el objeto protegido.

4.- POR LAS DOS FORMAS BÁSICAS DEL COMPORTAMIENTO HUMANO TIPOS DE COMISIÓN:

Es el hacer positivo que viola una ley penal prohibitiva. El hecho prohibitivo puede consistir en una pura conducta (injuria), o en un resultado (muerte), cuya comisión delictiva ha sido realizada a causa del movimiento de las propias fuerzas del agente.

a. Tipos de omisión: Llamada también omisión simple u omisión propia, es el "no hacer" que viola una norma preceptiva, es decir, dejar de hacer algo que ordena la ley. La omisión no se identifica con la inactividad, aquella tiene sentido cuando se encuentra en referencia con una norma que exige actividad.

b. Tipos de omisión impropia: Llamados también comisión por omisión mediante el cual el sujeto se abstiene de hacer lo que se esperaba que hiciera, es decir, la acción era esperada para evitar el efecto prohibido por estar obligado jurídicamente a realizarlo (posición de garante). Los factores que producen el resultado deben ser extraños al sujeto, pero, sin embargo, se ha debido impedir. Existe la violación simultanea de una norma penal prohibitiva y una norma preceptiva (se infringe la primera y no se acata la segunda).

5.- POR EL NÚMERO DE BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS:

a. Tipos simples: Es cuando se tutela un solo bien jurídico. Así, por ejemplo, en el asesinato (Art. 108), donde se busca proteger la vida.

b. Tipos compuestos: Denominados también pluriofensivos, son aquellos que pretenden amparar simultáneamente varios bienes jurídicos.

6.- POR EL NÚMERO DE ACCIONES PREVIAS EN EL TIPO:

a. Tipo de un solo acto: Comprende las acciones delictivas cuya consumación se realiza en un solo acto.

b. Tipos de varios actos: No basta una sola acción del sujeto para su consumación.

c. Tipos imperfectos de dos actos: Son aquellos tipos en que el agente realiza una conducta como paso previa para otra.

7.- POR LAS CARACTERÍSTICAS DEL AGENTE:

a. Tipos comunes: Aquí cualquier persona puede cometer el delito. El sujeto activo es indeterminado como pues no exige condición especial por parte de

este, la ejecución de conducta descrita en el tipo. Cuando se las menciona suele usarse las palabras "el que" o que "quien".

b. Tipo de sujeto activo calificativo: Son aquellos tipos que exigen al sujeto activo una cualidad o característica especial, sin la cual su acción no podría adecuarse al tipo.

c. Tipos especiales impropio: Son aquellos en los que pudiendo ser cometido por cualquiera (es decir, el agente no requiere de caracteres cualificantes, como ser juez, funcionario, etc.), la comisión por parte de un sujeto cualificado.

d. Tipos de mano propia: El tipo presupone un acto de realización corporal o, al menos, personal, que debe realizar el propio autor porque en otro caso faltaría el específico injusto de la acción de la correspondiente clase de delito

Así tenemos que el delito de Posesión de Sustancia Estupefacientes con fines de tráfico, se funda en lo que doctrina se conoce como delito de peligro abstracto, que son aquellos cuyo fundamento de su castigo es que suponen un peligro, solo basta la peligrosidad de la conducta. Se castiga una acción típicamente peligrosa. El verbo rector es poseer o tener, porque de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, “Tener” significa “Poseer, dominar o sujetar” (1984: 1297) y “poseer” significa “…Tener uno en su poder una cosa” (1984: 1090). De lo dicho se colige que lexicológicamente ambos verbos tienen la misma significación. Tener significa poseer y éste a su vez, significa tener.

No existe en el tipo penal contemplado en el Art. 220.1 del Código Orgánico Integral Penal vigente desde Agosto de 2014, una conducta distinta a la que

hace referencia el verbo rector, solo nos da descripciones de variadas actividades que se da en ese tipo penal.

LAS SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES.

Hay que partir de la definición del concepto de droga, así tenemos que según la Real Academia Española, sostiene que etimológicamente droga proviene del árabe andalusí hatrúka, literalmente significa charlatanería. En el siglo XIV, se comenzó a utilizar en los países bajos el término droog (seco) para referirse a las plantas y especias que se ocupaban secas para usos medicinales. En español, el término se utiliza en el lenguaje común restrictivamente para referirse a sustancias con potencial abuso.

Históricamente antes de las primeras civilizaciones ya hay pruebas de que el hombre conocía los efectos de ciertas plantas como la adormidera del opio y las usaba. Ahora bien, la Organización Mundial de la Salud – OMS, nos da un concepto amplio de droga o fármaco entendiendo que es toda sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o más funciones de éste.

Las drogas son sustancias que actúan sobre el Sistema nervioso central - SNC, capaces de estimular o inhibir sus funciones con posibilidad de originar tolerancia y dependencia. Estas reciben nombres y calificativos distintos: duras y blandas, según los efectos nocivos sobre el organismo, lícitas o ilícitas, de acuerdo con las previsiones de cada Estado.

En Ecuador las drogas nocivas más emblemáticas son: la heroína, la marihuana, la cocaína en sus formas de pasta y clorhidrato. Según tomados

de la “Fundación Española del Corazón”, “se establecerá que las drogas están asociadas a una serie de enfermedades, a más de la complicación en el SNC.[55]

Opiáceos - Heroína

El representante de los opiáceos más utilizado es la heroína. Aunque también se consume por vía subcutánea o inhalada, las mayores complicaciones cardiovasculares son consecuencia de las infecciones asociadas a su administración por vía intravenosa.

Cannabis

El cannabis es la droga ilegal más utilizada en España. Sus efectos cardiovasculares dependen en gran medida de la dosis.

Dosis bajas o moderadas incrementan la actividad simpática y reducen la actividad parasimpática, generando taquicardia y aumento del gasto cardiaco.

Dosis elevadas producen una inhibición simpática y activación parasimpática que ocasiona bradicardia e hipotensión.

Cocaína o derivados

La cocaína y sus derivados como el crack, producen sobre el sistema cardiovascular un efecto derivado de la activación del sistema nervioso simpático. Las concentraciones de catecolaminas circulantes (adrenalina)

[55] www.fundaciondelcorazon.com/prevencion/riesgocardiovascular/drogas-cocaina-marihuana-heroina-lsd.html

pueden incrementarse enormemente, tanto como cinco veces sobre los niveles normales.

La cocaína es responsable de los diferentes grados de taquicardia, vasoconstricción y elevación de la presión arterial. Las diferentes alteraciones dependen de la dosis tomada, así como de los factores de riesgo y cardiopatías preexistentes.

Con ello se pretende justificar que el hecho que el Agente del delito posea cualquiera de estos tipos de sustancia estupefaciente, genera no solo un daño social, sino un gravísimo daño a la salud de quienes la consumen.

LEYES DE DROGAS VIGENTES EN ECUADOR.

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Ley 108) publicada en el Registro Oficial 523 del 17 de septiembre de 1990, y enmendada en varias instancias desde su entrada en vigor (en 1992, en 1994 y en 1997), codificada en 2004 y reformada en 2005, es la ley vigente en proceso de sustitución. Esta es la ley que regulaba la materia en el país cuyo objetivo era el de "combatir y erradicar la producción, oferta, uso indebido y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (…)."[56] El proceso de su progresiva abolición y sustitución está en marcha.

Esta ley simbolizaba una de las legislaciones más duras de la región. Con su promulgación desapareció el enfoque integrado de las leyes anteriores y los planes nacionales de Ecuador en relación al control y la prevención del consumo de sustancias ilícitas.

[56] Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. (Ley 108)

El COIP estableció parámetros para reorganizar la criminalización de las actividades que siguen siendo consideradas ilícitas, con la intención de proporcionalizar los delitos y sus penas: establece una diferenciación entre grandes y pequeños traficantes; gradúa las penas en función del rol en las actas ilícitas; y distingue – a través de un sistema de umbrales (véase la tabla del punto 5)- a las personas usuarias de los pequeños traficantes. A los jueces aún les cuesta aplicar la nueva normativa y el sistema de umbrales como marco referencial, y prefieren criminalizar la mera tenencia.

En enero de 2015 se hizo el primer debate del Proyecto de Ley Orgánica de Prevención Integral de Drogas y Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, presentado por el diputado oficialista Carlos Velasco Enríquez. En marzo de 2015, el proyecto de ley fue debatido por la Comisión Especializada Permanente del Derecho a la Salud.

El objetivo de esta nueva Ley Orgánica, como reza su primer artículo, es el de "establecer el marco institucional en materia de drogas y sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, así como determinar las obligaciones de control y los efectos de su incumplimiento".[57] Con su aprobación se deroga la Ley 108. La institucionalidad de las agencias nacionales encargadas de la ejecución de las políticas cambiaría una vez debatida en el parlamento y aprobada la ley. El CONSEP (Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas), será remplazado por un Comité Interinstitucional y una Secretaría Técnica de Drogas, como nuevos entes

[57] Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización.

rectores e implementadores de la ley. La Ley asienta también la base jurídica de "la clasificación de drogas y sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, para efectos de prevención y atención integral de uso y consumo". La ley entiende por drogas el alcohol, el tabaco, las sustancias clasificadas por los tratados internacionales, las sustancias de síntesis y sustancias de uso industrial (pegantes, colas etc.), y define los cinco principios rectores para la aplicación de la ley: el debido proceso; corresponsabilidad; intersectorialidad; derechos humanos; soberanía.

LA POLITICA DE UMBRALES.

Luego del “indulto a las mulas” implementada en Julio del 2008, vino la política de umbrales en el año 2013 establecida por el CONSEP y el nuevo Código Orgánico Integral Penal – COIP en el 2014 como principales alternativas al encarcelamiento, dada la alta tasa de personas detenidas por tenencia o posesión; que a decir de la Presidenta de la Asamblea Nacional, el cambio radical que dio Ecuador fue privilegiar al ser humano como el centro de la nueva legislación sobre el tema, al mismo tiempo sostuvo que se ha llevado a cabo un análisis sobre legislación comparada en el ámbito regional y nacional basado en la socialización y el debate.

Bajo este enfoque es como el CONSEP, fijó las tablas de escalas prohibitivas para sancionar el porte o tenencia ilícita de drogas, que van de mínima, mediana, alta y gran escala de cuatro tipos de drogas ilícitas.

Cuadro N° 1

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

Fuente CONSEP: Nueva tabla10 de septiembre del 2015

Esta sobreposición en la determinación de cantidades concernientes al tráfico ilícito a mínima escala y las cantidades máximas admisibles ´para la tenencia de autoconsumo tiene dos dimensiones contrapuestas, una que permitió la excarcelación de las personas condenadas previamente, al amparo de la ya extinta Ley 108 o Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, según el criterio legal del “principio de favorabilidad”. La segunda dimensión de la contradicción es negativa pues ha generado la exacerbación de la condena, el hecho de que una persona que exceda de manera mínima las cantidades permitidas sea potencialmente vulnerable a ser considerada como un microtraficante.

A esto se agrega, que en el sistema penal ecuatoriano tiene una estructura que permite una fuerte influencia de la policía en el proceso judicial, siendo evidente la posibilidad de obtener una sentencia condenatoria en los casos de drogas, debido a la importancia concedida por los jueces a los partes policiales, los que constituyen el único elemento de prueba en los juicios penales, pese a estar llenos de criterios subjetivos, poco claros, y marcados por la lógica represiva. A continuación el umbral de porte o tenencia mínima

y máxima de sustancias estupefacientes actualizado a 10 de septiembre del 2015.

Cuadro N° 2

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES								
Escala (gramos) peso neto	Heroína		Pasta Base Cocaína		Clorhidrato de cocaína		Marihuana	
	Mínima	Máxima	Mínima	Máxima	Mínima	Máxima	Mínima	Máxima
Mínima	0	0,1	0	2	0	1	0	20
Mediana	0,1	0,2	2	50	1	50	20	300
Alta	0,2	20	50	2 000	50	5 000	300	10 000
Gran Escala	20 en adelante		2 000 en adelante		5 000 en adelante		10 000 en adelante	

Fuente CONSEP: Nueva tabla10 de septiembre del 2015

EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE NACIONAL.

La Resolución No. 12-2015 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015, se expresa en relación a las descripciones típicas contenidas en el art. 220.1 del Código Orgánico Integral Penal, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del COIP, deja en desconcierto a los estudiosos del derecho penal puesto que tergiversa la figura penal que en doctrina se la denomina Concurso real de infracciones, los diferentes autores coinciden en que “podría incurrir que una conducta

encuadre en más de un tipo, lo que no autoriza a afirmar que el autor ha cometido varios hechos punibles, pues si solo realizó una acción se la puede imputar más de un delito. En otras palabras, solo es posible imponer varias penas cuando el autor se le puede imputar distintos delitos, porque ha realizado diversas acciones.

El Precedente refiere a dos casos que designa A y B, el primero consistente en la “tenencia sin autorización” de varias sustancias (heroína, pasta de base de cocaína y marihuana) todas en cantidades correspondiente a la escala alta de la tabla para el tráfico, y el segundo a la “tenencia sin autorización” de una sola sustancia (heroína) en una cantidad concerniente a la “gran escala” de la misma tabla. Sin mucho esfuerzo se observa que ambos casos suponen una única acción y un solo delito: tenencia de sustancias sujetas a fiscalización, con la sola diferencia que en el primer caso, el tenedor está en posesión de más de una sustancia; mientras que el segundo de una sola droga. Evidentemente con claridad meridiana no se presente se presenta la figura penal del concurso de infracciones, ni real ni ideal. Más allá de que el agente del delito se encuentre inmerso en los otros elementos objetivos del tipo penal consistentes en “ofertar, almacenar, intermediar, distribuir, comprar, vender, enviar, transportar, comercializar, importar, exportar o cualquier otra forma de traficar”; aún así este infractor ha ejecutado un tipo delictivo en que se encuentra reunido varias alternativas típicas del mismo, mas no conductas diversas y peor frente a varios delitos.

La Corte no ha logrado discernir que el injusto en este delito no se satisface con la posesión de una o más sustancias, sino con la simple acreditación

que la misma ha sido “con el fin de traficar” esta única circunstancia es el que permite debilitar la presunción de inocencia del “tenedor”. Muchos han sido los debates contemporáneos acerca de la problemática social de las drogas en el mundo, y de forma apresurada, sin proporcionar razones lógicas apegadas a estricto derecho, incumple la Corte, en su obligación constitucional de motivar su decisión normativa de tanta importancia como es el precedente jurisprudencial obligatorio.

LEGISLACIÓN COMPARADA.

Se ha considerado la Legislación Penal Peruana en materia de Sustancias estupefacientes, en cuanto establece la Posesión de Drogas para consumo y con fines de tráfico ilícito, sin considerar su tabla de cantidades fijadas según Ley 28002 o Ley que modifica el Código Penal en materia de tráfico ilícito de drogas en su artículo 299, que es distinta a la establecida por la Legislación Penal ecuatoriana, para establecer la sanción punitiva según cantidades no permitidas para quien tenga en posesión ilícita sustancias estupefacientes. Además no es menos cierto que en el párrafo segundo del artículo 296, que indica “Aquella que consiste en poseer drogas con el propósito de comercializarlas o traficar ilícitamente con la droga poseída”.[58] Aquí considera esta legislación como conducta típica únicamente a la posesión de drogas con fines de tráfico ilícito, la tenencia de tales sustancias para fines distintos carecerá de relevancia penal con independencia del volumen o clase de drogas que posea el agente. En dicho marco legal, por analogía a la Legislación Penal Ecuatoriana, se considera a la posesión de drogas con

[58] Ley de drogas y cárceles(Perú)

fines de tráfico ilícito, con la diferenciación que resta importancia al agente que posea el volumen o clases de drogas que posea, mantiene claro la propuesta de la Ley Peruana en sancionar a parte del dolo, un elemento subjetivo consistente en la intención de destinar el comercio a la elaboración de drogas tóxicas. Con esto se requiere una reforma en el COIP, que delimite la sanción sobre el accionar del Poseedor con fines de tráfico ilícito, ya que con el precedente jurisprudencial emanado de la Corte Nacional de Justicia y publicado en Registro Oficial del 22 de septiembre de 2015, lesiona flagrantemente principios constitucionales del derecho penal, como es esencialmente el Principio de Legalidad, al desconocer el espíritu de la ley contenida en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal.

8. METODOLOGÍA.

El estudio a realizarse es de tipo descriptivo, porque sólo pretende describir las características de las variables en estudio tal y como se presentan en la realidad socio-jurídica.

La metodología a aplicarse en el presente proyecto conlleva la utilización de los siguientes métodos:

Método analítico.- Nos permitirá estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social y jurídico posibilitando analizar sus efectos.

Método descriptivo.- Este método nos compromete a realizar una descripción de datos y características de una población. Cuyos objetivos es la adquisición de datos objetivos, precisos y sistemáticos que pueden usarse

en promedios. Frecuencias y cálculos estadísticos similares. La realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar los problemas existentes en nuestra sociedad.

Método materialista dialéctico.- El método permitirá conocer la realidad social o realidad material del problema, desde su origen y como ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo, favoreciendo el conocimiento de los fenómenos históricos en los que se desarrolla la realidad material y sus resultados, que adoptan las condiciones del procedo dialéctico.

a) La ley de unidad y lucha de contrarios

b) Ley de transformación de la cantidad en cualidad (ley de cambio cualitativo) c) Ley de negación de la negación

De modo tal que se intenta saber si continua así o ya no queda nada del origen. La propuesta investigativa se auxiliara de las siguientes técnicas:

La encuesta. Es una técnica de recolección de datos mediante la aplicación de un cuestionario a una muestra, como en el caso de esta investigación se lo realizará a 30 abogados. A través de la encuesta se puede conocer las opiniones que harán que la muestra sea representativa de la población general de la que procede.

La encuesta sin duda es una observación no directa de los hechos sino por medio de las opiniones que manifestaran los encuestados, esta hará posible que la investigación socio-jurídica llegue a descubrir aspectos subjetivos de los miembros del medio abogadil.

La entrevista. Es una técnica cualitativa que ocupa un lugar muy destacado dentro de las técnicas aplicadas a la recolección de datos, muy utilizadas en las investigaciones. La entrevista no se considera una conversación normal sino mas bien tiene el carácter de formal, porque tiene una intencionalidad, que lleva implícitamente unos objetivos que son el espíritu mismo de la investigación. En lo que respecta a este proyecto ha de elaborarse el instrumento o cuestionario pertinente y bien elaborado a fin de que las preguntas extraigan el criterio subjetivo de los entrevistados, y estas informaciones se conviertan en el insumo que sustente nuestras conclusiones.

9. CRONOGRAMA

CUADRO Nº 3

Nº	ACTIVIDADES 2016	Julio SEMANAS				Agosto SEMANAS				Septiembre SEMANAS				Octubre SEMANAS				Noviembre SEMANAS				Diciembre SEMANAS			
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1	Acopio Teórico			X	X																				
2	Selección del tema y problema					X	X																		
3	Elaboración del Marco teórico							X	X																
4	Diseño de Proyecto de investigación							X	X																
5	Presentación del proyecto de investigación									X															
6	Acopio de la investigación											X	X												
7	Investigación de campo													X	X										
9	Presentación de análisis de resultados															X									
9	Redacción y borrador de la ejecución																X	X							
10	Redacción del informe final																		X	X					
11	Defensa pública de la investigación																							X	X

Fuente y elaboración: Estudiante investigador Lcdo. Landy Guapulema García

10. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

CUADRO N° 4

CLASIFICADOR	DESCRIPCION	CANTIDAD	$/COSTO	$/COSTO
10.1	Papelería en general, útiles y materiales de oficina			
	Papel bond A4	1 mil	4,00	$4,00
	Corrector	2 unid	1,00	$2,00
	Lapiceros	6 unid	0,50	3,00
10.2	Pasajes y viaje	5 viajes	$25,00	$125,00
10.3	Internet	6 meses	$15,00	$90,00
10.4	Servicio de impresión, anillado y empastado			
	Impresiones	700 hojas	$0,25	$175,00
	Anillado	12	$2,00	$24,00
	Empastado	4	$10,00	$40,00
			TOTAL	$238,00

Fuente y elaboración: investigador Landy Guapulema García.

RECURSOS MATERIALES Y ECONÓMICOS

El cuadro número 4 detalla los recursos materiales y económicos que son enteramente autofinanciados por el estudiante investigador Landy Guapulema García.

RECURSOS HUMANOS.

Los recursos humanos que aportan con su contingente académico para la realización del proyecto de tesis son:

Lcdo. Landy Guapulema García	Postulante
Dr. Mg. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda	Director de Tesis
Profesionales del Derechos	Encuestados

11. BIBLIOGRAFÍA

CARBONELL MATEU, “Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas” . Análisis y propuestas político criminales, EDERSA, Madrid, 1986, p. 338

CORRAL FABIÁN, Las Paradojas de la Constitución Ecuatoriana de 2008 en la Constitución Ciudadana Taurus, Quito, 2009, p.279

GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, Ed. Civitas, Madrid, 1997, TI, p. 407 y ss.

GARCIA FALCONI RAMIRO, Código Orgánico Integral Penal Comentado. ARA, Lima, 2014, p. 21

GUNTHER JAKOBS “Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación”, cit., p.189, 316. 566, 567

HANS HEINRICH JESCHECK, cit., de Juan Carlos FERRE OLIVE, Miguel Angel

JORGE ZAVALA EGAS “Teoría del Delito y Sistema Acusatorio”, cit., p. 197

JIMÉNEZ DE AZÚA, LUIS, Principios del Derecho Penal. La ley y el delito, Buenos Aires, Argentina: Abeledo–Perrot: 4.ª, 2005, p. 208

LUIS JIMENEZ DE ASUA “Principios de Derecho Penal, La Ley y El Delito”, cit., p. 365, 534

MAQUEA ABREU, “Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas”. Madrid 1998, p. 86

REY HUIDOBRO, “ El delito de tráfico de drogas tóxicas. Editorial Revista de derecho privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, págs. 62 y 63

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, en Reforma penal de 1983, Barcelona, p.200.

ROMERAL MORALEDA, ANTONIO Y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL «Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico- forenses, cit., p. 50

ROXIN Claus “Derecho Penal, parte general”, traducción LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y

NUÑEZ PAZ, Paula Andrea RAMIREZ BARBOSA en Derecho Penal Colombiano. Parte General. IBAÑEZ, 2011, p. 569.

Códigos:

Constitución de La República del Ecuador

Asamblea Nacional. “CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL”. 2014. Cit., p., 47

Direcciones web:

http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/07/principio.html

http://es.thefreedictionary.com/principio

http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=VlsWtXHJ5DXX2Zf0mQkO

http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/pena/pena.htm

http://definicion.de/pena/

https://es.wikipedia.org/wiki/Pena

http://iuscustodium.blogspot.com/2012/04/acumulacion-y-refundicion-de-condenas.html

http://dspace.utb.edu.ec/bitstream/49000/1034/1/T-UTB-FCJSE-JURISP-000145.pdf

http://www.drleyes.com/page/utilidades/documento/24/835/Derecho-Procesal-Penal/Cumulo-de-Penas-y-Unficacion-de-Penas/

http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/364/355[1]

http://www.eluniverso.com/noticias/2015/09/10/nota/5116070/consep-presenta-nueva-tabla-sancion-droga

http://www.elcomercio.com/actualidad/consep-escalas-trafico-droga-ecuador.html

http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2015/15-12%20Triple%20reiteracion%20acumulacion%20penas%20en%20drogas.pdf

http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/sistema_pena.htm#_ftn1

http://docs.chile.justia.com/nacionales/leyes/ley-n-19-366.pdf

http://legislacion.vlex.com.co/vid/codigo-penal-42846002?_ga=1.80446239.904176389.1451541069#section_86

ANEXO 2
ENCUESTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CARRERA DE DERECHO

El presente instrumento de investigación de campo recopila datos que serán considerados únicamente con fines académicos.

Lugar y fecha: Babahoyo, 8, 9,10 de noviembre del 2015.

Encuesta: Profesionales del derecho en libre ejercicio y operadores de justicia.

Tema: "La ilegalidad de la acumulación de penas en el delito de posesión de sustancias estupefacientes, artículo 220 numeral 1 del código integral penal."

CUESTIONARIO:

Marque con una x la respuesta elegida por usted.

1. ¿Conoce Ud. que el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, representa un tipo penal?

Si conoce ( ) No conoce ( )

2. ¿Considera Ud. Que el artículo 220.1 del COIP, permite al juzgador aplicar la acumulación de penas al acusado?

Si considera ( ) No considera ( )

3. ¿Está de acuerdo, que al autor de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, al realizar una sola modalidad delictiva, se le debe imputar más de una pena?

Si está de acuerdo ( ) No está de acuerdo ( )

4. ¿Considera Ud. que al aplicarse la acumulación de penas al infractor del Art. 220.1 del COIP, se quebranta el principio de legalidad?

Si considera ( ) No considera ( )

5. ¿Cree Ud. que debería reformarse el Art. 220.1 del COIP, porque al aplicarse la sanción punitiva, promueve en el juzgador la acumulación de penas al acusado?

Si cree ( ) No cree ( )

6. ¿Considera Ud. que la sanción punitiva en el delito de tráfico de sustancias estupefacientes debe aplicarse en función de su grado de toxicidad y acompañada con su escala de cantidades?

Si considera ( ) No considera ( )

ANEXO 3
ENTREVISTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CARRERA DE DERECHO

El presente instrumento de investigación de campo recopila datos que serán considerados únicamente con fines académicos.

Lugar y fecha: Babahoyo, 8, 9,10 de noviembre del 2015.

Edad.

Entrevista: Jueces de Primer y Segundo Nivel de Garantías Penales.

Tema: "La ilegalidad de la acumulación de penas en el delito de posesión de sustancias estupefacientes, artículo 220 numeral 1 del código integral penal."

Por favor, conteste a lo siguiente:

¿Cuál es su nombre y apellido?_____

Edad _____estado civil _____

Cargo que desempeña en el Juzgado Penal._____

CUESTIONARIO:

1. ¿Considera Ud., que el artículo 220.1 del COIP, que sanciona el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización con penas privativas de libertad, se debe aplicar una acumulación de

penas que podría alcanzar hasta 40 años de prisión, pese a que el tipo penal al que hace referencia no involucra un concurso real de delitos?

Si considera ( ) No considera ( ) Porque.

_____

_____

_____

_____

1. **¿Cree Ud. que se estaría ante una ilegalidad jurídica, el hecho de que el juzgador acumule las penas en el delito de posesión de sustancias estupefacientes contemplado en el artículo 220 .1 del COIP?**

Si cree ( ) No cree ( ) Porque

_____

_____

_____

_____

2. **¿Considera Ud. que debería reformarse el art. 220.1 del COIP, porque al aplicarse la sanción punitiva, se vulnera los principios de ilegalidad, solución, proporcionalidad y promueve en el juzgador la acumulación de penas para el acusado?**

Si considera ( ) No considera ( ) Porque.

_____

_____

_____

_____

INDICE.

PORTADA. I
CERTIFICACIÓN. II
AUTORÍA……...III
CARTA DE AUTORIZACIÓN……IV
DEDICATORIA……..V
AGRADECIMIENTO……VI
TABLA DE CONTENIDOS……VII
1. TÍTULO. 1
2. RESUMEN 2
2.1.Abstract. 4
3. INTRODUCCIÓN. 6
4. REVISIÓN DE LITERATURA. 8
5. MATERIALES Y MÉTODOS. 67
5.1. Materiales utilizados. 67
6. RESULTADOS. 71
7.DISCUSIÓN. 89
8. CONCLUSIONES 96
9.RECOMENDACIONES. 98
9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURIDICA. 100
10.BIBLIOGRAFÍA. 105
11.ANEXOS. 108
INDICE……142