

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR,
SEDE ECUADOR**

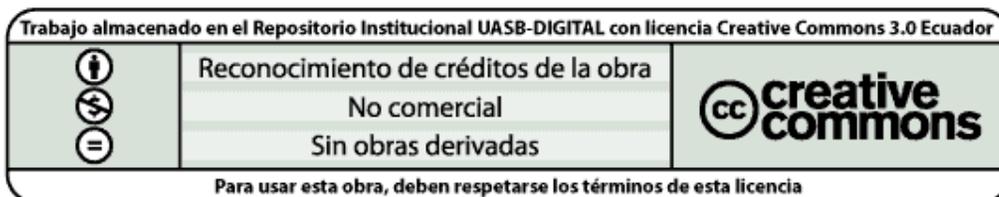
AREA DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO PENAL

**EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN LAS
SENTENCIAS DE DROGAS**

Autora: Paola Vivanco Murillo

2013



CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS

Yo, Paola Francisca Vivanco Murillo, autora de la tesis intitulada El Principio de Lesividad en las Sentencias de Drogas, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autora de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En ésta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Paola Vivanco Murillo

Noviembre, 08 de 2013

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR,
SEDE ECUADOR**

AREA DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO PENAL

**EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN LAS
SENTENCIAS DE DROGAS**

Autora: Paola Vivanco Murillo

Tutor: Dr. Jorge Vicente Paladines

Huaquillas- El Oro -Ecuador

2013

ABSTRACT

Bajo una política de control social dirigida desde la “guerra contra las drogas” que lidera Estados Unidos de Norteamérica, nuestra legislación antidrogas ha asumido la tarea de punirlo todo, creando falsas concepciones sobre una sociedad de riesgo.

Una legislación que transgrede la Constitución y violenta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la falta de análisis del principio de lesividad en la conducta tipificada como tenencia o posesión de drogas, que más allá de no solucionar el problema del consumo, termina siendo la figura ideal para cubrir desde la venta hasta el mismo consumo, criminalizando al eslabón más frágil de toda la cadena.

El seguimiento de estas políticas ha creado verdaderos aparatos estatales de represión que coexisten, siendo los cuerpos de policía quienes deciden sobre culpabilidad o inocencia desde el mismo momento de la detención. Fiscales y juzgadores bailan al son que tocan esos cuerpos policiales, los que ejercen también una función de control hacia los operadores de justicia.

Toda esta política de un Estado policía, lleva a sentencias rara vez argumentadas, muy pobres en análisis doctrinario y principios rectores del proceso, sin existencia de una posición crítica de los jueces frente al bien jurídico que realmente desean proteger; crean un bien jurídico abstracto como la salud pública para acogerse de él y justificar la aplicación de penas desproporcionadas al delito e incluso a la cantidad de la sustancia encontrada en poder del procesado.

AGRADECIMIENTO

- Al Dr. Jorge Vicente Paladines, su apoyo y guía durante la elaboración de ésta tesis, además de su vasto conocimiento en el tema que se aborda aquí, han sido claves en la consecución de los objetivos propuestos.
- A todas y todos quienes colaboraron proporcionándome la información que requería para este estudio.

DEDICATORIA

- A mi familia, en especial a mi esposo y mis hijos, por su fe en cada uno de mis proyectos.
- Para ti Laura, tu fuerza y tu coraje se hacen evidentes siempre que hay dificultades, gracias por ser mi madre.

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN LAS SENTENCIAS DE DROGAS

AGRADECIMIENTO.....5

DEDICATORIA.....6

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....9

CAPITULO I

CUESTIONES GENERALES.....13

1.1. El Inicio de la Guerra contra las Drogas.....15

1.2. Legislación Internacional y Órganos creados a partir de la Política Antidrogas.....18

1.3. La Aplicación de las Políticas Antidrogas en la Legislación Nacional.....21

CAPITULO II

ENFOQUE DOGMÁTICO.....28

2.1. El necesario análisis de antijuridicidad.....28

2.2. El bien jurídico protegido.....30

2.3. El daño o lesión.....31

2.4. Delito de peligro.....36

2.5. Autoría y participación.....	42
-----------------------------------	----

2.5.1 Autoría y Participación en la Criminalidad Organizada.....	44
--	----

CAPITULO III

EL BIEN JURÍDICO LESIONADO, DESDE DOS PERSPECTIVAS OPUESTAS

3.1. El funcionalismo de Jakobs, y su concepción de bien jurídico y daño.....	52
---	----

3.2. El análisis de lesividad de Ferrajoli.....	55
---	----

CAPITULO IV

LAS DECISIONES JUDICIALES.....	59
--------------------------------	----

4.1. El Principio de Lesividad desde el Derecho Penal y el Derecho Constitucional.....	59
--	----

4.2. Jurisprudencia Internacional.....	60
--	----

4.3. Argumentación de las Sentencias en relación al Daño.....	65
---	----

CAPITULO V

LAS SENTENCIAS	68
----------------------	----

5.1. Análisis de Sentencias en la Provincia de El Oro.....	68
--	----

5.2. Análisis de Lesividad.....	79
---------------------------------	----

5.3. Análisis de un Caso Concreto.....	89
--	----

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	92
-------------------------------------	----

BIBLIOGRAFIA.....	97
-------------------	----

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN LAS SENTENCIAS DE DROGAS

INTRODUCCIÓN

Para abordar el análisis sobre la inexistente argumentación en las sentencias de drogas con relación a la lesividad del delito de tenencia ilegal de estupefacientes, tuvo como propósito desde un inicio evidenciar ciertos valores que se encuentran vigentes en la vida jurídica nacional, especialmente en la actuación de los jueces, acerca de la carencia de argumentación y con ellos las injustas y desproporcionadas sentencias en materia de drogas.

En el aspecto metodológico, el estudio no se centra únicamente en el ámbito doctrinario, el que, pese a tener fundamental importancia, no es el principio y fin de la tesis. Por lo tanto se encontrarán datos interesantes recabados de entrevistas con personajes que aportaron desde sus puestos de trabajo con información relevante; esa información ha partido de su conocimiento directo sobre el tema. Se encontrarán los resultados bajo la técnica de entrevistas realizadas a jueces de tribunales de garantías penales y fiscales, cuyos nombres se mantendrán en reserva.

El estudio dogmático inicia con la antijuridicidad y dentro de ésta el conocimiento del desvalor de acción y desvalor de resultado del que se desprenderá someramente el sondeo de temas como: bien jurídico protegido, análisis del daño, delitos de peligro tanto abstracto como concreto, los cuales se pretende utilizar a lo largo de ésta tesis.

Es importante que se tome en cuenta que durante éste estudio, luego de la definición o postura de varios autores reconocidos desde los diferentes pensamientos críticos del derecho penal, se confrontarán posiciones, siempre concluyendo con la tendencia ideológica de quien realiza la investigación.

Se apelará a razonamientos tan disímiles como por ejemplo los de Jakobs y Zaffaroni, con el fin de permitir al lector formar su propio criterio sobre el debate propuesto, ubicando al daño en la configuración del delito de acuerdo con esas dos posiciones para conocer si es posible identificarlo en el tema de drogas, sin dejar de lado la Constitución y la jurisprudencia, por lo que no nos referiremos a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas como objeto base de estudio, ya que el análisis no estará enfocado en la ley, sino en las causas u orígenes de su existencia.

Al finalizar encontraremos la parte medular de este trabajo que es el estudio propiamente dicho de las sentencias y su contenido, que han sido medidas tanto de forma cualitativa como cuantitativa; se conocerá el punto de vista de algunos de los jueces autores de las mismas sentencias y las conclusiones que hemos podido obtener de éste estudio crítico sin dejar de lado las sugerencias que serán el producto del análisis y confrontación de las fuentes teóricas con la realidad palpada en el análisis crítico de las sentencias estudiadas.

Los resultados del capítulo final, partieron del estudio de los fallos en materia de drogas, filtrando de ellos únicamente el contenido de las sentencias de delitos de tenencia ilegal de estupefacientes. Cabe indicar que las fechas tienen que ver con el inicio de la investigación que fue desde el año 2010 y se

extendió durante 2 años, razón por la que el universo son las sentencias dictadas durante los años calendario 2009 y 2010, el material se obtuvo de la entonces Fiscalía de Antinarcóticos de la Provincia de El Oro, fiscalía única que durante los años 2010 y 2011 tenía competencia a nivel provincial.

La razón por la que se obtuvo ese universo en la provincia de El Oro se debe a que se trata del lugar de trabajo de la autora y el deseo de tener resultados concretos sobre las ideas que ya flotaban en mi mente antes de la investigación; sin embargo se guarda reserva acerca de los nombres de las personas entrevistadas debido a la relación laboral que mantenía con los entrevistados, ya que en la actualidad muchos de ellos ya no cumplen esas funciones, y porque no autorizaron a que su identidad fuera revelada en éste estudio, además porque no me era posible pedir tal autorización para entrevistarles si les informaba previamente que mi estudio era una crítica directa al contenido de las sentencias elaboradas por ellos mismos.

La entrevista se llevó a cabo bajo la técnica de cuestionario no estructurado, permitiendo al entrevistado que se sienta cómodo al expresar su opinión acerca de las ideas que se le plantearon con cada pregunta, para luego realizar un análisis del discurso.

En cuanto a los casos que se exponen (sentencias) y hasta se transcriben en sus partes pertinentes, fueron escogidos con el objeto de evidenciar puntos emblemáticos con los que se realizaba la confrontación entre las ideas aquí defendidas y la realidad contenida en su redacción, y en otros casos se lo hace porque es posible subsumir su contenido en alguna de las

corrientes críticas que se presentan, los que no necesariamente traslucen el pensamiento de la autora.

Si bien la tesis tiene como idea central el análisis del principio de lesividad, existen datos interesantes que aparecerán en la lectura, tales como la desproporcionalidad entre el acto cometido y la sanción aplicada, por ello fue inevitable reflejar los resultados comparativos entre el peso de la sustancia incautada y la sanción aplicada, de ahí que se hayan tomado como parámetros cantidades determinadas de peso de la droga, tales como menos de 100 gramos y/o más de 1000 gramos.

Elaborado todo este esquema, se establecerán conclusiones apoyadas en los resultados obtenidos y la propuesta central de éste trabajo, la necesaria despenalización de la tenencia y venta de pequeñas cantidades de estupefaciente y una paulatina legalización de la drogas.

CAPITULO I

CUESTIONES GENERALES

Es indiscutible que para adentrarnos en el estudio del delito de tenencia ilegal de drogas se deba partir por entender su concepto, el mismo que no puede estar alejado de la realidad que marca el derecho positivo, bajo el principio de legalidad, o mejor dicho de “estricta legalidad”¹, como lo diría el maestro Luigi Ferrajoli; empero, nos parece interesante resaltar aquí el criterio de Francisco Muñoz Conde, quien hace una reflexión interesante sobre la necesidad de conocer no solo el concepto del derecho positivo, sino también, el concepto material del delito entendiéndolo a éste como el “establecimiento de las características generales que convierten a una conducta en delito”², y de la posterior comparación con aquellas concepciones materiales no jurídicas cuya función de tipo político criminal facilitarán arribar a ese concepto.

No es suficiente entonces que mencionemos el artículo 62 de la ley de drogas entendido férreamente, o asociado férreamente al mandato del Art. 76, numeral 3 de la Constitución de la República, esa es una tarea sumamente fácil, aunque imperativa. A la ley de drogas no se le pueden atribuir

¹Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid, Madrid, editorial Trota, 2001, p. 857 “El principio de mera legalidad se limita en realidad a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición formal de legitimidad; el principio de estricta legalidad exige por el contrario a la propia ley que condicione a determinados contenidos sustanciales la legitimidad del ejercicio de cualquier poder instituido...”.

²Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, editorial B de F, 2001, p. 63 “...no quiere decir que el penalista quede vinculado a un *concepto formal del delito*, sin que pueda indagar cual es el contenido material de ese concepto. La elaboración de un *concepto material de delito* es también una tarea que corresponde al jurista, Claro está que para ello debe partir de lo que considere como delito el derecho penal positivo. Pero, deduciendo de él las características generales que convierten una conducta en delito, podrá llegar a saber, aproximadamente, cual es el concepto material del delito que sirve de base al derecho penal positivo...”

percepciones tan básicas (aunque así son desarrollados en el ámbito procesal) cuando su concepto material nace de una realidad político criminal diferente.

No hacerlo significaría desconocer por ejemplo, por qué las medidas cautelares alternativas a la prisión (Art. 160 C.P.P.) no pueden aplicarse con la misma libertad con que se lo hace en otra clase de delitos de peligro, como por ejemplo en el delito de tenencia ilegal de armas (Art. 162 C.P.).

Si continuamos analizando el criterio de Muñoz Conde en su análisis sobre “nocividad social” veremos que alude a la teoría “del contrato social”³ y tendríamos que auscultar por qué conductas como las mencionadas tienen penas considerablemente distintas cuando el bien jurídico que protegen es de magnitud diferente, si ese es el pacto de los ciudadanos ecuatorianos, también sería necesario ahondar en el bien jurídico que protegen. Efectivamente, mientras el delito de tenencia ilegal de drogas protege el bien jurídico “salud pública” y, está sancionado con pena de reclusión, el delito de tenencia ilegal de armas protege el bien jurídico “vida” y está sancionado con pena de prisión, aun conociendo que en ambos casos se trata de delitos de peligro abstracto (sobre los que hablaremos más adelante) esta paradoja nos lleva al análisis del verdadero origen del concepto material del delito de drogas:

“En este sentido puede decirse que históricamente, cada época y cada sociedad han condicionado un determinado tipo de delitos y que en tanto existan las actuales estructuras económicas y sociales existirá un número más

³Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, editorial B de F, 2001, p. 69, “la teoría del contrato social, según la cual el poder no emanaba de la divinidad, sino del pacto entre los ciudadanos que consentían en limitar sus derechos y su libertad y admitían un poder coactivo superior en tanto sirviera para garantizar la convivencia pacífica, surgió la idea de nocividad social como sustrato del concepto material del delito. El concepto de nocividad social exige algo más que la simple inmoralidad de un hecho para castigarlo como delito”.

o menos grande de <conductas desviadas> que serán castigadas como delitos”⁴

¿Cuál es la realidad a la que obedece nuestra legislación de drogas? Pues se trata de una realidad extrapolada de la famosa “Guerra contra las Drogas” comandada por los gobiernos de los Estados Unidos de Norteamérica, en el que el consumo representa uno de los mercados más fructíferos para la venta de ésta mercancía. Como dato interesante debemos anotar que en los Estados Unidos de América, se consumen aproximadamente un 50% de la droga que se produce a nivel mundial⁵, viene la reflexión entonces de que el concepto material del delito de drogas en el Ecuador tiene raigambre extranjera y que las políticas criminales aplicadas desobedecen la realidad social de nuestro país.

1.1. El Inicio de la Guerra contra las Drogas

Más adelante observaremos que el comportamiento del juzgador evidencia una resistencia a imponer sanciones tan severas, por ello nos parece interesante encontrar la razón para una política tan dura de represión de éstos delitos.

El gran error de la legislación de drogas como bien lo dice Eugenio Raúl Zaffaroni⁶ es que “lo que se trata es de cubrir toda posibilidad con punibilidad” y en ese camino se atropellan disposiciones constitucionales con extrema cotidianidad.

⁴ Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, editorial B de F, 2001, p. 69

⁵ Elías Neuman, *La Legalización de las Drogas*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997, p. 32. Comentario surgido de dos documentos de la embajada estadounidense en Bogotá a los que Diario “El Clarín” de Argentina tuvo acceso y que sirvieron de base para un reconocimiento público de ésta problemática que hiciera el presidente Bill Clinton en mayo de 1997; el segundo de los dos documentos habría aportado datos como de que el 30% de la cosecha mundial de coca es consumido en los estados Unidos.

⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, “La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal Autoritario”, Comp. Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, *Entre el Control Social y los derechos Humanos*, Quito, editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 7.

Por ello, la explicación para una política tan dura de represión se encuentra en la imposición de una política extra-nación, la creación y mantenimiento de la ley de drogas, no obedece a un problema endémico de nuestro país, sino que ha sido extrapolada de un sistema de control (control macro) imperante desde los EEUU, mediante el inevitable uso del sistema penal como forma control ciudadano, en pro del objetivo propio de la guerra yanqui contra las drogas.

Habría que analizar lo siguiente: si en los Estados Unidos de América, se consumen aproximadamente un 50% de la droga que se produce a nivel mundial⁷, éste es un problema, probablemente de salud pública pero para el gobierno estadounidense, más no para el resto de la población mundial, y especialmente sudamericana, cuyo consumo es bajo, a niveles tales que ni siquiera han ameritado un estado de alerta de las autoridades sanitarias.

Frente a ésta oferta impresionante se oponen las circunstancias de pobreza extrema y miseria de los campos

Se calcula que las ganancias que logra un campesino en un año trabajando en una hectárea, con las tres o, a veces, cuatro recolecciones de hojas de coca, le reeditúa más de lo que puede ganar en toda su vida con cualquier otro tipo de cosechas (...) Tras haber gozado de cierto bienestar y acaso amasado una pequeña fortuna, difícilmente se podrá convencer al cultivador, triturador y mezclador de que abandonen el hábito de sus trabajos, o lo diversifiquen a otros productos sin ganancia alguna y de difícil ubicación en el mercado⁸.

⁷ (Elías Neuman, *La Legalización de las Drogas*, 32). "Comentario surgido de dos documentos de la embajada estadounidense en Bogotá a los que Diario 'El Clarín' de Argentina tuvo acceso y que sirvieron de base para un reconocimiento público de ésta problemática que hiciera el presidente Bill Clinton en mayo de 1997; el segundo de los dos documentos habría aportado datos como de que el 30% de la cosecha mundial de coca es consumido en los Estados Unidos"

⁸ (Elías Neuman, *La Legalización de las Drogas*, 23)

El problema no solo ocurre en los campos, en las ciudades grandes y pequeñas se encuentra otro grupo frágil, fácilmente utilizable en el oficio del narcotraficante, siendo Ecuador precisamente uno de los países latinoamericanos donde las inequidades sociales son sumamente marcadas, es sencillo encontrar recurso humano suficiente para ser utilizado en el fructífero negocio, por ello el sistema penal en el Ecuador (pero también en otros países), a través de leyes que criminalizan todo lo relacionado con drogas, hacen un abordaje casi total de las conductas que impliquen relación con drogas, dígase, tenencia, posesión, transporte, siembra, cultivo, procesamiento, venta, corretaje, etc., etc., etc., de esa forma se amplía el número de controlados por el sistema, mientras que quienes obtienen las ganancias exorbitantes, muy rara vez son incorporados al Sistema Penal.

Lo cierto es que el narcotráfico viene siendo uno de los negocios más lucrativos a nivel mundial, que no solo mantienen fuertes las economías de algunos países, sino que permiten la existencia de tanto funcionario como sea necesario: jueces, abogados, fiscales, cuerpos completos de policía especializada, cuyo sistema de vida y trabajo estarían en juego ante una posible legalización de las drogas.

La represión siempre termina en los grupos más débiles: comenzando por los desempleados, madres solteras con varios hijos por mantener, adictos, etc., que se ven apocados ante el monstruo estatal que mantiene a los funcionarios ya mencionados y que demoniza conductas e individuos para mantener el *statu quo*.

Uno de los problemas principales radica en quien consume y quien produce. Si bien los Estados Unidos es quien declara la guerra contra las drogas, es precisamente porque los niveles elevadísimos de consumo están en su territorio, tornándose por tanto, en quienes producen la demanda mayoritaria a nivel mundial; por el contrario, Latinoamérica cuya tierra es fértil para casi cualquier tipo de producción agrícola, se constituye en la oferente del mercado.

Elías Neuman hace una síntesis de las razones de la guerra contra las drogas e indica que Estados Unidos se ha proyectado como el país víctima y a los productores como los victimarios, por lo que se ha elaborado la figura del “latino corruptor”, se han creado cuerpos de investigación especialmente la DEA *Drug Enforcement Administration*, o Agencia de Antinarcóticos y sin embargo todas sus políticas de control no han tenido efectos disuasivos en la población, a ello le agrega: “...Si se conceptúa a la cocaína como mercadería, cabría estudiar qué ocurre con ella cuando deliberadamente escasea o se manipula al Sistema Penal para reprimir su consumo o subir su precio y las fluctuaciones de la oferta y la demanda...”⁹

1.2. Legislación Internacional y Órganos creados a partir de la Política Antidrogas

Las guerras contra las drogas no son una invención del siglo XX, ya desde el siglo XVIII, en que el imperio Británico al necesitar una balanza de comercio con China, quienes les vendían te, porcelana y otros productos, pero que no necesitaban de los productos que producía Gran Bretaña, empezaron

⁹(Elías Neuman, *La Legalización de las Drogas*, 43)

a vender opio a los chinos, provocando adicción a esta sustancia, de manera tal, que la lucha contra el opio por parte del imperio Chino, provocó dos guerras conocidas como las guerras del opio. En 1898 cuando Estados Unidos libra su guerra contra España por lograr el poder en las Filipinas, se enfrenta a la realidad de la adicción de los pobladores emprendiendo una política de prohibición que culminó con la suscripción en La Haya de la Convención Internacional del Opio, en la que participaron otros países como Francia, Italia y la misma Gran Bretaña.

Luego de la Primera Guerra Mundial se crea el Comité Consultivo sobre el Tráfico de Opio y otras Drogas Peligrosas que serviría básicamente para que la Comunidad Internacional tuviese un órgano con el cual ejerciera el control de las drogas, lo siguiente sería ir incluyendo en su control las demás sustancias que fueren consideradas “peligrosas”.

En 1961 se crea la Convención Única sobre Estupefacientes, que fuera enmendada por el Protocolo de 1972, de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, en la cual se imponen las directrices de penalizar la posesión a través de penas de prisión u otras de privación de libertad.¹⁰, como también prevé una suerte de extraterritorialidad de los delitos y de su persecución.

¹⁰ El Art. 36 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes dice: “...A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de ésta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte, puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad...”

En Diciembre de 1988, se suscribe la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, en el que se reconoce la delincuencia organizada generada por las actividades relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes, se busca la sanción no solo de la posesión, sino también de la adquisición del estupefacientes, tal y como lo indica en el Art. 3, numeral 1, literal a, parágrafo iii, de la mentada Convención¹¹.

En marzo de 2001, se crea la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, suscrita en Palermo, Italia, la cual no solo se circunscribe al tema de estupefacientes, sino también la trata de personas, y el tráfico ilícito de migrantes, tráfico de armas, terrorismo y lavado de activos, en lo referido a la participación de grupos delictivos organizados y a su forma de participación en el crimen, represión de la corrupción, protección de testigos, entre otras.

Empleando la figura de un frente de lucha, la guerra contra las drogas fue lanzada por el Presidente Ronald Reagan en 1982¹², comprende toda una serie de políticas que buscan desde la destrucción de los cultivos hasta el castigo de los pequeños comerciantes a los que también se tilda como narcotraficantes; esa política es adoptada por países en vías de desarrollo copiando estereotipos y creando también los nuestros propios,

¹¹Art. 3, numeral 1, parágrafo iii, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, aprobada en Viena-Austria el 19 de Diciembre de 1988 establece que las partes deberán tipificar como delitos, entre otros la “posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica” siempre que tenga como objeto evitar el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de dimensión internacional.

¹²(ElíasNeuman, *La Legalización de las Drogas*, 41). La guerra contra las drogas es una frase que esgrime por primera vez el presidente Richard Nixon por el año 1972; sin embargo es en 1982 en que el presidente Ronald Reagan declara abiertamente la guerra contra las drogas, como un método para combatir el consumo de cocaína que había inundado el mercado estadounidense.

abanderándonos de una lucha que no es nuestra pero que la apoyamos aún con el alto costo social que eso comprende.

1.3. La Aplicación de las Políticas Antidrogas en la Legislación Nacional

La legislación sobre drogas en el Ecuador, en la actualidad se encuentra condensada en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial No. 366 del 30 de Enero de 1990, tiene como antecedentes a las siguientes:

1. La Ley de Control del Opio de 1916;
2. La Ley sobre Importación, Venta y Uso del Opio y sus derivados y de los Preparados de la Morfina y de la Cocaína de 1924;
3. La Ley sobre el Tráfico de Materias Primas, Drogas y Preparados Estupefacientes de 1958;
4. La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes de 1970;
5. La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1974;
6. La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1987; y Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1990, cuya última codificación se

publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 490 del 17 de Diciembre de 2004.¹³

Nuestra Ley de drogas, declara de interés nacional la erradicación de la producción, oferta, uso indebido y tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y plantea como objetivo proteger a la comunidad de los “peligros” que dimanan de éstas actividades¹⁴

Para cumplir ese objetivo, se ha desplegado un entramado que acata las políticas de control, guerra y prohibicionismo que se plantean en el marco de la legislación internacional; esta política represora no solo se evidencia en la aprobación de una legislación de sanción de casi toda conducta, sino en la creación de organizaciones estatales que funcionan a la par con las directrices de cuerpos como la DrugEnforcementAdministration, que tradicionalmente han comandado los operativos antinarcóticos y cuya idiosincrasia ha sido emulada por las agencias policiales del Estado.

Es tal el compromiso de inmersión en ésta guerra, como lo explica Juan Pablo Morales, que se han “*celebrado tratados bilaterales de cooperación en materia de drogas con Estados Unidos, en los cuales incluso se establecía que anualmente se incrementaría la cuota de detenidos y sentenciados por delitos de drogas como una obligación para el Estado ecuatoriano*”¹⁵. Bajo esas políticas, en 1999 se suscribe el Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América

¹³Jorge Vicente Paladines, *La (des)proporcionalidad de la Ley y la Justicia Antidrogas en el Ecuador*, Quito, editorial Defensoría Pública del Ecuador, 2012, pp. 11 y 12. La presente cronología desde los numerales 1 al 6, es copia textual del documento.

¹⁴ Véase artículos 1 y 2 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas vigente.

¹⁵Juan Pablo Morales, “Un Nuevo Esquema Legal para las Drogas”, en *Entre el Control Social y los Derechos Humanos*, Quito, editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 310.

concerniente al Acceso y Uso de los Estados Unidos de América de las Instalaciones de la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para Actividades Aéreas Antinarcoóticos¹⁶.

Dentro de las agencias estatales de lucha contra las drogas se debe empezar por el ente administrativo, que por disposición del Art. 8 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, es el CONSEP, Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, cuya función es el cumplimiento y aplicación de esa ley, tiene a su cargo la administración de bienes, valores y la aplicación de políticas en materia de drogas a través de la elaboración de un Plan Nacional que deberá ser aprobado por el Presidente der la República.¹⁷

Entre los programas desarrollados en el Plan Nacional de Prevención Integral de Drogas 2012-2013¹⁸, se prevé que la Dirección Nacional de Antinarcoóticos, con su propio presupuesto desarrollará el Programa de Coordinación entre Interdicción, Inteligencia y Aplicación de Leyes sobre las Drogas.

Protagonismo fundamental en la lucha contra las drogas en el Ecuador, lo tiene la Policía Antinarcoóticos, organismo que de acuerdo a la Ley de Sustancias Estupefacientes, Art. 102, tiene a su cargo “el control e

¹⁶Este Acuerdo permitió la utilización de la Base Aérea “Eloy Alfaro” de Manta en lo que se conoce como “El Plan Colombia”, programa norteamericano que no solo combate el narcotráfico, sino principalmente, la insurgencia armada en Colombia, y cuyo debate se centraba en la invasión a la soberanía del Ecuador al permitir la existencia de tropas extranjeras en el territorio del país. En 2009 luego de cumplidos los 10 años que establecía el Acuerdo para la ocupación de la Base Aérea, el gobierno del Presidente Rafael Correa se niega a renovarlo, con lo que concluyó esta ocupación.

¹⁷ Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, R. O. S490, de 27 de diciembre de 2004. El Art. 7 de la Ley, establece que es el CONSEP el encargado de elaborar un Plan Nacional.

¹⁸ http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/, visita 01/11/2012. Plan Nacional de Prevención Integral de Drogas 2012-2013, pendiente de aprobación por el Presidente de la República.

investigación de los delitos tipificados en ésta Ley”, pero también la detención de infractores, la entrega vigilada¹⁹ (que no es otra cosa que una forma de encubrir al agente encubierto, recurso al momento inexistente en nuestra legislación, pero ampliamente utilizado en las investigaciones por drogas) de bienes o sustancias sujetos a fiscalización, incautación o aprehensión de sustancias, bienes, valores, entre otros.

La Ley Orgánica de la Policía Nacional²⁰ instituye la Dirección Nacional Antinarcóticos, la cual tiene como función, la planificación, dirección, coordinación y supervisión de las operaciones policiales tendientes a la prevención, investigación y represión de los delitos que se tipifican en la Ley de Drogas, según reza su artículo 57, y esto trasluce lo mencionado en líneas anteriores acerca del protagonismo que se le da a ésta agencia policial, a la que se le asigna facultades que por mandato constitucional pertenecen a otros entes, como por ejemplo a la Fiscalía General del Estado, en lo referente a la investigación y persecución del delito, como lo establece la Constitución de la República en su Art. 195.

La policía antinarcóticos, ejerce una posición de supe vigilancia de los procesos para garantizar el éxito de los operativos policiales, y con ello imponer la sospecha, la misma que es respaldada por los operadores de justicia. Un ejemplo de ello lo podemos observar en el caso Chaparro-Lapo vs Ecuador, de

¹⁹ <http://www.gafisud.info/pdf/DIRECTIVASTEI.documentofinal.pdf>, visita 10/10/2012. La entrega vigilada es una de las Técnicas Especiales de Investigación que propone la GAFISUD (Grupo de Acción Financiera Sudamericana) organismo que funciona con las directrices del Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, Grupo de Acción Financiera Internacional sobre Lavado de Dinero, entre otros, y que ha colocado al Ecuador en la “lista negra” por no cumplir con todas sus disposiciones en cuanto “combatir” el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. A nivel Nacional funciona como UIF Unidad de Investigación Financiera con iguales fines.

²⁰ R. O. No. 368, de 24 de Julio de 1998.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹, en que bajo la sospecha de que en la fábrica Aislantes Plumavit, de propiedad del chileno Juan Carlos Chaparro Álvarez y gerenciada por el ecuatoriano Freddy Hernán Lapo Íñiguez se estaban camuflando narcóticos con destino hacia Estados Unidos, debido a que en un operativo policial denominado “rivera” se habían encontrado unas hieleras de similar fabricación a las de Plumavit que contenían clorhidrato de cocaína y heroína.

La forma en que se desarrolla el nivel de sospecha establecía que si la sustancia no fue camuflada directamente en las máquinas inyectoras de la fábrica, entonces debió ser el lugar en donde se almacenaba, o que si no era así, entonces el señor Chaparro como dueño debía conocer lo que ocurría.

Bajo esos argumentos infundados la jueza tiene la contundencia necesaria y suficiente para ordenar tanto el allanamiento de la fábrica, como la detención del señor Chaparro, más sin embargo, el señor Lapo, es detenido bajo presunta flagrancia, sin que se haya encontrado ningún tipo de estupefaciente, y es detenido el día 15 de noviembre de 1997 avalando la privación arbitraria de libertad con una orden de la Jueza, tres días después de su detención, a ello se suma la presentación de los detenidos ante su juez competente 23 días después de su detención.

La forma en la que se manifiesta el pensamiento policial, que ha derivado en varios procesos por violaciones a los derechos humanos en contra del Ecuador, se hace más contundente en cuanto a drogas se refiere, y dada su formación podemos, sin justificarlos, entender cómo operan,

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador, 2007, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp/pdf, visita 01/11/2010.

Sin embargo existen otros entes que se han dejado contaminar por el *modus operandi* de la agencia policial. Dentro de la organización de los operadores de justicia, juegan un papel importante los Fiscales Antinarcoáticos; en el Reglamento de las Nuevas Unidades de Gestión de Causas, Fiscalías Especializadas conforme los Tipos Penales Asignados a Cada una de Ellas y su Respectiva Numeración, publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 36 del Miércoles 28 de abril 2010, se crean las Fiscalías Especializadas en Delincuencia Organizada Transnacional e Internacional, entre cuyas funciones está la investigación y persecución de los delitos relativos a la Ley de Sustancias estupefacientes y Psicotrópicas.

Esta especie de “súper Fiscalías” cuentan con el apoyo investigativo de agentes policiales especializados, principalmente en materia de drogas, operativos constantes sea policiales e incluso militares, investigaciones de toda índole que rara vez terminan en un operativo que incaute grandes cantidades de estupefacientes, pero que sin embargo cuentan con todo el apoyo logístico necesario.

Por su parte, los juzgadores de primer nivel (jueces garantes) son casi compelidos no solo por el mandato legal²² (no constitucional), de dictar prisión preventiva, sino por la presión de los agentes policiales que acuden a las audiencias de flagrancia, a verificar (supervigilar) que se dicten tales medidas.

²² Los artículos 120 y 122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, disponen expresamente que el Fiscal “deberá” solicitar prisión preventiva luego del inicio de instrucción lo que se ve reforzado en la disposición de que incluso la revocatoria de esa medida cautelar, no surte efecto mientras no sea confirmada por el superior jerárquico.

El operador de justicia es ciego y sordo ante cualquier alegación de la defensa, y sin embargo se da paso a cualquier proposición de la policía antinarcóticos por el temor de la queja o la denuncia.

El comportamiento de los Jueces de Tribunal, será analizado más adelante, por lo que no haré referencia al respecto en éste capítulo.

CAPITULO II

ENFOQUE DOGMÁTICO

2.1 El necesario análisis de antijuridicidad.

La escuela finalista al examinar la antijuridicidad, divide a ésta en formal y material. La primera se encuentra referida a la trasgresión del ordenamiento jurídico o también llamado desvalor de acción y la segunda a la existencia del daño, o desvalor de resultado²³. Desde esa perspectiva, el delito debe, más allá de los elementos normativos y valorativos, pasar por éste filtro de análisis de antijuridicidad que permita ubicar al actor tanto en el conocimiento de que esa conducta le está prohibida, como en la intención de provocar un daño específico.

Su creador si bien fue HanzWelzel, tubo en Von Weber un gran avance al rechazar colocar a lo objetivo en el tipo y lo subjetivo en la culpabilidad, ello marca este desarrollo dogmático, ubicando al deber en la antijuridicidad y al poder en la culpabilidad; así mismo se han desarrollado ideas derivadas de los pensamientos Binding y Merkel, entre otros, que han conducido a éste camino tras el análisis de la antijuridicidad partiendo desde la concepción del derecho subjetivo y objetivo. Es derecho objetivo todo el ordenamiento jurídico positivo que está creado para proteger al derecho subjetivo, y éste último es “el

²³Nodier Agudelo Betancout, *Curso de Derecho Penal*, Santafé de Bogotá, Editora La Constitución Ltda., 1994, p. 86

conocimiento de la personalidad de los individuos y, como consecuencia, de su poder de hacer respetar su persona y bienes”²⁴

Así aparece la división entre antijuridicidad formal y material. La primera se encuentra referida a la vulneración del ordenamiento jurídico o también llamado desvalor de acción, desde esta perspectiva todo acto contrario al orden legal establecido constituye antijuridicidad formal, por tanto, en la Ley de Drogas se estaría alcanzando un cuasi absoluto desorden, puesto que, como ya lo hemos dicho, en la legislación sobre drogas se ha cubierto toda posibilidad, así “*hay tantas especies de antijuridicidad como especies de preceptos jurídicos existen...*”²⁵, por lo que las conductas típicas en materia de drogas desde la perspectiva de la antijuridicidad formal son múltiples y variados: tenencia, posesión, venta, corretaje, transporte, siembra, cultivo, etc.; ahora bien, para desvincular la existencia de la antijuridicidad formal, se puede discutir de causas de justificación, sin embargo ese es un tema que podría ocupar todo un capítulo por lo que no trataremos sobre él.

Para nuestro tema es importante abordar la antijuridicidad material, es decir, aquella referida al daño, o desvalor de resultado²⁶. El delito debe, más allá de los elementos normativos y valorativos, pasar por éste filtro de análisis de antijuridicidad que permita ubicar al actor tanto en el conocimiento de que esa conducta le está prohibida, como en el deseo de causar de un daño específico.

Si bien es sabido que todo aquel que infringe la norma ha cometido un acto contrario al derecho positivo, es necesaria la verificación de la lesión, es decir,

²⁴Ricardo Núñez, “La Antijuridicidad del Hecho”, en *Imputación Objetiva y Antijuridicidad*, corp. Fernando Quiceno Narváez, Bogotá, editorial Jurídica Boliviana, 2002, p.406.

²⁵(Ricardo Núñez, “La Antijuridicidad del Hecho”, en *Imputación...* p. 410).

²⁶ (Nodier Agudelo Betancourt, *Curso de Derecho Penal*, p. 86)

la expresión de un resultado vinculado estrechamente bajo nexo causal al acto injusto que provoca daño a un bien jurídico concreto, palpable.

Es momento de hacer un paréntesis para definir claramente lo que adelante consideraremos como bien jurídico protegido.

2.2. El bien jurídico protegido

Si bien Zaffaroni manifiesta una oposición a la conceptualización del bien jurídico como un mero pretexto para incrementar las conductas punibles, es decir, para crear más delitos, haciendo aparente la idea de que *“si hay un bien jurídico lesionado y si por ello hay delito y se impone pena, quiere decir que la ley penal protege ese bien jurídico”*²⁷, es importante para nuestra tesis que podamos contar con un concepto con el cual manejaremos la idea de bien jurídico.

Visto desde la óptica del funcionalismo no es posible concebir otro bien jurídico que no sea la misma norma, bajo la lupa de una supuesta protección social.

En nuestro caso nos regiremos por el bien jurídico entendido como la *“relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto”*²⁸, claro está que ese objeto sería necesariamente un derecho definido y consagrado en la Constitución y/o en Normas Internacionales de Derechos Humanos.

²⁷Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, editorialEdiar, Segunda Edición, 2006, p. 111.

²⁸(Zaffaroni Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, p. 373).

No está por demás que nos refiramos al concepto de bien jurídico que realiza Francisco Muñoz Conde que apoyado en el pensamiento de Michael Marx, dice:

La necesidad de convivencia (...) supone la protección de esa convivencia, pues solo en ella puede la persona individual autorrealizarse. La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan “bienes” y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el derecho, “bienes jurídicos”. Así pues, bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social”

Antes de continuar con el análisis del bien jurídico, y, retomando la idea de la antijuridicidad material, es necesario acudir a otra definición y es la del daño.

2.3. El daño o lesión

El daño puede existir en forma sustancial o potencial, existe en forma sustancial cuando ha destruido el estado del bien que ha lesionado y es potencial cuando la conducta implica peligro.

Jiménez Huerta manifiesta que *“el daño es eminentemente normativo, esto es, oriundo de una valoración”*²⁹, esa valoración es social, los delitos son por lo general, reflejo de los valores que la sociedad pretende imponer; cabe entonces insinuar que en el Ecuador se está haciendo una valuación del bien jurídico salud, dándole prelación sobre otros bienes jurídicos concretos en lo que debido a la menor pena se presumiría que han sido valuados por la sociedad como bienes de coste inferior; así por ejemplo mientras el delito de tenencia ilegal de estupefacientes está sancionado desde 12 hasta 16 años de reclusión, el provocar una lesión con pérdida de órgano principal (mutilación),

²⁹Mariano Jiménez Huerta, “La Antijuridicidad”, en *Imputación Objetiva y Antijuridicidad*, comp. Fernando Quincero Álvarez, Bogotá, editorial Jurídica Bolivariana, 2002, p. 356.

de acuerdo al Art. 467 del Código Penal, solo amerita pena de prisión entre 2 a 5 años.

Es indudable que no existe proporción o medida razonable entre el delito de resultado que causó la pérdida de un órgano del cuerpo humano, necesario para el desenvolvimiento diario de esa persona, para su trabajo y autoestima, para su salud e integridad física y psicológica; mientras que en el otro caso, aún analizándolo como peligro potencial para la salud (aunque se admitiera que éste peligro potencial exista ciertamente) sus consecuencias no estarán más allá de una resaca o el deseo consciente de una nueva inhalación (salvo casos específicos en que se hayan producido muertes por sobredosis).

Así lo afirma Jorge Paladines, cuando cita datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, en el que señala que las tres primeras causas de muerte de los ecuatorianos son: diabetes mellitus, enfermedades cerebrovasculares y accidentes de transporte terrestre, sin que se destaque alguna cifra referente al uso excesivo de sustancias estupefacientes como causa de muerte³⁰. Hemos revisado los datos del INEC, respecto de las causas de muerte de los ecuatorianos, sin encontrar resultados referentes al uso de estupefacientes, ya que señalan siempre alguna patología específica, luego de ello, en el ítem denominado “causas externas de morbilidad y mortalidad” no se hace referencia alguna a muertes por sobredosis.

Carece de lógica por tanto, que se permita la criminalización de aquellas manifestaciones en las que la misma víctima no siente lesionados sus intereses, además de que, por analogía, si existen otras conductas similares,

³⁰ (Jorge Vicente Paladines, *La (des)proporcionalidad de la Ley y la Justicia Antidroga en el Ecuador*, p. 24).

como es el caso del consumo del tabaco, alcohol, grasas trans, etc.³¹, las que ni siquiera se piensa en la actualidad en que fuera necesario punir, si así fuera cada vendedor de papas fritas se convertiría en el nuevo enemigo para el sistema, por tanto, deberíamos hacer un estudio ponderado de las condiciones que permiten que toda persona que relaciona su conducta con drogas merezca ingresar al sistema penal más que en los otros ejemplos.

Debemos manifestar que no es posible definir el daño desligándonos del concepto que se tiene de bien jurídico, pero así mismo, evidentemente que para el legislador la lesión siempre estará vinculada al bien jurídico, como una forma de tutela, sin embargo, en palabras de Ferrajoli:

...una teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirnos positivamente (...) que una determinada proposición penal es justa en cuanto protege un determinado bien jurídico. Puede ofrecernos únicamente una serie de criterios negativos de deslegitimación –que no son solo la irrelevancia o evanescencia del bien tutelado sino también la desproporción con las penas previstas, la posibilidad de una mejor protección con medios no penales, la inidoneidad de las penas para lograr una tutela eficaz, o, incluso, la ausencia de lesión efectiva a causa del comportamiento prohibido...³²

El criterio que prima en éstos casos es el de determinar si la intervención punitiva es más necesaria que la sanción civil o administrativa, por supuesto que ello requiere el análisis de si la persistencia como delito de la tenencia de drogas que tutela al bien salud, según nuestra legislación (Art. 1 LSEP

³¹ <http://www.fao.org/docrep/v4700s/>, visita 22/02/2012. El consumo excesivo de grasas en la alimentación se ha relacionado con el aumento del riesgo de obesidad, de enfermedades coronarias del corazón, y de ciertos tipos de cáncer. Los mecanismos mediante los cuales se producen estas relaciones son complejos y variados, y, en muchos casos, no se han comprendido claramente. Los niveles elevados de colesterol sérico y de lipoproteínas de baja densidad (LDL) constituyen factores de alto riesgo de aterosclerosis y de enfermedades coronarias del corazón. El grado de riesgo de éstos y otros factores puede variar, entre otros, según: el tipo y nivel de consumo de ácidos grasos, el porcentaje de energía que aporta el total de las grasas, el colesterol presente en los alimentos, los niveles de lipoproteínas, el consumo de antioxidantes y de fibra, los niveles de actividad y el estado de salud. Consulta realizada por la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación) y la OMS a expertos reunidos en Roma en Octubre de 1993.

³²(Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, p. 471)

“proteger a la comunidad de los peligros que dimanen de esas actividades”, y Art. 38 Ley Orgánica de la Salud “problema de salud pública”) puede proteger a los ciudadanos ecuatorianos de los riesgos del consumo de drogas, si además de ello se ha podido identificar a las víctimas, si se han podido cuantificar el número de muertes o enfermos, si estas muertes o enfermedades obedecieron efectivamente al consumo, que incidencia tuvo el tenedor de la sustancia, etc. O en su caso, porqué a ellos también no les ofrece el Estado comprar la sustancia como se ha hecho con el casos de los licores adulterados con metanol, si en ese caso se tiene pleno conocimiento que venderlo significaría cuanto menos ser cómplice de muertes, envenenamientos, cegueras y más.³³

La cuestión es plantear desde todos los ámbitos del derecho filtros suficientemente eficientes que permitan limitar al derecho penal, a solo aquellos delitos que importen real agresión de bienes jurídicos, en ese sentido:

Si el bien jurídico no suministra el criterio de identificación de los marcos de intervención penal, puede, al menos, ofrecer criterios negativos de deslegitimación para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación suficiente³⁴

Si una persona ha sufrido un delito de hurto y luego de la detención del causante, el ofendido decide donar o regalar lo sustraído, desaparece el daño, ya que el daño también es subjetivo, y está relacionado con el interés que tiene la víctima en ese bien. Por supuesto que existen bienes que no pueden

³³ http://www.elcomercio.com/pais/muertes-metanol_0_547145479.html, El Comercio.com, “50 Muertes por Metanol”, Sección Primera, visita 03/09/2011.

³⁴ Juan Terradillos Basoco, en “Una Convivencia Cómplice. En torno a la Construcción Teórica del Denominado <Derecho Penal del Enemigo>” en *Derecho Penal del Enemigo*. El Discurso penal de la Exclusión, Buenos Aires, editorial B de F, 2006, p. 1023.

regalarse, venderse o donarse, en éstos casos inevitablemente debe intervenir el Estado bajo una función no solo sancionatoria, sino también preventiva.

Veamos un ejemplo: En el Hospital Eugenio Espejo de la ciudad de Quito, fallece Susana Méndez víctima de una sobredosis de cocaína, unos días antes Pedro Torres, un vendedor de medicinas que fue despedido de su trabajo y tiene deudas contraídas por la expectativa de una remuneración mensual, es convencido por Juan Cansino, quien le propone llevar dos kilos de cocaína desde la frontera Ecuador-Perú, hasta la ciudad de Quito a cambio de recibir la cantidad de mil dólares por ese trabajo, efectivamente, Pedro acepta, aunque conoce que la cocaína es una sustancia sujeta a fiscalización y que de encontrársele portando esa sustancia será privado de su libertad. En efecto, en un control policial de carretera Pedro fue detenido llevando los dos kilos de droga adherida al forro de su abrigo, por lo que fue procesado y condenado por el delito de tenencia ilegal de estupefacientes.

Si analizamos el caso de Pedro Torres, veremos que el conocimiento que éste tenía de la ilegalidad de su actuar no está en discusión, pues él conocía tanto la existencia de la prohibición como las consecuencias que derivaban de su transporte, sin embargo, lo que Pedro no había conocido, ni planificado, era llevar la cocaína a Susana Méndez para que ésta consumiera hasta morir de una sobredosis, es más, ni siquiera conocía a Susana.

El ejemplo aunque parezca exagerado, es oportuno para la ilustración de la clasificación de antijuridicidad, si bien es posible hablar de un disvalor de acción referido al conocimiento de la existencia de la norma, no es posible endilgar a Pedro la muerte de Susana ya que la conducta de Pedro (deseo de

un resultado final) en realidad no estuvo dirigida a causar la muerte de Susana, sino a solventar la deudas contraídas, Cuando se trata de un injusto doloso Welzel indica que:

lo injusto no se agota en la causación de un resultado (lesión del bien jurídico), desligada de su contenido de la persona del autor, sino que la acción es solo antijurídica como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho objetivo, la actitud en que lo cometió, los deberes que le obligaban a éste respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico³⁵

Por otro lado si se trata de atribuir una infracción al deber objetivo de cuidado, tampoco es posible afirmar que Pedro, culposamente llevó a Susana a inhalar exageradamente hasta morir, ya que esto último era decisión exclusiva de Susana. Respecto del injusto culposo Welzel afirma:

La circunstancia de que el resultado se haya producido, precisamente, como consecuencia de la falta de observancia del cuidado debido, debe ser probada como una probabilidad que linde con la certidumbre; caso contrario se debe absolver (...) Los resultados que quedan fuera de la previsibilidad objetiva del hombre inteligente, no pertenecen al tipo de los delitos culposos³⁶

2.4. Delito de peligro

Otra clasificación importante para el estudio del delito de tenencia ilegal de estupefacientes, es el de los denominados delitos de peligro.

Los delitos de peligro se dividen en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Los primeros son aquellos que están en posibilidad de poner en riesgo real un bien jurídico, es decir de causar un daño real o

³⁵Welzel Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Traducción José Cerezo Mir, Buenos Aires, editorial B de F, 2006, pp. 106-107-108.

³⁶(Welzel Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, pp. 121-122).

potencial inminente a ese bien, un ejemplo de ello lo constituye el conductor que maneja en una zona urbana en estado etílico.

Se requiere de una situación real y potencialmente inminente de lesión de bienes jurídicos, en el caso anteriormente mencionado es, la vida, la integridad física. Roxin extrae de la jurisprudencia alemana dos elementos necesarios para la determinación del peligro concreto “*En primer lugar, ha de existir un objeto de la acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción*”³⁷, por tanto, se trata de actos que efectivamente estén tan cercanos al hecho dañoso que la norma debe prevenir su comisión.

Por otra parte se encuentran los delitos de peligro abstracto, que son de afectación pura de la norma, Cerezo Mir afirma que “ en los delitos de peligro abstracto no se presume ni con una presunción *iuris tantum* ni *iuris et de jure*, la existencia de un peligro para el bien jurídico...”³⁸ por lo que la existencia de estos delitos es únicamente la *ratio legis*, lo cual quiere decir que no repara en la idea de la protección de un bien, sino en la concepción que la sociedad, a través de la imposición de una norma penal define como lesivo o no. Para nuestro criterio, estas figuras rompen el principio de lesividad, porque en ningún momento se pone en riesgo específico y definido el bien jurídico que se protege, además del hecho de que releva a la acusación de la obligación de probar el peligro pues éste está establecido en la ley.

³⁷Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, Madrid, editorialCivitas, 2006, p. 404.

³⁸Cerezo Mir José, “Los delitos de peligro Abstracto”, en *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, editorialRubinzalCulzoni, 2002, p. 741.

Los delitos de drogas se encuentran en el segundo caso, ya que no se puede afirmar que la salud pública, ni aun aceptando su existencia como bien jurídico concreto, básicamente debido a que en ella participa la presunta víctima, ni si siquiera existe la instigación a cometerlo; para Roxin los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se “*se castiga la conducta típicamente peligrosa, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro*”³⁹.

Precisamente hablando del delito de tenencia o posesión de droga, imponer una sanción por un daño no causado violenta la esfera de la lesividad, al respecto Zaffaroni dice: “Para seleccionar a una persona de manera criminalizante debe requerirse, pues, mínimamente, que haya llevado a cabo una acción y que ésta sea efectivamente conflictiva por su lesividad real o potencial...”⁴⁰, cual es el caso de los delitos de peligro concreto donde ciertamente es posible medir las inevitables consecuencias de una acción “peligrosa” y nos referimos por supuesto a aquellos casos en los que ciertamente, la experiencia y el conocimiento humano, nos hacen prever que en esa conducta hay un peligro potencial, tal es el caso de la conducción de un vehículo en zonas urbanas de una persona que se encuentre alcoholizada.

Pero una reflexión muy interesante que surge de este autor es el de la denominada “*universalización hipotética de la conducta*” por la cual efectivamente podría llegarse a la conclusión de que si una persona falleció por el consumo de sustancias, todos podemos fallecer por ello y por tanto, es la salud de todos los habitantes la que se pretende proteger de la ofensa que

³⁹ (Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos ...*, p. 407)

⁴⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las Penas Perdidas*, Buenos Aires, editorial Ediar, 2005, p. 225.

representa el consumo masivo de estupefacientes; pero debemos entonces nuevamente referirnos a la posibilidad de demostrar tal afirmación, la que lógicamente no es posible.

La lógica empleada entonces, es la de infundir la percepción de que ese mal (el de las drogas) es un monstruo al que todos debemos hacerle frente, esta percepción no es vendida diariamente por políticos, medios de comunicación, agentes de policía y más, algunos de ellos convencidos porque lo han interiorizado como cierto, y otros tantos que lo utilizan como una bandera para lucir como paladines de la sociedad, a la que defienden del “miedo” creado por ellos mismos.

*“...vivimos en una sociedad que exige seguridad a cualquier costo, que justifica la abolición de garantías y que empodera al Estado a partir de sus miedos...”*⁴¹. Esta reflexión está basada en el análisis de la denominada “sociedad de riesgo” de UlrichBech, por el cual se entiende como se crean las percepciones, las inseguridades, los miedos, y en base a ello se construye un orden que enfrenta los temores socialmente creados.

Zaffaroni considera que no pueden existir delitos de peligro abstracto ya que éstos representan una anticipación de la ofensa en una situación en donde no la hay, por ello afirma que solo pueden existir *“tipos de lesión y tipos de peligro, y que en éstos últimos, siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real”*⁴²

⁴¹ Paladines Jorge Vicente, “La Sociedad del Riesgo en la Dogmática Penalizadora de las Drogas”, en *Entre el Control Social y los Derechos Humanos*, Quito, editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 18.

⁴² (Eugenio RaúlZaffaroni, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, p. 375)

Por su parte José Cerezo Mir, hace una reflexión interesante acerca de los delitos de peligro, e indica que en los casos en que se pretende expandir las conductas de peligro:

“Se contraponen el principio de precaución al de prevención. Éste parte de la idea de la previsión o de la previsibilidad, con base en las leyes causales conocidas, mientras que el principio de precaución parte de la sospecha de los riesgos graves y previsibles que puede llevar consigo una actividad determinada en supuestos en que se desconocen las leyes causales...”⁴³.

El autor rechaza por tanto, la aplicación del principio de precaución en reemplazo del principio de previsibilidad y manifiesta además, que: “...este solo podría servir para una ampliación de las responsabilidades civiles y administrativas...” porque indica “...la simple sospecha, aunque sea vehemente, no puede servir de base para una responsabilidad penal...”⁴⁴

La realidad de reconocer que al menos es difícil determinar peligrosidad en la conducta de tener o portar estupefacientes, obedece ciertamente al discurso securitista en que se plantea que la sociedad de riesgo⁴⁵ que vivimos nos ha convertido en víctimas potenciales de delitos. Efectivamente, si consultamos con el ciudadano común, este nos dirá que en la actualidad siente amenazada su seguridad tanto en su casa como en las calles, se nos atropella cada día con noticias que arrojan sobre todos la carga de vivir en ambientes de constante peligro; frente a esta percepción muchas veces errada surge la respuesta estatal que busca calmar los ánimos exacerbados con políticas

⁴³ José Cerezo Mir, “Los delitos de peligro Abstracto”, en *Revista de Derecho Penal*, comp. Edgardo Donna y otros, Buenos Aires, editorial RubinzalCulzoni, 2002, p. 735.

⁴⁴ José Cerezo Mir, “Los delitos de peligro Abstracto”, en *Revista de Derecho Penal*, p. 736)

⁴⁵ BechUlrich, “Las Relaciones de Definición como relaciones de dominación”, en *En busca de la Seguridad Perdida*, Barcelona, editorial Paidós, 2008, p. 50.

mediáticas de proteccionismo, y éstas respuestas suelen estar acompañadas de un expansionismo casi siempre incontenible, cuya finalidad es dar respuestas desde el campo penal.

En esos casos el Derecho Penal “*modifica sus funciones, y, con ello, su propia naturaleza, porque se convierte en un derecho penal de la seguridad, orientado preventiva y policialmente*”⁴⁶, y, por tanto, eleva a la categoría de delitos, comportamientos en los que se presume la posibilidad del cometimiento de una infracción. Indiscutiblemente esto permite asociar directamente al individuo como sujeto peligroso, lo que nos lleva al derecho penal de autor con el que no se discute el grado de lesión sino las características del quien delinque, este tema lo clarificaremos en el estudio del pensamiento de Jakobs.

Surgen así esas conductas que por no poder abrazar un bien jurídico concreto se han llamado por algunos autores como “delitos de peligro de peligro”, que se refieren a los delitos de peligro abstracto en los que se pretende anticipar la punición frente a conductas que se presumen peligrosas.

Y ante la percepción de peligro, surge también la necesidad del órgano represor que abraza la bandera de la “protección social”, éste órgano cumple funciones para-jurisdiccionales en función de la prevención de delitos. Así Ferrajoli afirma que un sistema republicano está compuesto por dos subsistemas⁴⁷, el primero es el estrictamente penal que está estrictamente ligado a las garantías constitucionales con una función de represión “*post*

⁴⁶ Aunque la autora también opina que sería necesario un *quatum* de seguridad que si debe ser protegido por el derecho penal de ciudadanos, ver Nuria Pastor Muñoz, “El Hecho: ¿Ocasión o fundamento de la Intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la Criminalización del Peligro de Peligro”, en *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*, Buenos Aires, editorial Edisofer, 2006, p. 530.

⁴⁷ (Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, p. 764)

delictum”, y, el segundo el subsistema de policía y orden público “*con funciones de prevención de los delitos y, más en general, de las perturbaciones del orden público, a través de medidas de defensa social ante o extra delictum aplicadas por vía administrativa a sujetos <peligrosos> o <sospechosos>*”⁴⁸.

Bajo ésta concepción los cuerpos de policía, crean una figura de prevención que envuelve su actuación en una burbuja que les permite estar por encima del sistema constitucional y aplicar medidas represoras, con la apariencia de actuar preventivamente para proteger a la sociedad a través de la represión de los más débiles del sistema.

2.5. Autoría y participación

A diferencia de nuestro Código Penal que separa autores, cómplices y encubridores señalando a los primeros como los que actúan directamente o como instigadores, los determinantes a través de pago o promesa, los que actúan principalmente valiéndose de otros; a los cómplices como los que actúan directa y secundariamente de forma simultánea o anterior; y, a los encubridores que facilitan el aprovechamiento de los efectos del delito cometido; la doctrina penal, separa la autoría de la participación.

Siempre dependiendo del enfoque de cada escuela penal, éstas coinciden en concluir, de acuerdo con la tesis de Roxin, que autor es aquel que detenta el dominio del hecho, ésta tesis engloba una discusión en cuanto a los delitos culposos en los que se puede concluir que el autor no ha podido mentalizar el resultado pero que su participación en él radica en la inevitabilidad.

⁴⁸ (Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, pp. 764-765)

Es indiscutible para muchos autores, que el dominio del hecho con referencia al autor directo (aquel que comete directamente, sin intermediarios y desea la realización del resultado) no reviste complejidad y no es tan difícil de demostrar. La dificultad más bien tiene que ver en demostrar una autoría mediata bajo el presupuesto del dominio funcional del hecho, y es que en esos casos quien ejecuta el acto, lo hace en legítima defensa, estado de necesidad, error de prohibición o cualquier otro exculpante, más el autor mediato será siempre aquel que controla el curso causal aunque no actúe por mano propia.

Con respecto a las teorías de determinación de la autoría, existiendo teorías unitarias y teorías diferenciadoras, anotamos a las teorías unitarias que son aquellas que no se ocupan de diferenciar los grados de participación, sino que consideran autor a todo aquel que coopera en el hecho, sin importancia de tiempo, ni dominio del mismo, castigando por igual, por ejemplo, al que ejecuta como a quien coopera en el acto de forma secundaria.

La tesis de Roxin, acerca del dominio del hecho es una teoría diferenciadora, que es resumida por Donna, en lo siguiente:

...se puede afirmar que el dominio del hecho, en éste caso, se manifiesta en el dominio de la propia acción típica, que no se pierde ni por la coacción, ni por las circunstancias que excluyen la culpabilidad, ni en los casos de instrumentalización de un tercero, ya sea por coacción, error, o incapacidad de culpabilidad, y aún en los casos de aparatos de poder...⁴⁹

Uno de los principales problemas en materia de drogas es, que para señalar los grados de participación únicamente se han tomado la mayoría de verbos rectores posibles con la finalidad de punirlo todo, pero en ningún

⁴⁹ Edgardo Alberto Donna, *La Autoría y la Participación*, Segunda Edición, Buenos Aires, editorialRubinzalCulzoni, 2002, p. 35.

momento se ha pensado en los criterios de participación que como bien lo dice Donna son “categorías previas al legislador”⁵⁰ por ello afirma: “Conceptos como autoría, autoría mediata, coautoría, inducción y complicidad han sido acuñados de antemano por la naturaleza de las cosas y de ahí que jurídicamente deban conservar un contenido que se corresponda con su comprensión natural”

Nuestra ley sobre drogas contempla los criterios de participación desde una teoría unitaria de autor, enfoque desde el cual no es necesario diferenciar los grados de participación, simplemente se castiga a todo aquel que interviene en el camino desde la siembra, producción hasta el consumo (aclaramos que si bien el consumo no se encuentra penalizado en nuestra ley, el hecho de que no se hayan establecido cantidades mínimas de consumo, hacen que un tenedor para consumo pueda también considerarse delincuente).

2.5.1 Autoría y Participación en la Criminalidad Organizada.

Entonces el punto en discusión es con respecto a la forma en que se concibe la autoría y la participación en los aparatos organizados de poder, sobre el tema Roxin hace un análisis importante acerca del “hombre de atrás” es decir, el autor mediato; a través de ésta teoría ha sido posible subsumir en la conducta punible a aquellos que sin estar presentes actuando de forma directa en el acto, lo han condicionado a tal punto que sin ellos simplemente el delito no se habría cometido, y esto debido a que quien lo ejecuta estaba condicionado por las circunstancias que marcan los autores mediatos y por el grado de poder de la organización criminal.

⁵⁰(Edgardo Alberto Donna, *La Autoría y la Participación*, p. 11)

Así es como se distingue entre coautores de los autores mediatos, en el primero de los casos el coautor siempre ejecutará actos directos, intervendrá en la planificación, en definitiva cumplirá una función principal, aunque no necesariamente esté presente, la diferencia básica con la autoría mediata radica no en la necesidad de la presencia o no del sujeto en el momento de la ejecución, sino en el concierto de voluntades para cometer un delito; mientras que el autor mediato condiciona la ejecución del mismo.

En tanto mayor poder, organización jerárquica, fuerza o contundencia tenga la organización criminal, mayor será también el grado de responsabilidad de quienes se encuentran al mando, usualmente el autor mediato en tanto más distancia mantenga con el acto que preparó menos dominio tiene del hecho, mientras que en ésta clase de organizaciones ocurre a la inversa, mientras más alejado se está del hecho, mayor poder se tiene porque se condicionan las políticas de manejo de la organización y de sus actos.⁵¹

...se puede ver al aparato organizado de poder como verdadero instrumento del hecho compuesto por un gran número de personas que, gracias a la forma estructurada de actuar garantiza la producción del resultado con tan alto grado de probabilidad que se puede hablar de un dominio del resultado a través del hombre de atrás, independientemente de la diferente situación individual que pueda tener cada uno de los actores⁵²

Para nuestro estudio es mucho más explicativa la clasificación que de forma resumida hace Kai Ambos, referida por supuesto, al dominio del hecho dentro de la criminalidad organizada de Roxin, éste indica lo siguiente:

La discusión tradicional entre autoría y participación es reemplazada por tres niveles de participación: el primer nivel, mas elevado, está compuesto por los autores

⁵¹ Así lo expone Zaffaroni por la cercanía en que se encuentra el determinador de los órganos ejecutivos de poder ver Eugenio Raul Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, p. 615.

⁵² Claus Roxin, *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, traducción Manuel Avanto Vásquez, Lima, editorial Grijley, 2007, p. 522.

que planifican y organizan los sucesos criminales, esto es los que como *autores por mando* (...) pertenecen al estrecho círculo de conducción de la organización; en el segundo nivel, encontramos a los autores de la jerarquía intermedia, que ejecutan alguna forma de control sobre una parte de la organización y a éstos puede designárseles como *autores por organización* (...); finalmente en el más bajo nivel, el tercero, están los *meros autores ejecutivos* (...) que aparecen solo como auxiliares de la empresa criminal global.⁵³

Bajo la certeza de la fungibilidad del sujeto que se encuentra en éste tercer nivel, se puede entender cómo funcional la criminalidad en el narcotráfico, siendo el productor y comercializador a “gran escala” rotulado como “el narco” “el narcotraficante” “el capo”, entre otras, y su organización completa “cartel” compuesto por una serie de mandos medios, quienes controlan el curso de la producción, incluso desde la siembra ya que son quienes compran el producto a un precio favorable para el campesino; así se produce, transporta y expende; solo que para llegar hasta el consumidor ya no es necesario que el vendedor minoritario sea partícipe de la organización, éste es un trabajo que puede hacerlo cualquiera.

Roxin explica que hay una cierta adaptación, por tanto “...*hay una participación de miembros, que en su fuero interno más bien están en contra, pero que piensan resignadamente: <Si no lo hago yo, otro lo va a hacer de todos modos>*”⁵⁴ y esto sin tomar en cuenta la serie de participaciones que puedan existir por coacción, temor, y en el caso más común en la criminalidad por drogas -especialmente en la tenencia- por necesidad y/o adicción, evidencia cierta de la fungibilidad del sujeto que se encuentra en la punta de

⁵³ Kai Ambos, “Dominio del Hecho por Organización”, en *Seminario Internacional. Retos de la Judicialización en el Proceso de Verdad, Justicia, Reparación y Reconciliación*, Lima, editorial Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2003, p. 232.

⁵⁴ (Claus Roxin, *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, p. 531)

ésta cadena, lo cierto es que no importa si Juan vende o no, ya que si Juan no quiere hacerlo, hay una lista interminable de personas que buscarán hacerlo.

El resultado será siempre el mismo, quienes resultan prisionizados casi en forma general, son aquellos que venden a pequeña escala o quienes consumen, por el mero hecho de portar el estupefaciente, los que son los menos favorecidos económicamente ya que las ganancias exorbitantes del negocio del narcotráfico no se distribuyen a éste nivel.

Un Fiscal de Antinarcóticos, con quien tuve la oportunidad de conversar durante ésta investigación, me comentaba convencido de que las personas que se dedican a la venta de droga son un lumpen social, que: *“en los allanamientos que realizan lo sorprendente es que a pesar de que estas personas se dedican frecuentemente a vender droga, sus condiciones de vida son paupérrimas, viven en situación de pobreza, entonces no entiendo porqué continúan haciéndolo?”*⁵⁵, lo paradójico del caso es que es precisamente en esos allanamientos en los que por encontrarse pequeñas cantidades de estupefacientes se detiene a las personas, con las consecuencias jurídicas de las que ya hemos hablado.

Así es como, los consumidores, necesitados, desempleados y más, se convierten en meros instrumentos de las organizaciones narco-delictivas (autor mediato), sin que su colaboración sea principal o directa, por tanto no puede hablarse de autoría sino de participación, en esas circunstancias tendría que

⁵⁵ Se trata de un funcionario de la Fiscalía Especializada en Delincuencia Organizada Transnacional e Internacional, en la provincia de El Oro, la presente cita fue tomada de una conversación que mantuve con él y que no observó el rigor de una entrevista como técnica de investigación, pero que sin embargo me pareció importante de resaltar debido a su pertinencia en ésta parte de la redacción.

de inmediato revisarse lo desproporcionado de la pena, pero también la falta de análisis de causas de justificación, como por ejemplo el estado de necesidad.

Siendo la parte general del Código Penal Ecuatoriano, de obligatorio cumplimiento en el juzgamiento de toda clase de delitos, aún los de leyes especiales, debe tenerse presente que desde la redacción de los tipos penales de drogas, el juzgador no analiza la parte general, en relación al grado de autoría o participación del tenedor, ya que como hemos explicado, el juzgador únicamente subsume hechos y aplica leyes, esto lo podemos observar por ejemplo en la sentencia No. 52-PTGPEO-12/072010, en el momento de aludir a la autoría se hace la siguiente afirmación *“Sujeto activo o autor del hecho según el tipo penal no es calificado, por lo que puede ser sujeto activo, de este delito cualquier persona y, en el presente caso es la procesada NN, persona natural como cualquier ciudadano no califica en razón de cargo, función o filiación”*, y dentro del elemento valorativo destaca los siguiente: *“...para el presente caso se constituye en el consentimiento de tal tenencia, o posesión, lo cual puede ser expreso o tácito deducible de una o más circunstancias...”* frente a esto solo podemos inferir una gran interrogante, y posteriormente asegura que el Fiscal aportó prueba de que: *“la hoy procesada tenía en su bolso de mano que tenía en su poder 1137.2 gramos de droga en peso neto el día que la capturaron..”* sin otro análisis adicional sobre la participación, por lo que podemos concluir que éstos Juzgadores no han realizado una reflexión sobre la autoría y participación, sino que nuevamente subsumen conductas en la letra fría de la ley sin otro análisis al respecto.

Si volvemos al ejemplo citado para este estudio se podría decir que si bien Susana falleció debido al consumo excesivo de cocaína, Pedro no participó en la decisión de Susana, por lo que al no tener el dominio de ésta situación, no podría ser considerado autor, Donna afirma:

El dominio del hecho, en sí, constituye un elemento del tipo objetivo. Por ello, subjetivamente, además, es necesario que el autor tenga dolo de autor, esto es, la voluntad del dominio fáctico del hecho. Quien actúa y no sabe que tiene el dominio del hecho no es autor en éste sentido⁵⁶

En un tipo lesionador de bienes jurídicos, es mucho más perceptible la relación de dominio del hecho con respecto al tipo penal, así, quien mata por celos, por ejemplo, ha decidido que quiere quitar la vida de su pareja y se ha valido de los medios posibles para ejecutar el acto, por lo que su autoría es clara, mientras que quien le proporciona el arma con conocimiento de su intención es un cooperador o partícipe.

La diferencia de quien transporta la droga (sobre todo en pequeñas cantidades), es que éste no pudo, de ninguna manera, idear, ni manejar las conductas de los consumidores, e imbuirle la responsabilidad por ello, es un retroceso hacia el análisis de los cursos causales, desde los cuales se podría regresar hasta la semilla pues todos tendrían la participación directa en la muerte de un consumidor, ésta manifestación tiene relación con la teoría subjetiva sobre autoría, tal y como lo define nuestro Código Penal:

Art. 42.- Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables,

⁵⁶(Edgardo Alberto Donna, *La Autoría y la Participación*, p. 34)

mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.⁵⁷

Este concepto de autoría en nuestro anacrónico Código Penal, sobre el cual el juzgador establece los grados de autoría, complicidad y encubrimiento.

Se parte de la teoría causal de la condición y, en base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice: ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y una condición no es posible distinguirla de otra condición. El razonamiento a que entonces se acude es éste: la ley positiva distingue entre autor y cómplice; las actividades de autor y cómplice no se distinguen objetivamente; luego la distinción ha de hallarse en el terreno subjetivo...⁵⁸

Habría que hurgar si la figura de tenencia de drogas se identifica como una teoría objetiva o subjetiva.

La autoría mediata, como ya lo hemos dicho, comprende aquellos actos en los que el autor no ejecuta el hecho de propia mano, es quien se vale de otro para que cometa el delito, pero sin embargo domina la voluntad de ese otro, por lo que en forma general el dominio del hecho lo continúa manteniendo el autor mediato.

Si nos detenemos a revisar desde la perspectiva de la autoría mediata, aunque no en todos los casos (por eso hacemos énfasis en que el Juez siempre debe analizar casos concretos) el tenedor, por ejemplo, el toxicómano que vende para solventar su propio consumo, o la madre soltera que vende para alimentar a sus hijos, no detentan el dominio del hecho, son simples instrumentos utilizables y hasta fungibles, de que se aprovechan los grandes traficantes de droga para hacer productiva la fabricación y comercialización, mas no un delito independiente, tómese en cuenta que la actuación del tenedor

⁵⁷ Código Penal Ecuatoriano, Registro Oficial Suplemento No. 147- 22/01/1971

⁵⁸(Edgardo Alberto Donna, *La Autoría y la Participación*, p. 18)

viene condicionada por la conducta del narcotraficante, y que sin ésta el acto de tenencia no podría existir, por lo que tampoco existe el dominio del hecho, para explicarlo mejor, es necesario citar los 3 criterios clave sobre el dominio en los aparatos organizados de poder que esgrime Claus Roxin:

1. El primero es la existencia del dominio de la organización que funcione de forma vertical, por ello afirma que *“el dominio sobre la realización típica es intermediado no a través de una sola persona aislada, sino a través de una forma de funcionamiento de todo un aparato”*⁵⁹, este funcionamiento permite la seguridad del “hombre de atrás” de la garantía del resultado final.
2. El segundo se refiere al carácter fungible del ejecutor: *“la seguridad del resultado aumenta enormemente por el hecho de que la organización cuenta con muchos esbirros dispuestos y que, entonces, la ausencia de uno de ellos –por cualquier causa, no puede peligrar la ejecución de la orden”*⁶⁰, comprensible desde las reflexiones anteriormente realizadas, como ejemplo puede decirse que cuando el Jefe de una organización mafiosa, ha dado la orden de matar a alguien, si el autor directo se niega por las razones que sean a ejecutar la orden, esto no implica que la orden no será ejecutada, más allá de la sanción que reciba quien desistió de dar cumplimiento (que en muchos casos es la muerte); y,
3. El apartamiento del derecho de la organización criminal

⁵⁹ (Claus Roxin, *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, p. 524)

⁶⁰ (Claus Roxin, *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, p. 524)

CAPITULO III

EL BIEN JURÍDICO LESIONADO, DESDE DOS PERSPECTIVAS

OPUESTAS

3.1. El funcionalismo de Jakobs, y su concepción de bien jurídico y daño.

Para el funcionalismo de Jakobs, poco o nada interesa la lesión como manifestación de la materialización del daño en contra de la víctima, su teoría no permite analizar casos concretos, puesto que el daño no está referido a una persona o grupo específico, sino a la sociedad, la normas son creadas para el mantenimiento de esa sociedad, por tanto, atacar la norma que fue creada para el mantenimiento del orden, es atacar a la sociedad misma; es por ello que la preocupación no está centrada en el individuo (ni sujeto activo, ni pasivo), sino en el ataque a la vigencia de la norma.

“No emprendas nada que en el esquema de interpretación signifique lesionar”⁶¹, por supuesto, siempre y cuando esa lesión se produce de manera inculpable y evitable, es decir que el sujeto infractor no tuvo una circunstancia de excusa, imputabilidad, etc. Esta interpretación se basa en que el sujeto infractor decide que la norma no es suficientemente válida para él, la rechaza y por tanto la violenta, esto no solo que le permite actuar de un modo determinado, sino que lo convierte en un sujeto peligroso para la convivencia social al haber asumido un riesgo que no está permitido y no evitar su conducta pudiendo hacerlo.

⁶¹GünterJakobs, “el Concepto Jurídico Penal de Acción”, Traducción de Manuel Cancio Meliá, en *Nuevo Concepto de Derecho Penal*, Madrid, editorial Universidad Autónoma de Madrid, 2008, pp. 100-101.

Surge aquí el conocido derecho penal del enemigo

“El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el derecho penal pasa a ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros, a ser una reacción contra un enemigo”⁶²

Esta tesis de la defensa social permite también abordar (como lo haremos más adelante) en medidas preventivas en contra de quien pretende infringir el orden normativo, es decir, la vigencia de leyes que consagran delitos de peligro.

Creemos que la falencia de la propuesta de Jakobs está precisamente anclada en la violación del desarrollo libre de las posibilidades de un ser humano, y en el hecho de que no castiga al acto en sí, sino a la persona, ya que ésta clase de delitos (los de tenencia de drogas) en su porcentaje mayoritario, los cometen personas que se encuentran en grupos poblacionales vulnerables.

Para ejemplificar diremos que *“el porcentaje de mujeres presas en la región oscila entre el 3 y el 12%. El mayor número de ellas lo está por delitos relacionados con drogas ilegales, muchas por tráfico internacional en pequeña escala, labor de las llamadas mulas”*⁶³, no hay que restar demasiado en el número de varones que pueblan las cárceles en Latinoamérica; personas que por lo general no cuentan con los recursos económicos suficientes para afrontar su defensa, esta conclusión surge de una entrevista mantenida con

⁶² Günter Jakobs, “La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente”, en *Nuevo Concepto de Derecho Penal*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2008, p. 168.

⁶³ Elías Carranza y otros, *Cárcel y Justicia penal en América Latina y El Caribe*, México, Editorial Siglo XXI, 2009, p. 85.

Jueces de la localidad⁶⁴, en la que se nos informa por ejemplo, como en los casos de tenencia de drogas a pequeña escala muchos de los procesados no cuentan con abogados defensores particulares sino que son patrocinados por los defensores públicos, con lo que se evidencia que los recursos económicos percibidos con motivo de la venta a éste nivel no resulta ser un negocio tan lucrativo como se podría especular.

A ello podrían sumarse otras variables como corrupción en los operadores de justicia y agentes investigadores, pero ese sería un nuevo tema a tratar y de difícil demostración a nivel cuantitativo, debido a que estos casos muy rara vez se judicializan.

En una sociedad tan inequitativa, donde la balanza de la justicia recarga su peso groseramente sobre los menos poseídos, es muy difícil concordar con un sistema tan excluyente.

Por supuesto que su teoría -la de Jakobs- podría tener más sentido si nuestra sociedad obedeciera a una realidad diferente como la europea donde solamente para ejemplificar Luxemburgo posee un ingreso *per cápita* de USD 106.958 según las cifras publicadas por el Fondo Monetario Internacional estimado al año 2012 mientras que en el Ecuador el ingreso *per cápita* es de USD 4.760; otro ejemplo puede citarse de acuerdo con la medida del Coeficiente de Gini en que Alemania aparece con un 0,290 mientras que Ecuador con un 0,473⁶⁵, los medidores referidos a la distribución de la riqueza

⁶⁴ Entrevista realizada el día 15/09/2011, a dos jueces de tribunales de garantías penales, las preguntas planteadas se pueden observar en el anexo 3 de éste trabajo.

⁶⁵El ingreso *per capita* lo constituye el producto interno bruto dividido entre los habitantes de un país, el Coeficiente de Gini es una medida de la desigualdad en los ingresos dentro de un país.<http://www.es.wikipedia.org/> visita 15/06/2013.

permiten hacer una lectura del nivel de las estructuras sociales dan distintos si comparamos las sociedades europeas con las latinoamericanas y especialmente la ecuatoriana, por ésta razón los criterios con que se crean y aplican políticas criminales no pueden estar puramente concebidos desde ésta propuesta por muy coherente que se presente.

3.2. El análisis de lesividad de Ferrajoli

El problema principal del delito de drogas es que se recurre con frecuencia a criterios poco objetivos por parte de los mismos juzgadores, y se liga con demasiada facilidad criterios morales demonizando con ellos las conductas relacionadas; acercándonos al pensamiento de Ferrajoli, veremos que éste opina que existen dos esferas valorativas desde las cuales se puede criticar las normas penales, tanto desde el moralismo jurídico, como desde el moralismo ético: *“...es precisamente la separación entre derecho y moral la que impone el deber de justificar las prohibiciones y también los castigos, y por otra permite hablar de una ética de la legislación...”*⁶⁶

Nos parece interesante esta cuestión, pese a que el estudio que nos atañe está enfocado a las decisiones judiciales, sin embargo, si tomamos en consideración que el condicionamiento de la pena ha sido avalado únicamente por el legislador, nos surge la inquietud acerca de si estas resoluciones judiciales han sido prefabricadas por el mismo legislador, analizaremos esto más adelante, cuando nos refiramos a la argumentación de las sentencias.

De los diez axiomas del garantismo penal que emplea Luigi Ferrajoli es importante para nuestro tema el número cuarto *“Nullanecessitas sine iniuria”* es

⁶⁶ (Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, p. 460)

decir, el que establece el principio de lesividad, por el cual se instituye la no necesidad de la aplicación de una pena, si no hay de por medio una ofensa, y esta ofensa está referida a bienes jurídicos.

Ferrajoli considera que hablar de lesión, daño o bien jurídico son términos valorativos que buscan avalar la justificación de su tutela y que el valor que se asocia a ese bien para ser penal:

...debe ser superior al que se atribuye a los bienes ajenos a las penas (...) Bajo este aspecto, al menos desde una óptica utilitarista, la cuestión del bien jurídico lesionado por el delito no es distinta a la de los fines del derecho penal: se trata de la esencia misma del problema de la justificación del derecho penal, considerada no ya desde los costes de la pena, sino de los beneficios cuyo logro se pretende⁶⁷

Frente al rechazo social que implica no solo el consumo, sino también la venta o tenencia de drogas, sería importante destacar que Ferrajoli pone énfasis en dos principios para el análisis de lesividad⁶⁸. El primero desde la utilidad penal, las normas penales solo pueden referirse a acciones reprobables por efectos lesivos a terceros; y, el segundo es el principio axiológico que plantea la separación entre derecho y moral, por el cual no es posible punir aquellos actos simplemente ofensivos o peligrosos y dado que el sistema penal es violatorio del derecho de libertad, se debería mantener tolerancia ante aquellos actos que por mucha repulsa social que provoquen, no afectan el derecho de terceros.

Además, habría que analizar si efectivamente la tenencia, o incluso la venta de drogas al menudeo representa un rechazo social o aprehendido, ya que cuando se hacen análisis sobre la necesidad de la pena, por lo general se hace

⁶⁷ (Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, p. 467)

⁶⁸ (Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, pp. 464-465)

énfasis siempre en el ofendido, buscando en ella la evitación de la venganza privada o la protección del bien jurídico, pero en el caso de drogas el ofendido no aparece, tanto porque no es posible particularizarlo, como por el hecho de que si fuera así, probablemente éste estaría mucho más agradecido, que iracundo respecto de su proveedor, de igual manera que lo está el ebrio que busca licor en la madrugada con relación al vendedor de licor del puesto de la esquina.

Ferrajoli, citando a Hobbes, manifiesta que *“La leyes no tienen como finalidad impedir que el pueblo realice acciones voluntarias, sino dirigir y controlar éstas de tal manera que los súbditos no se dañen mutuamente”*⁶⁹. Esta afirmación nos lleva a un enfoque interesante, que es a la determinación de la necesidad del análisis de lesividad en virtud del desarrollo máximo del derecho a la libertad desde todos sus ámbitos.

Por ello, se plantea que el bien jurídico con el que se justifica la pena, debe tener mayor coste que el de aquel bien que se trata de proteger; bajo la función preventiva del derecho penal debe dirigirse a impedir conductas que pongan en peligro concreto bienes jurídicos considerando a éstos aquellos que están designados como derechos fundamentales; deben ser idóneas para la protección del bien y deben además, ser concomitantes a la aplicación de políticas públicas de protección de ese bien que se pretende cautelar.

Es precisamente una de las fundamentaciones de ésta tesis, el de proponer el reconocimiento de que el ataque concreto no puede denotarse, pues como

⁶⁹ (Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, p. 465)

se verá en el estudio de campo, la conducta que se persigue tiene su inicio y fin en la disposición del Art. 62 de la Ley de Drogas

Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control⁷⁰

Mientras que el Art. 66 numeral 5 de la Constitución de la República garantiza “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”

⁷⁰Art. 62 Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Registro Oficial Suplemento 490 de 27 de Diciembre del 2004

CAPITULO IV

LAS DECISIONES JUDICALES

4.1. El Principio de Lesividad desde el Derecho Penal y el Derecho Constitucional.

Nuestra Constitución de la República en el Art. 66 numeral 5 plantea “*El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás*”, aquí radica el principio de lesividad en su más amplio sentido.

Bajo el principio de lesividad se cristaliza el derecho de libertad, la Constitución garantiza que los ciudadanos de este país puedan conducirse desarrollarse, desenvolverse, pensar, opinar y expresar en todo sentido su personalidad, siempre que no se contravenga el derecho ajeno; precisamente el derecho en forma general, y el derecho penal de forma específica, aparece como el medio útil y necesario (principio de necesidad), para, ejercer una función preventiva ante la amenaza de estas libertades.

Te es permitido hacer lo que desees, siempre que no dañes a nadie, bajo éste precepto, la normativa a desarrollarse deberá adecuarse al presupuesto de una convivencia pacífica y del respeto por la vida, la libertad, la integridad, etc.

Pero el derecho penal, siendo el límite al poder del Estado sobre sus ciudadanos, debe adecuar sus presupuestos de tal manera, que solo sea aplicable como remedio extremo.

El principio que establece que el Derecho Penal es de ultima ratio, y que en nuestra Constitución se encuentra inscrito en el Art. 195 de la Constitución referido a que "...la Fiscalía ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal...", y en el Código de Procedimiento Penal en el artículo innumerado cuarto a partir del Art. 5, entiende que efectivamente el principio de subsidiariedad debe ser el que imponga al derecho penal actuar solo cuando no exista otro recurso en el sistema.

La legislación penal debe dirigirse a reconocer primariamente principios de ésta naturaleza, claro está que no puede esperarse que ello ocurra mientras se mantiene vigente (aunque en muchos casos no aplicable) un código penal anacrónico.

Se resolvería fácilmente la cuestión si los jueces innovaran en posturas constitucionales, cabe indicar que la Constitución de 2008, si bien dispuso a los jueces la sujeción a ésta privilegiándola sobre la ley (Art. 172 C.R.E.), no pudo inaugurar por gracia divina, la fundamentación constitucional de las resoluciones judiciales.

4.2 Jurisprudencia Internacional

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C- 221-05/051994, manifestó que: "Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad,

pero fijándose como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: usted es libre para elegir, pero solo para elegir lo bueno, y lo que es bueno se lo dice el Estado”⁷¹, éste es el criterio que ha primado para despenalizar éste tipo de conductas.

Pero, no solo en Colombia se han hecho ésta clase de análisis, en la Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 25 de Agosto de 2009⁷² en un fallo fundamentado en un precedente jurisprudencial (Fallo de Bazterrica) declaró la inconstitucionalidad del artículo que penalizaba la tenencia de drogas para consumo personal; (función que en nuestro país la tiene la Corte Constitucional, por mandato del Art. 429 de la CRE) en éste fallo denominado Fallo Arriola, se hacen análisis interesantes sobre el derecho de libertad que establece el Art. 19 de la Constitución argentina, e indican, que criminalizar conductas que no afectan el derecho de terceros es violentar la esfera de protección del referido artículo y por ello, afirman, el Congreso se ha excedido en la facultades que le otorga la Constitución. También manifiestan que pese a que la Argentina (y el Ecuador también) se encuentra adscrita a convenios internacionales en materia de drogas y que el artículo 31, inc. 21, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; artículo 22 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1917; artículos 35 y 36 de la Convención

⁷¹ Corte Constitucional de Colombia, juez ponente Carlos Gaviria Díaz, sentencia C221-1994, Bogotá, 1994, <http://www.estudiosconstitucionales.com>, visita 29/10/2010, sentencia por la cual se despenalizó el consumo de drogas en ese país.

⁷² Corte Suprema de la Nación, Cámara Nacional de Casación, Sala I, sentencia No. 9080, Buenos Aires, 2009, <http://www.megaupload.com/>, visita 29/10/2010. Sentencia en la que la declaró la inconstitucionalidad del Art. 14 de la Ley de drogas argentina, que penaba la tenencia de drogas para consumo personal por su incompatibilidad con el Art. 19 de la Constitución, esto es “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”

única de 1961 sobre Estupefacientes, no comprometen al estado a penalizar el consumo para uso personal.

Claro está, que no existe aún la suficiente valentía para declarar la inconstitucionalidad de la mera tenencia de drogas, por su no invasión en el derecho de terceros, ello obedece, a una difícil posición para el Juez latinoamericano, de sentar precedentes jurisprudenciales que despenalicen conductas que no están pensadas técnicamente, sino trazadas bajo políticas de Estado.

Y estas políticas han creado un procedimiento especial cuando de drogas se trata, un claro ejemplo de lo manifestado lo encontramos en el “Caso Tibi vs Ecuador”⁷³.

La Comisión Interamericana llevó el caso contra Ecuador, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 25 de junio de 2003, por la detención ilegal, torturas y proceso arbitrario en contra del ciudadano francés Daniel Tibi, quien fuera detenido en la ciudad de Quito en Septiembre de 1995 y sometido a un proceso lleno de irregularidades en el marco de la legislación antidrogas.

Si bien fueron múltiples la violaciones a los derechos del señor Tibi, para nuestra investigación señalaremos los puntos concernientes al tema del proceso; así el caso en mención hace alusión a la transgresión del principio de presunción de inocencia en los casos en que se juzga por delitos relativos a la

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi vs Ecuador, 2004, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp/pdf, visita 30/10/2010, sentencia dictada el 07 de septiembre de 2004, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró al Estado como responsable de las múltiples violaciones a los derechos establecidos en la Convención en contra de Daniel Tibi. Este caso es mejor conocido como “el caso Tibi”.

ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en general la violación de las garantías judiciales traducido en procesos sin sentencia, exagerado número de presos por drogas, un proceso paralelo al de la justicia penal ordinaria con caracteres diferentes en materia de drogas que obligaba incluso a realizar una consulta a la Corte Superior antes de disponerse la libertad del sobreseído, una indiscriminada lucha contra las drogas que hacía que impere la presunción de culpabilidad en lugar de la de inocencia. Situaciones entre tantas otras que motivaron la declaración de responsabilidad del Estado ecuatoriano.

Y como éste se pueden encontrar varios procesos en los que se ha declarado la responsabilidad del Estado ecuatoriano, precisamente en torno a procesos judiciales por delitos de drogas en los que se observan irregularidades. Así, en el caso conocido como Suárez Rosero⁷⁴, en el que se violentan las garantías judiciales en contra del señor Rafael Iván Suárez Rosero, quien fue detenido el 23 de Junio de 1992, dentro de un operativo policial denominado “Ciclón” sin que éste haya sido sorprendido en flagrante delito, sino solo sobre las versiones de presuntos testigos que afirmaron que alguien estaba incinerando droga, al detenido se le mantuvo incomunicado por 36 días y guardó prisión preventiva por 3 años y 9 meses, en torno de una legislación sobre drogas que el perito Dr. Ernesto Albán Gómez indicó a la Corte que establecía la presunción de culpabilidad en vez de la presunción de inocencia.

Otros procesos que han generado condenas en contra del Estado ecuatoriano y que han tenido relación con delitos por estupefacientes como el

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero vs Ecuador, 1997, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp/pdf, visita 30/10/2010.

“Caso Acosta Calderón”⁷⁵ proceso seguido contra el ciudadano colombiano Rigoberto Acosta Calderón que adoleció de vicios como por ejemplo la falta de notificación consular y en el que fue hallado culpable sin que se haya demostrado en juicio que la sustancia que le fue presuntamente incautada haya sido pasta de cocaína; y “Caso Chaparro-Lapo”⁷⁶ en el ciudadano chileno Juan Carlos Chaparro Álvarez chileno y el ecuatoriano Freddi Hernán Lapo Íñiguez, propietario y gerente respectivamente, de una fábrica de hieleras denominada “Plumavit”, en el que se les detuvo y procesó únicamente bajo sospechas de que sean partícipes de una banda dedicada al narcotráfico, porque en el Aeropuerto de la ciudad de Guayaquil la policía había encontrado clorhidrato de cocaína en una hielera de muy similar fabricación a la que se producían en la fábrica Plumavit, a éstas personas se les detuvo con una orden judicial de detención sin fundamento, en el caso del señor Chaparro, y sin que exista delito flagrante en el caso del señor Lapo, entre otras violaciones del debido proceso como la falta de notificación consular, entre otras.

Estos casos revelan que la política con que se manejan los casos e investigaciones por delitos relacionados con el narcotráfico, adolecen de una serie de vicios, precisamente condensados en la adopción de un derecho penal máximo, que opera bajo la menor sospecha y asume culpables, bajo una perspectiva policiaca, en la que se dejan envolver fiscales, jueces y hasta defensores públicos, que en algunos casos se limitan a su simple presencia sin que exista de su parte una investigación del caso y una adecuada preparación de la defensa, más allá de que la agencia policiaca los considere enemigos por

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acosta Calderón vs Ecuador, 2005, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp/pdf, visita 01/11/2010.

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador, 2007, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp/pdf, visita 01/11/2010.

defender a “narcotraficantes” (que en la realidad no son más que mulas del narcotráfico). Todo esto debido a una legislación represora, que ha establecido un proceso paralelo, privilegiado, de sospecha y de condena previa.

4.3 Argumentación de las Sentencias en relación al Daño.

No es tarea de ésta tesis explicar los principios en los que debe basarse la motivación de las sentencias, pero es importante mencionarlas a groso modo.

La sentencia, a más de los requisitos formales que establece el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, debe contener una motivación adecuada a los presupuestos del Art. 76, numeral 7 literal I de la Constitución, es decir la determinación de la norma aplicable pero también la explicación de la pertinencia de la aplicación de esa determinada norma al hecho en sí

Además, en ella debe identificarse el pensamiento del juez, su posición crítica frente al hecho que se pone en su conocimiento; si el Tribunal tiene una posición funcionalista, pues bien, entonces concluirá indicando que la norma tiene una función en sí misma y que su validez es el orden, y que por tanto al haberse violentado la norma penal, se estaría poniendo en riesgo a la sociedad, o la salud, etc., y por tanto emitirá una sentencia condenatoria.

Por el contrario si su posición es netamente garantista probablemente encontrará los argumentos suficientes para absolver o para condenar aplicando ponderadamente una sentencia proporcional al hecho que se puso en su conocimiento más allá del mismo contenido de la ley.

Diego Eduardo López Medina hace anotaciones importantes acerca de la tarea de los jueces en la búsqueda por la justicia, y afirma que “El juez, no es

pues, imparcial o ciego frente al caso, sino que debe desplegar la pasión de quien desea un resultado justo”⁷⁷, y más adelante, haciendo alusión al reformismo jurídico indica que éste:

Intenta mostrar que no todo el derecho es producto, en primer lugar de la legislación formal reconocida como legítima por el Estado; ello se logra probando que, con claridad, el derecho preexistente es imperfecto (está lleno de múltiples vacíos, ambigüedades y contradicciones) y que existen fuentes del derecho legítimas (como la doctrina y la jurisprudencia) que permiten resolver esos defectos, proveído que se critique y destruya la hegemonía del legalismo positivista⁷⁸

Esa destrucción solo se logra a través del conocimiento profundo del derecho, pero también la realidad; conocer la ley le permitirá adoptar resoluciones apegadas a la norma y probablemente inimpugnables, pero no garantizará con ello la elaboración de sentencias justas, basadas en principios constitucionales; los recursos argumentativos le permitirán la explicación del porqué de sus sentencias, y ello solo puede hacerse bajo la aplicación y conocimiento de la ley, pero también de la jurisprudencia y la doctrina, éstas “fuentes del derecho legítimas” como lo dice López Medina, hacen de una sentencia una verdadera explicación satisfactoria de los motivos de su decisión.

Nos atrevemos a hacer ésta reflexión, precisamente porque en materias de drogas, y del análisis de campo de ésta investigación, como se verá más adelante, los modelos de sentencias analizadas no nos han permitido identificar el pensamiento crítico de los jueces, y aún, en los casos en donde se han

⁷⁷ Diego Eduardo López Medina, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, 2000, editorial Uniandes, p. 184.

⁷⁸ (Diego Eduardo López Medina, *El Derecho de los Jueces*, p. 185)

realizado rebajas considerables de la pena, recurriendo al cambio del tipo de delito, no existe la justificación correspondiente, de la razón, por la que los elementos de un tipo penal, pasan a considerarse de otro tipo penal (como en el caso del cambio de tenencia por corretaje, para reducir la pena considerablemente). No es, por tanto, suficiente la actuación misericordiosa del juez, ya que el fallo no puede aparecer como piadoso, debe ser justo, motivado y legítimo.

CAPITULO V

LAS SENTENCIAS

5.1. Análisis de Sentencias en la Provincia de El Oro

Para el estudio de las resoluciones judiciales se han tomado como universo las sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales de El Oro (dos tribunales) que se han dictado en los años 2009 y 2010.

El año 2009 se dictaron 35 sentencias por delito de drogas, de ellas, 29 correspondieron al delito de tenencia ilegal de estupefacientes.

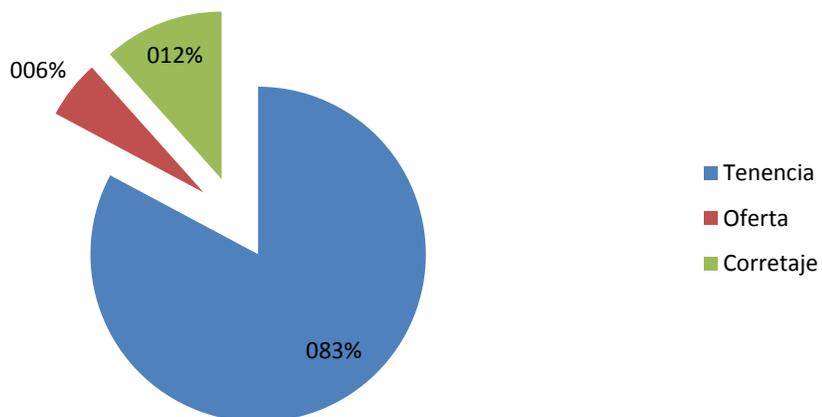
Cuadro 1

Sentencia \ Delito	Condenatoria		Absolutoria		Nulidad		Total	
	F	%	F	%	F	%	F	%
Tenencia	24	82,7	4	13,7	1	3,6	29	82,8
Oferta	2	6,6	0	0	0	0	2	5,6
Transporte	4	10,7	0	0	0	0	4	11,6
Total	30	100%	4	100%	1	100%	35	100%

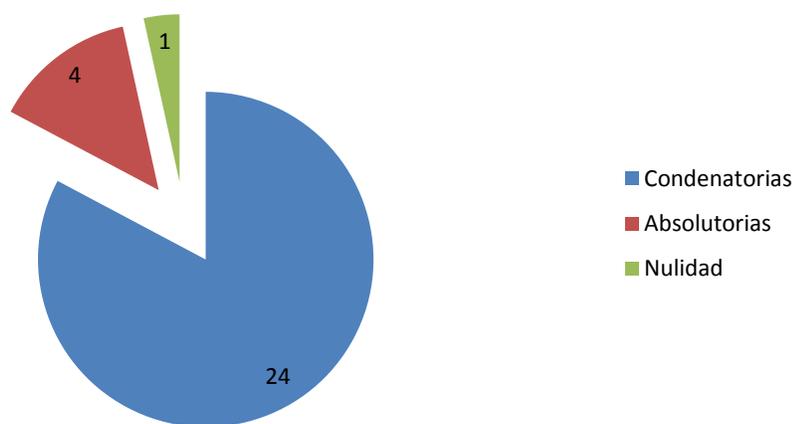
Fuente: Elaboración de la autora, con base en las sentencias por delitos de estupefacientes que reposan en el archivo de la Fiscalía de Antinarcóticos de la Fiscalía Provincial de El Oro.

El Cuadro 1 representa las sentencias por delitos relacionados con la Ley de Estupefacientes durante el año 2009 en la provincia de El Oro, emitidas por los dos Tribunales de Garantías Penales con que cuenta la Corte Provincial de Justicia de El Oro, de las en total 35 sentencias, 29 estuvieron referidas al delito de tenencia ilegal de estupefacientes.

CASOS SENTENCIADOS periodo 2009



SENTENCIAS EN CASOS DE TENENCIA 2009



Durante el periodo 2009, de las 29 sentencias que existieron por tenencia ilegal de estupefacientes según el Art. 62 de la Ley de drogas, que como pudimos observar fueron la mayoría de casos, 24 sentencias fueron condenatorias, lo que equivale a un 82,7% de la sentencias por éste delito en

que existió condena sin importar las cantidades o peso de la sustancia; tan solo 4 fueron absolutorias y en una hubo declaratoria de nulidad.

Con respecto a las sentencias absolutorias, se tiene que hacer la siguiente aclaración: si bien el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal establece que la sentencia debe concluir “...*declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado...*”, ésta reforma fue introducida en el bloque de reformas al Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009, previo a ello el mismo artículo contemplaba que “*La sentencia deberá ser motivada y concluirá condenando o absolviendo al procesado...*”⁷⁹

Pese a que de las cuatro sentencias absolutorias, tres eran con fecha posterior al 24 de marzo de 2009, las sentencias seguían concluyendo en “absolver o condenar” conforme al procedimiento penal establecido antes de la reforma mencionada.

Ahora bien, 2 de ellas son por haberse demostrado a través de un examen psicosomático que se trata de consumidores de drogas y en ellas la cantidad del estupefaciente era inferior a 40 gramos, en tanto que en las otras 2 no se ha encontrado responsabilidad en los acusados.

Mientras que el año 2009, las sentencias condenatorias fueron 24, en el año 2010 las cifras se incrementaron de la siguiente forma:

Cuadro 2

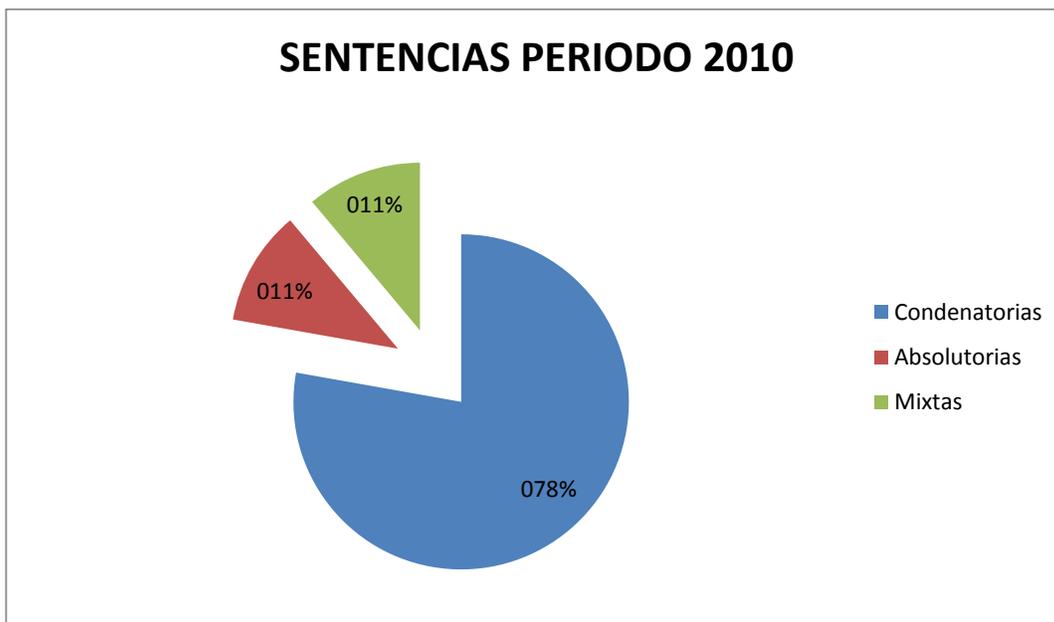
Año 2010

⁷⁹ Código de Procedimiento Penal, L 2003-101. RO 743: 13 de enero de 2003.

Sentencias	Condenatoria	Absolutorias	Mixta	Total
Frecuencia	28	4	4	36
Porcentaje	77,8%	11,1%	11,1%	100%

Fuente: Elaboración de la autora, con base en las sentencias por delitos de estupefacientes que reposan en el archivo de la Fiscalía de Antinarcoóticos de la Fiscalía Provincial de El Oro.

En el año 2010 se dictaron 38 sentencias por delitos de drogas en la provincia de El Oro, de ellas 36 corresponden al delito de tenencia ilegal de estupefacientes, restando apenas 2 por delitos de transporte de droga.



En cuanto a las sentencias mixtas, se debe aclarar que en cada una de las cuatro sentencias han existido 2 procesados, es decir 8 procesados, de ellos 4 han sido absueltos y 4 condenados, por lo que la cifra de condenados por delito de tenencia de estupefacientes en el año 2010 es de 32 casos, mientras que las sentencias absolutorias o confirmatorias de inocencia, en éste

mismo periodo es de apenas 8 personas absueltas entre las que se encuentran también los casos de sentencias mixtas; esto referido a los resultados obtenidos en el año 2009 (ver cuadro 1) permite apreciar un incremento en el número de condenas.

Otra variación de los resultados, si los comparamos los datos sobre sentencias absolutorias del año 2009, es que en éstos casos, la sentencias absolutorias se dieron por problemas a la hora de determinar la responsabilidad, situación que es atribuida a la Fiscalía, tanto por utilizar prueba indirecta como testimonios referenciales acerca de que los acusados eran quienes portaban la sustancia, ejemplo de ello: la sentencia derivada del juicio No. 03-2010 TSGPO, en que se relaciona al acusado con el contenido de la sustancia por la versión que la azafata del bus en donde se transportaba éste le da a los agentes de policía, pero que luego no fue respaldado en juicio.

Cuadro 3

Año 2009

Droga Peso	Marihuana		Base de Cocaína		Clorhidrato de Cocaína		Total	
	F	%	F	%	F	%	F	%
Inferior a 100g	5	55,5%	7	33,3%	0	0%	12	37,5%
Desde 101g hasta 500g	3	33,3%	6	28,5%	0	0%	9	28,1%
Desde 501g hasta 1000 g	1	11,2%	5	23,8%	1	50%	7	21,8%
Más de 1000g	0	0%	3	14,4%	1	50%	4	12,6%
TOTAL	9	28.1%	21	65,6%	2	6.3%	32	100%

Fuente: Elaboración de la autora, con base en las sentencias por delitos de estupefacientes que reposan en el archivo de la Fiscalía de Antinarcóticos de la Fiscalía Provincial de El Oro.

PESO DE LA SUSTANCIA EN RELACIÓN AL TIEMPO DE LA CONDENA 2009



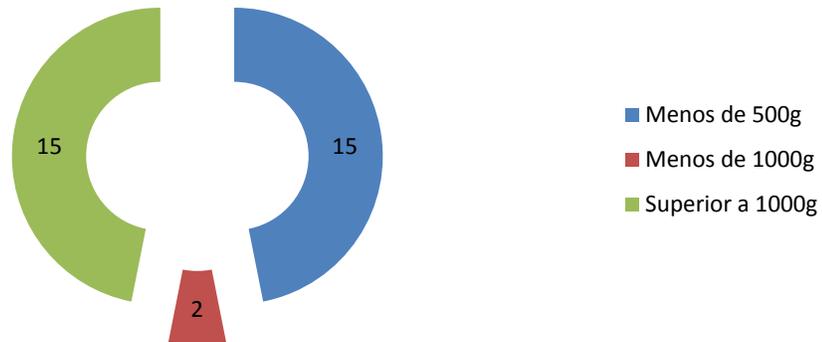
Cuadro 4

Año 2010

Droga Peso	Marihuana		Base de Cocaína		Cocaína		Heroína		TOTAL	
	F	%	F	%	F	%	F	%	F	%
Inferior a 100g	4	40%	3	30%	1	9%	0	%	8	25 %
Desde 101g hasta 500g	1	10%	3	30%	3	27%	0	%	7	21,9 %
Desde 501g hasta 1000 g	0	0%	2	20%	0	0%	0	%	2	6,2 %
Más de 1000g	5	50%	2	20%	7	64%	1	100 %	15	46,9 %
TOTAL	10	31,2 %	10	31,2 %	11	34,4%	1	3,2%	32	100 %

Fuente: Elaboración de la autora, con base en las sentencias condenatorias por delitos de estupefacientes, que reposan en el archivo de la Fiscalía de Antinarcóticos de la Fiscalía Provincial de El Oro.

PESO DE LA SUSTANCIA EN RELACION AL TIEMPO DE LA CONDENA 2010



Como podemos observar de los cuadros que preceden, la cifras de sentenciados, dependiendo de las cantidades o peso de la sustancias han variado considerablemente; en el año 2009 la mayor cifra de sentenciados por delito de tenencia ilegal de estupefacientes, lo estaban por cantidades inferiores a 500 gramos, es decir, existió un porcentaje del 37,5 % de condenados por cantidades inferiores a los 100 gramos, mientras que en el año 2010 los porcentajes más altos de condenas se colocan entre los 500 a 1000 gramos, siendo aquellos delitos en los que el peso de la sustancia supera los 1000 gramos, en las que se registra un 46,9% de la sentencias.

Estos resultados son una buena medida para analizar la proporcionalidad de las penas, lo cual no es tema principal de nuestro estudio, pero que nos arroja datos interesantes acerca de la perspectiva empleada por los operadores de Justicia, tanto en la persecución penal (Fiscalía) como en la administración de Justicia (Jueces).

Sin embargo, la cifra no puede ser alentadora, pues si bien se han incrementado las sentencias condenatorias por delitos de tenencia ilegal, en las que el peso de la sustancia ha sido superior a 500 gramos, si hacemos la observación desde el centro hacia atrás y hacia adelante veremos que tan solo 2 sentencias condenatorias están ubicadas en las un peso entre 500 y 1000 gramos por lo que existen igual número de sentencias, es decir 15 sentencias condenatorias por cantidades menores a 500 gramos y 15 sentencias condenatorias por cantidades superiores a 1000 gramos, lo que ratifica la observación hecha acerca de la carencia de motivación y argumentación con respecto a la proporcionalidad entre el peso o cantidad de la sustancia y el tiempo de la condena, sobre todo porque más adelante veremos como la pena es exactamente la misma por 15 gramos, como por 1000 gramos.

La conclusión sería que es irrelevante la cantidad de estupefaciente que el individuo porte consigo, sino que efectivamente nos encontramos bajo la posición funcionalista extrema de que el que violenta el ordenamiento establecido es merecedor de una sanción.

Cuadro 5

Año 2009

PENAS	AÑOS DE CONDENA	
	F	%
Máxima 16 años	0	0%
Mínima 12 años	0	0%
Modificada por atenuantes 8 años	23	95,8%
Modificada por atenuantes inferior a 8 años	1	4,2%
TOTAL	24	100%

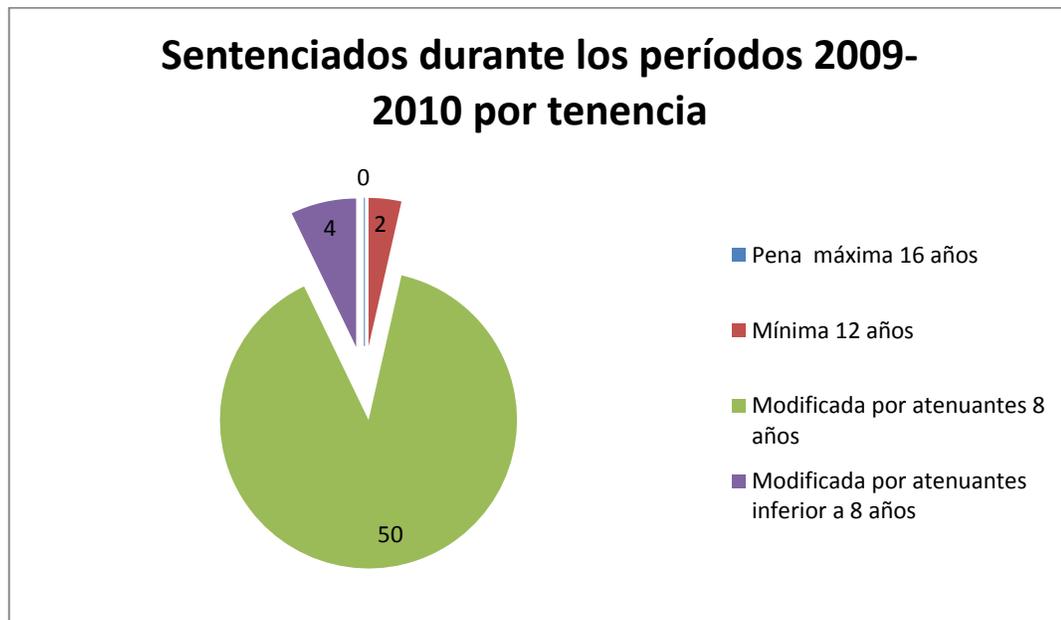
Fuente: Elaboración de la autora, con base en las sentencias condenatorias por delitos de estupefacientes, que reposan en el archivo de la Fiscalía de Antinarcoóticos de la Fiscalía Provincial de El Oro.

Cuadro 6

Año 2010

PENAS	AÑOS DE CONDENA	
	F	%
Máxima 16 años	0	0%
Mínima 12 años	2	6,2%
Modificada por atenuantes 8 años	27	84,4%
Modificada por atenuantes, o cambio del tipo inferior a 8 años	3	9,4%
TOTAL	32	100%

Fuente: Elaboración de la autora, con base en las sentencias condenatorias por delitos de estupefacientes, que reposan en el archivo de la Fiscalía de Antinarcoóticos de la Fiscalía Provincial de El Oro.



Es interesante analizar los 2 cuadros y la figura que anteceden en su relación con la proporcionalidad de la pena impuesta. En ninguna de las

sentencias por tenencia ilegal de estupefacientes se encontró un estudio ponderado de proporcionalidad entre la reducción de la condena por el peso o cantidad de la droga, sino más bien la aplicación en TODOS los casos del año 2009, y del 84,4% de las sentencias de 2010, de las circunstancias modificatorias de la pena que establece el Art. 72 inciso tercero del Código Penal, es decir, la reducción de la reclusión mayor extraordinaria de 12 a 16 años, por reclusión mayor ordinaria de 8 a 12 años, de ello, cabe indicar que lo que ha aplicado es el piso de la pena, es decir 8 años.

El delito tipificado en el Art. 62 de la Ley 108, castiga la mera tenencia, por lo que se podría especular que a mayor cantidad de estupefaciente mayor pena o viceversa, sin embargo ello no ocurre en ninguna de las sentencias estudiadas, por ejemplo: En la sentencia emanada en el Juicio No. 115-TSGPO-2009- 20/11/2009, se declara la responsabilidad de una persona por una cantidad de estupefaciente superior a 2000 gramos y se le condena a 8 años de privación de la libertad, mientras que la sentencia del Juicio No. 101-2007-TSGPO- 04/02/2009, con un peso de droga de apenas 32 gramos de base de cocaína y 11 de marihuana se impone una condena de igualmente 8 años de reclusión.

Las mismas comparaciones se pueden hacer con relación a las sentencias de 2010, por ejemplo: Juicio No. 104-2010-TPGPO 30/10/2010, en la que se condena a una persona por poseer 59, 2 gramos de base de cocaína a 8 años de reclusión, mientras que en la sentencia del Juicio No. 035-TSGPO.2010- 16/09/2010, se condena a igual pena por llevar 59.000 gramos de base de cocaína.

Este estudio nos permite, es hacer una lectura más, y es que al parecer, los jueces no están de acuerdo en aplicar penas tan severas a un delito de ésta naturaleza, por lo cual recurren al único medio positivista que es el Art. 72 del Código Penal, reduciendo el tiempo de la condena bajo el argumento de disminución por atenuantes.

Cabe aquí indicar, que de la entrevista realizada a dos de los jueces autores las sentencias, cuando se les indagó sobre éste punto en particular, manifestaron abiertamente no estar de acuerdo con imponer penas tan severas a delitos de ésta naturaleza, indicaron que les parece excesiva la pena, por esa razón, en la medida de lo legalmente posible, aplican circunstancias que ameriten reducir la pena, una explicación se obtiene de la sentencia citada en el anexo 2 de éste trabajo, cuando al razonar la pena manifiestan "*mientras no haya un verdadero sistema de rehabilitación efectivo de los sentenciados, ni autoridades especializadas que se encarguen de ello no pueden imponer penas más allá del límite mínimo que prevé la Ley*". Sentencia No. 61-TPGPEO-2010 (ver anexo II)

Los hallazgos más interesantes tienen que ver con la falta de argumentación de la imposición de la pena, lo curioso es que no existen muchas diferencias en las consideraciones de las sentencias, por lo cual su redacción tiene mucha similitud entre una y otra referida al mismo Tribunal que la dicta, por ello no se aprecia la diferencia conceptual o esencial de la *ratio decidendi*.

Esta situación va a dar un giro interesante a partir del mes de Julio de 2010, cuando a causa de la instalación de los juzgados pilotos de garantías

penales, en las provincias de Pichincha, Guayas, Imbabura y Sto. Domingo de los Tsachilas⁸⁰, la redacción de los fallos es adoptada por los Tribunales de El Oro.

La confección de las sentencias antes del mes de Julio de 2010, tenía un formato bastante simple, reducido al estudio de la existencia material de la infracción, lo cual se acreditaba fácilmente con el testimonio de peritos químicos que confirmaban que la sustancia efectivamente era estupefaciente (cocaína, marihuana, heroína) y el testimonio del o la representante del CONSEP sobre el pesaje de la sustancia; la segunda parte estaba referida a demostrar la responsabilidad, para lo cual era testimonio clave, casi indiscutible, el del agente que realiza la aprehensión. (Ver anexo I)

La sentencia no es valorativa de la pruebas, que además casi siempre son nulas por parte de la defensa, limitadas a la solicitud de que se “judicialicen” certificados de conducta y buen comportamiento en el Centro de Rehabilitación Social en donde se encuentran reclusos y testimonios de buena conducta. (Ver anexo I)

5.2. Análisis de Festividad

Veamos el siguiente cuadro:

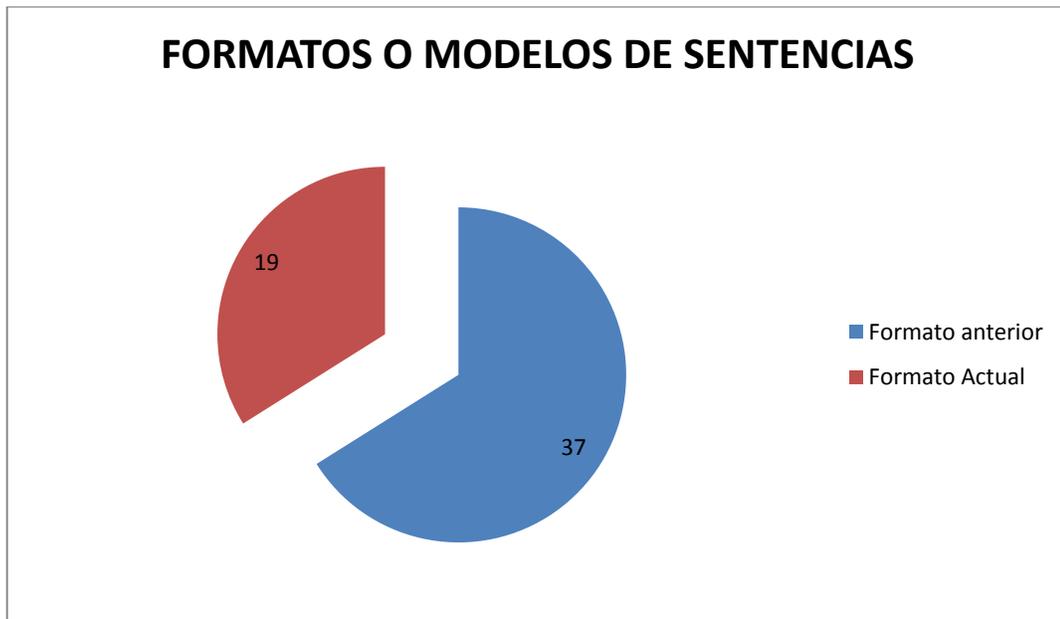
Cuadro 7

Formatos de sentencias condenatorias por tenencia ilegal de estupefacientes de los años 2009 y 2010.

⁸⁰ Esta información fue proporcionada por los jueces en la entrevista, sin embargo fueron claros en manifestar que no se trataba de un formato con carácter obligatorio, sino un modelo del cual se apoyaban para la redacción de la sentencia.

Formato \ Año	FORMATO ANTERIOR	FORMATO ACTUAL	TOTAL
2009	24	0	24
2010	13	19	32
TOTAL	37	19	56

Fuente: Elaboración de la autora, con base en las sentencias por delitos de estupefacientes, que reposan en el archivo de la Fiscalía de Antinarcóticos de la Fiscalía Provincial de El Oro.



De las en total 56 sentencias condenatorias por delito de tenencia ilegal de estupefacientes que se han dictado en los años 2009 y 2010 en la Provincia de El Oro, 19 obedecen a un formato diferente, como se indicó, se debe a los modelos de sentencias que surgieron de los Juzgados de Garantías Penales pilotos que nacen con la puesta en vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Registro Oficial Suplemento 544 del 09 de Marzo de 2009; cabe indicar que su aplicación no es de carácter obligatorio, sino, como bien lo manifiestan los mismos jueces, es optativo, pero se lo ha

implementado por considerar que reúne requisitos de las tendencias garantistas de nuestra Constitución actual.

En el formato anterior los parámetros de evaluación de lesividad tanto a nivel de daño subjetivo, como a nivel de daño social, no son tomados en cuenta por los Tribunales, por lo que a la hora de argumentar no aparecen datos que se remitan a la utilización de mecanismos constitucionales, o a la utilización de normas de derecho internacional que bien podría aplicarse a fin de sentar precedentes jurisprudenciales; sin embargo, es de notar con preocupación que el único recurso argumentativo utilizado es la subsunción solamente se observa que el juzgador se remite a la comprobación del hecho fáctico citando el Art. 62 de la ley de drogas. Ejm: Sentencia en Juicio No. 97-2009-TSGPO-15/09/2009:

...la Fiscalía probó con los informes técnicos y los testimonios de quienes los realizaron que la evidencia era droga (base de cocaína) con un peso neto de 4.317 gramos, y probó en la audiencia, con los testimonios de los agentes policiales que fue al acusado a quien le encontraron en posesión de la evidencia. Probada la existencia material de la infracción y la culpabilidad del acusado, existe la certeza sobre la responsabilidad penal del acusado...

Para entender mejor esta posición es necesario remitirnos al contenido dogmático analizado en el capítulo II de ésta tesis, en lo referido a la antijuridicidad material, que conlleva el elemento volitivo encaminado a provocar la lesión de un bien jurídico, así el Tribunal deberá colocar a la víctima y la relación que el sujeto activo de la infracción tiene con respecto a ésta.

Si su intencionalidad está enfocada desde el funcionalismo, debe entonces identificar el deber, el rol que ese individuo cumple en la sociedad y cuál es la finalidad de la norma penal. En el ejemplo no se encuentra en el nivel

del discurso del juzgador, demostración sobre su posición crítica frente a los objetivos de la misma ley, la resolución debería mostrar claramente la tendencia del juez, esto es, a creer en el objetivo de la protección del bien “social”, es decir de un bien jurídico de tipo abstracto.

El subsumir sin otro análisis, trasluce la falta de argumentos incluso con respecto a la culpabilidad, la razón por la que el juez arrojará el juicio de reproche y condenará a una persona a cumplir una pena determinada.

La redacción de las sentencias es un dato preocupante, ya que de la revisión de ellas se evidencia un *cuasi* formato, en el que solo se cambian datos, fechas, nombres, es decir, la forma está preestablecida para que cumpla con los requisitos que prevé el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, pero ese requisito de forma afectó la esencia de los fallos.

Las sentencias se convierten en una narración de lo manifestado por los testigos, lo cual parecería más bien la copia de la audiencia de juzgamiento, no existe un análisis razonado de los hechos probados, debidamente confrontados entre sí, señalando el porqué una prueba es más convincente que la otra y no solo describiendo cada una de ellas, esto le resta valor a la decisión.

Ahora bien, es importante que revisemos las sentencias que se “adoptaron” a partir de Julio de 2010, a fin de conocer si el cambio es sustancial o meramente gramatical.

Estas sentencias, a más de los requisitos de forma, utilizan un lenguaje acorde con los presupuestos del pensamiento penal moderno, tanto en lo procesal, como en el análisis dogmático de la estructura del delito, así

podemos observar que aluden a: categorías dogmáticas de la tipicidad: sujeto activo, sujeto pasivo, elementos normativos, elementos valorativos, objeto; categorías dogmáticas de la antijuridicidad, en los que describen la antijuridicidad formal y antijuridicidad material; las categorías dogmáticas de la culpabilidad y al final analizan la pena.

Desglosadas así las categorías dogmáticas del delito, pasan a analizar el daño social enunciando el carácter lesivo del resultado de traficar con sustancias estupefacientes, refiriendo que éste se encuentra en el daño a la salud de los ciudadanos; la noción de daño aparece tanto los elementos de la tipicidad, o en la determinación del sujeto pasivo hacen una valoración del delito de peligro por cuanto les es imposible identificar a la víctima, en esto fundamentan el adelantamiento de las barreras de protección. (Ver anexo II)

Un dato aparte lo constituye el análisis de las categorías dogmáticas de la culpabilidad, en cuanto a la exigibilidad de otra conducta, en la que éstas resoluciones simplemente se afirma que “le era exigible otra conducta ya que no debía tener en su poder sustancias que se encuentran prohibidas por la ley”

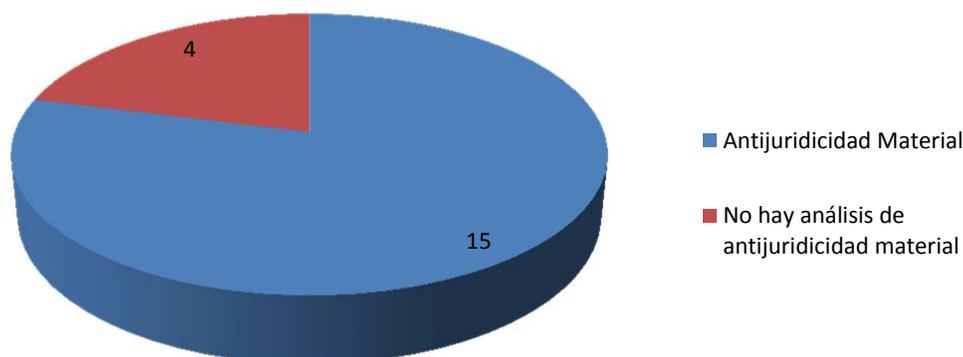
Cuadro 8

Posición de los Jueces acerca del bien jurídico protegido

	SI	NO	TOTAL
Valoración de Daño Social	19	0	19
Antijuridicidad Material (existencia del daño)	15	4	19

Fuente: Elaboración de la autora, con base en las sentencias por delitos de estupefacientes, que reposan en el archivo de la Fiscalía de Antinarcoóticos de la Fiscalía Provincial de El Oro.

VALORACION DEL DAÑO (LESIVIDAD)



Observemos éste cuadro con detenimiento, ya que en él se puede apreciar que en el nuevo formato de sentencias, a diferencia de los que ocurría con el anterior formato, si se detiene a observar el “daño social” de los delitos de estupefacientes, del mismo modo que se puede apreciar la posición funcionalista de los jueces ante la existencia de ese daño social, el argumento base se centra en el peligro que representa la conducta para la salud pública, considerando a ésta como el bien jurídico protegido.

Cabe indicar que en las sentencias con el formato anterior este análisis era inexistente, razón por la cual no incluimos un cuadro que daría un resultado concluyente de inexistencia de argumentación con respecto a la lesividad; pero es necesario que se tenga presente que esto no quiere decir que el empleo de términos como valoración de daño, o antijuridicidad material, haya significado que por ello efectivamente exista un cambio sustancial, en realidad el condumio sigue siendo el mismo, el análisis aparece no como un asunto de contenido o

de fondo de los fallos, sino únicamente como avance de forma, sin el empleo de la sana crítica que bien podía hacerse aún con un formato más sencillo.

Volvamos al ejemplo citado con respecto a la inconformidad del juzgador de aplicar la pena de 12 años de reclusión tal y como lo establece el Art. 62 de la Ley de sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y que lo observamos en el anexo II, en su parte final, todo el análisis que realizan los jueces propone un pensamiento funcionalista tal y cómo lo afirma Jakobs cuando asegura que la normas son creadas para el mantenimiento de una sociedad y que atacar la norma es atacar a la sociedad misma (ver página 49).

En el apartado 6.2, citado en el anexo II, cuando se refiere análisis de antijuridicidad, el tribunal considera que la acción es peligrosa porque pone en riesgo un bien jurídico protegido, que ese bien jurídico es la salud pública, a la que el legislador ha considerado como peligrosa y que con ésta tenencia se poniendo en riesgo real el bien jurídico protegido. Es decir encuentra no solo un desvalor de acción, sino encuentra el desvalor de resultado, considera apropiado el adelantamiento de las barreras de protección, dada la alta cantidad de la sustancia, y al analizar la culpabilidad cree que al acusado le era exigible otra conducta.

Hasta aquí esta posición frontal de rechazo frente a la conducta lesionadora de orden social establecido, y sin embargo inexplicablemente, al analizar la pena, el juzgador manifiesta su inconformidad al no poderse apartar más allá del límite mínimo que prevé la Ley, lo cual es paradójico.

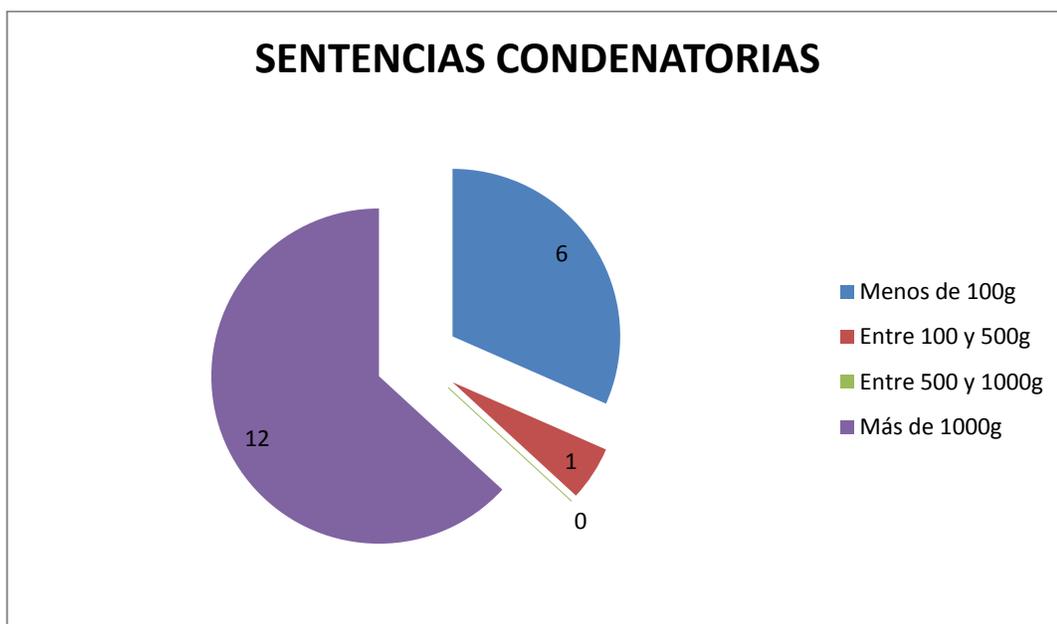
Veamos a continuación el siguiente cuadro:

Cuadro 9

Análisis del Daño en relación a la cantidad de Droga.

PESO	Menos de 100	Entre 100 y 500	Entre 500 y 1000	Más de 1000	TOTAL
FRECUENCIA	6	1	0	12	19
PORCENTAJE	31,6%	5,3%	0	63,1%	100%

Fuente: Elaboración de la autora, con base en las sentencias por delitos de estupefacentes, que reposan en el archivo de la Fiscalía de Antinarcóticos de la Fiscalía Provincial de El Oro.



De la 19 sentencias condenatorias por drogas del año 2010, 12 son por cantidades superiores a 1000 gramos de estupefaciente, mientras que 6 lo son por cantidades inferiores a 100 gramos, lo interesante, al igual que en los cuadros 3, 4, 5 y 6, es que la nueva forma de argumentar no ha producido resultados en cuanto a la modificación de la pena en relación al daño causado.

En casos de pequeñas cantidades se valora en base a una inversión de la carga de la prueba, argumentando que “*no se ha desvirtuado la no producción del resultado lesivo (desvalor de resultado)*” Sentencia No 88-2010-TSGPO- 01/12/2010.

La consideración de que el desvalor de resultado es el daño a la salud pública, es especulativa, pues sería lógica en casos de que el daño esté referido solamente a cantidades considerables, perfectamente definidas por el Juzgador, e imposibles de romperse bajo parámetros de imparcialidad.

Si se supone la existencia de un daño en casos de altas cantidades (las que sobrepasan 1000g), se tornaría incoherente aplicar la misma valoración para casos es los que no hay tal cantidad, en esos casos los Juzgadores manifiestan: “*...la salud pública que si bien se encuentra ya valorada previamente mediante la tipificación de una conducta que a criterio del legislador es estadísticamente peligrosa para la salud pública...*” y agregan “*en la realidad fáctica debe probarse la idoneidad para poner en evidente riesgo el bien jurídico...*” Sentencia 31-TPGPO-2010- 30/07/2010, pero ésta manifestación última es precisamente la que no se evidencia, y a lo largo de la lectura del fallo no aparece la prueba sobre la idoneidad del riesgo.

A la hora de argumentar, es necesario analizar casos concretos, hechos (presupuestos fácticos), por lo que resultaría paradójico, definir una conducta como ciertamente peligrosa cuanto la cantidad es ínfima para la causación del daño social.

A la inversión de la carga de la prueba, se suma la definición jakobsiana del imperio de la norma “*...tampoco ha desvirtuado la no producción del*

resultado lesivo al bien jurídico protegido (desvalor de resultado) en el caso concreto se atentó contra normas expresas que prohibían la acción de tenencia de sustancias estupefacientes, con lo cual se ha lesionado gravemente el bien jurídico salud pública” Sentencia 78-2010-TSGPO- 25/11/2010.

Lo interesante de ésta argumentación última, es que la cantidad de droga incautada es de tan solo 23,4 gramos de base de cocaína, lo mismo ocurre con las otras cinco sentencias que se describen en el cuadro 9 en las que el peso de la sustancia, siendo inferiores a cien gramos, los infractores recibieron pena de igual naturaleza, con argumentos similares en cuanto a antijuridicidad material.

En el estudio de la lesividad del acto no se identifica porqué cantidades tan insulsas, pusieron en riesgo el bien jurídico protegido, absurdamente, se utilizan los mismos argumentos que en sentencias por grandes cantidades de droga, lo que demuestra carencia de recursos argumentativos, sobre todo si tomamos en cuenta, que el criterio del Juzgador en referencia a la desproporcionalidad de la pena.

En éste caso en particular, los jueces al ser entrevistados, fueron muy explícitos en asegurar que tratan en lo posible de imponer penas bajas para esta clase delitos, salvo excepcionales casos de reincidencia.

Cabe indicar también, que en la mayoría de fallos, el análisis de lesividad ocupa tan solo unas pocas líneas, la diferencia básica entre los casos que sobrepasan los 1000 gramos con los de cantidades menores a 100 gramos, es puramente gramatical, ya que se agrega entre paréntesis la frase “*dada la alta cantidad de la misma*”

Ilustremos lo dicho: “...*la realidad fáctica para poner en evidente riesgo al bien jurídico (la salud pública) no solo consta en la toxicidad de la sustancia ilícita, sino también con el fin que ésta tenencia tenía (dada la alta cantidad de la misma) en otras palabras: la sustancia incautada tenía como posible destino la entrega a terceras personas...*” Sentencia No. 64-2010-TSGPO- 19/08/2010.

5.3. Análisis de un Caso Concreto

La Fiscalía no está de ningún modo fuera de ésta crítica, los parámetros de evaluación de lo que un momento son indicios, no varían en la fase de instrucción fiscal y se convierten en elementos de convicción utilizados en las audiencia preparatorias de juicio y de fundamentación de los dictámenes fiscales, para constituirse luego en pruebas en la audiencia de juzgamiento.

Lo cierto es que, por lo general, el parte policial es la sentencia propiamente dicha, observemos el contenido de las principales diligencias del juicio No. 087-TPGPEO-2010, el 08 de Diciembre de 2010, dos personas son detenidas por llevar en su poder: la primera 46 sobre que contenía marihuana y 16 sobres que contenían cocaína, el segundo llevaba 30 sobres con cocaína, el peso de los mismo era de 135 gramos de marihuana y 15 gramos de base de cocaína.

En la audiencia de calificación de flagrancia comparece un Fiscal X quien fundamentado en el contenido del parte policial y de las pruebas preliminares de campo, inicia la instrucción fiscal por un delito flagrante de tenencia ilegal de sustancias estupefacientes de acuerdo con el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, solicita todas las medidas cautelares que prevé el Art. 120 de la referida ley, es decir, prisión preventiva,

inmovilización de cuentas bancarias, participaciones y acciones sociales (como si ellas existieren) por lo que cualquier alegación de la defensa no fue escuchada por el Juez de Garantías y se dicta las medidas cautelares solicitadas por la Fiscalía.

Evidentemente que el agente que realiza la detención acude sin falta a la audiencia para demostrar su heroico accionar en la detención de “tan execrables ciudadanos”, ese es un apoyo fundamental para el Fiscal, aparte de la presión que ejercen por lo general los grupos policiales de antinarcóticos que fungen como una especie de acusadores y de detentores de la “vindicta pública” que reclaman constantemente prisión para éstos “antisociales”.

A la audiencia preparatoria de juicio comparece otro Fiscal X, quien conoció la etapa de instrucción fiscal, en cuanto al segundo procesado habiéndose declarado consumidor (que es la defensa más frecuente) se determinó que la cantidad era suficiente para su consumo por lo que se extinguió la acción en su contra; sin embargo con respecto a la procesada se alegaron las circunstancias de la detención que constaban en el parte policial teniendo como elementos adicionales la prueba química que acredita que la sustancias eran marihuana y cocaína y pese a que ésta también se declaró consumidora el Fiscal consideró que habían elementos para acusar y llevar a juicio a esta persona por lo que dictó su auto resolutorio , llamándola a juicio como presunta autora del delito de tenencia ilegal de estupefacientes.

El resultado no es diferente a las otras tantas sentencias que se han mencionado en éste trabajo y la condena fue de ocho años de reclusión, la acusación presentó las mismas pruebas que eran previsibles desde el inicio,

pero surge la siguiente cuestión: ¿cuánto dinero representa la cantidad de droga que tenía esta persona en su poder cuyo peso neto fue de 91.9 gramos de marihuana y 2.6 gramos de cocaína?

Y, por el contrario, ¿cuánto dinero le costará al Estado mantener a ésta mujer durante 8 años en prisión? ¿Quién pagará el costo social de los hijos huérfanos (sociales) de ésta madre soltera? ¿Quién declaró en juicio que la droga que ésta le vendió le causó perjuicio a su salud? ¿Cuál fue el costo-beneficio de todo este proceso?

¿Dónde está realmente la lesividad?

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Bajo el pretexto de vivir en sociedades de riesgo hemos ampliado en su máxima capacidad al derecho punitivo planteando figuras no lesivas en el afán de evitar que se dañe el orden establecido, irrespetando la vida humana a la que pretendemos proteger sin medir las consecuencias (Ej. hijos abandonados por sus madres que están en prisión).

Efectivamente, vivimos la paradoja, mientras que grupos de nuestra sociedad (opiniones políticas por lo general) se oponen rotundamente a la imposición de medidas administrativas o civiles severas para grupos gremiales por sus faltas; en cambio solicitamos frecuentemente la implementación de delitos, el endurecimiento de penas, la construcción de más cárceles, etc.

El Derecho, y especialmente el Derecho Penal, se ha deshumanizado hasta un punto casi sin retorno, se incrementan figuras delictivas y penas, ya no es novedoso, sino por el contrario, la manipulación de los medios permite que todos tengamos la percepción de inseguridad y que por tanto, frecuentemente estemos solicitando la maximización del poder punitivo.

Es tan evidente lo dicho, que ningún progreso constitucional detiene el retroceso en materia legal, y que mientras continuemos con esa idiosincrasia de creer en la plusvalía de las leyes penales, el desmedro de los principios y la poca o casi nula intervención de los jueces en la creación de precedentes, la realidad no nos será placentera, o al menos alentadora.

Los resultados del último capítulo de éste trabajo reflejan lo dicho: la no intervención del juzgador, su casi inexistente criterio de argumentación, la poca recursividad doctrinaria, el *copy page* del casi universo de las sentencias, la falta de contenido, la falta de análisis de casos concretos, nos dejan el sabor de una deuda muy difícil de cobrar.

No está lejos de esta crítica la función de los fiscales cuya intervención en el proceso es nula frente al principio de objetividad que le corresponde aplicar, no hay investigación de elementos de descargo, sino una especie de acomodación casi indiscutible a los objetivos policiales.

El legislador por su parte tampoco aparece en éste camino, quizás hay progresos que muy lentamente se puedan avizorar, si bien debo manifestar que soy demasiado crítica y hasta escéptica frente a las “innovaciones” del Proyecto de Código Penal Integral, regular la cantidad al menos mínima para consumo es un paso importante.

El Art. 404 del proyecto ya acepta que será delito solo la posesión o tenencia de cantidades superiores a la dosis máxima de consumo personal, aunque sigo creyendo que, por ejemplo, 5 gramos⁸¹ de cocaína son una cantidad muy ínfima para quien es un consumidor recurrente. A propósito de ello, la nueva regulación que estableció el CONSEP⁸² en la que se establecen las cantidades máximas admisibles para tenencia de sustancias estupefacientes atendiendo la propuesta del Ministerio de Salud, sumado a declaraciones como la del Secretario Jurídico de la Presidencia, Alexis Mera en

⁸¹ Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, Art. 400 numeral 4.

⁸² Registro Oficial No. 19, Segundo Suplemento Jueves 20 de Junio de 2013.

que acepta que la guerra contra las drogas está perdida⁸³ muestran que es el momento de retirar la discusión de las mesas de café y ponerlo sobre el debate jurídico nacional.

Seguir discutiendo sobre si debe despenalizarse el consumo de drogas en el Ecuador es fútil, es claro que la Constitución de la República ya lo contempla en su Art. 364, por lo que no puede mediatizarse el discurso sobre temas resueltos.

Integrar todos los tipos penales en un solo orden y bajo un mismo régimen procesal permitirá que se observe con la misma lupa a los procesados sin importancia del tipo penal por el que son juzgados; a diferencia de lo que ocurre hoy, en que figuras como la prisión preventiva se reviste de excepcionalidad y provisionalidad según nuestro Código de Procedimiento Penal, pero para aquellos delitos que comprenden la parte especial del Código Penal; y sin embargo es obligatoria en el proceso por estupefacientes.

Entender que las políticas de drogas no nos pertenecen, porque no “afectan gravemente el interés social” ecuatoriano, y porque por el contrario la excesiva represión ha creado un problema que ha sido la espada de Damocles de muchas familias de escasos recursos económicos, es la urgencia de la política criminal de nuestro país.

No quiero tampoco lanzar un reproche sobre la actuación de los operadores de justicia sin comprender el entorno socio-político que rodea sus

⁸³ Marieta Campaña Villacís, “Mera: La guerra contra las drogas está perdida”, en Expreso, 30 de mayo de 2013, versión surgida en el marco de un seminario sobre el Principio de Proporcionalidad de la pena en sentencias condenatorias, realizado en la ciudad de Quito el 29 de mayo de 2013, <http://expreso.ec/expreso/plantillas/notas>, visita 25/06/2013.

decisiones. La verdad es que es muy fácil en un texto que tiene una finalidad académica resolver todos los problemas del mundo, antes de este estudio creía que a los jueces no les importaba si aplicaban penas desproporcionadas, entendí que no era así, pero si confirmé que existe desinterés por mejorar su entorno jurídico.

Me sería muy fácil adjuntar una propuesta de reforma o de inclusión de un artículo sobre la penalización de la tenencia y posesión de drogas y establecer una dosis más alta de la que se fijó en el proyecto y en la tabla del CONSEP, pero sería contraproducente con todo el contenido de éste trabajo.

La verdad es que no sería coherente continuar creyendo como se dijo antes, que quien vende cigarrillos o licor en una tienda es comerciante, y quien vende marihuana es narcotraficante; que quien celebra con Whisky es miembro de un grupo social, club, o gremio, y quien consume cocaína es desadaptado, antisocial y delincuente, son realidades contrastantes que se tienen como verdades absolutas.

Mi propuesta se encamina a la eliminación de éste tipo de figuras delictivas, no abogo por la supresión de todos los tipos penales relacionados con drogas, considero que la producción y tráfico a gran escala ha generado otra serie de problemáticas graves, pero es allá hacia donde se tienen que apuntalar los objetivos político-criminales; la despenalización de las drogas debe ser paulatina y progresiva, y quizás más adelante la discusión se centre en como ingresar hacia una regularización desde la producción hasta la misma venta.

Hoy por hoy, los ingentes recursos que se invierten en la lucha contra las drogas bien pueden canalizarse y reconducirse hacia la prevención del consumo y adicción, probablemente se salvarían más vidas.

BIBLIOGRAFIA

- Agudelo Betancourt, Nodier, *Curso de Derecho Penal*, Santafé de Bogotá, editora La Constitución Ltda., 1994
- Ambos, Kai, “Dominio del Hecho por Organización”, en *Seminario Internacional. Retos de la Judicialización en el Proceso de Verdad, Justicia, Reparación y Reconciliación*, Lima, editorial Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2003.
- Carranza, Elías y otros, *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y El Caribe*, México, editorial Siglo XXI, 2009.
- Cerezo Mir, José, “Los delitos de peligro Abstracto”, en *Revista de Derecho Penal*, comp. Edgardo Donna y otros, Buenos Aires, editorialRubinzalCulzoni, 2002.
- Donna, Edgardo Alberto, *La Autoría y la Participación*, Segunda Edición, Buenos Aires, editorialRubinzalCulzoni, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, editorial Trota, quinta edición, 2001.
- Jakobs, Günter, “el Concepto Jurídico Penal de Acción”, Traducción de Manuel Cancio Meliá, en *Nuevo Concepto de Derecho Penal, Tomo I*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2008.
- Jakobs, Günter, “La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente”, Traducción de Teresa Manso Porto, en *Nuevo Concepto de Derecho Penal, Tomo I*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2008.

- Jiménez Huerta, Mariano, “La Antijuridicidad”, en *Imputación Objetiva y Antijuridicidad*, comp. Fernando Quincero Álvarez, Bogotá, editorial Jurídica Bolivariana, 2002.
- TerradillosBasoco, Juan, “Una Convivencia Cómplice. En torno a la Construcción Teórica del Denominado <Derecho Penal del Enemigo>” en *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*, Buenos Aires, editorial B de F, 2006.
- López Medina, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, editorial Bogotá, Uniandes, 2000.
- Morales, Juan Pablo, “Un Nuevo Esquema Legal para las Drogas”, en *Entre el Control Social y los Derechos Humanos*, Quito, editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, editorial B de f, 2001.
- Neuman, Elías, *La Legalización de las Drogas*, Buenos Aires, editorial Depalma, 1997.
- Núñez, Ricardo, “La antijuridicidad del hecho”, en *Imputación Objetiva y Antijuridicidad*, comp. Fernando Quiceno Narváez, Bogotá, editorial Jurídica Boliviana, 2002.
- Paladines Jorge Vicente, *La (des)proporcionalidad de la Ley y la Justicia Antidrogas en el Ecuador*, Quito, editorial Defensoría Pública del Ecuador, Quito, 2012.
- Pastor Muñoz, Nuria, “El Hecho: ¿Ocasión o fundamento de la Intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la Criminalización

del Peligro de Peligro”, en *Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la Exclusión*, Buenos Aires, editorial Edisofer, 2006.

- Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Traducción Diego Manuel Luzón Peña y otros, Madrid, editorial Civitas, 2006.
- Roxin, Claus, *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, traducción Manuel Avanto Vásquez, Lima, editorial Grijley, 2007.
- Ulrich, Bech, “Las Relaciones de Definición como relaciones de dominación”, en *En busca de la Seguridad Perdida*, Barcelona, editorial Paidós, 2008.
- Welzel, Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Traducción José Cerezo Mir, Buenos Aires, editorial B de F, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal Autoritario”, en *Entre el Control Social y los derechos Humanos*, Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, Quito, editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Segunda Edición, Buenos Aires, editorial Ediar, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las Penas Perdidas*, Buenos Aires, editorial Ediar, 2005.

ANEXOS

ANEXO I

Modelo de sentencias antes de Julio de 2010

- Mención del Tribunal que Juzga.
- Fecha de la resolución
- Resumen del caso hasta la el auto de llamamiento a Juicio
- Declaración de validez del proceso
- Materialidad de la Infracción
 - Pruebas de la Fiscalía
 - Acta de diligencia de reconocimiento, verificación, toma de muestras y destrucción de las sustancias estupefacientes, testimonio de delegado del CONSEP.
 - Testimonio de perito químico del Departamento de Criminalística de la Policía.
 - Informe sobre reconocimiento del lugar de los hechos.
- Responsabilidad del Acusado/a
 - Testimonio del agentes de la detención
- Pruebas presentadas por la defensa
 - Certificado de buena conducta en el Centro de Rehabilitación social
 - Testimonios propios
 - Testimonio del acusado/a
- Declaración del tribunal sobre certeza de culpabilidad o inocencia
- Imposición de la pena. Aplicación de circunstancias modificatorias de acuerdo al Art. 72 del Código Pena, atenuante trascendental de acuerdo

al Art. 89 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, o circunstancias agravantes.

A continuación transcribimos el contenido del numeral tercero de la sentencia en el juicio No. 133-2009, con el ánimo de graficar el razonamiento de los jueces con respecto a la culpabilidad, los nombres de procesados, testigos y jueces han sido omitidos por respeto.

... “TERCERO.-Examinado detenidamente los medios de prueba presentados por las partes procesales, el Tribunal Penal ha llegado a la certeza de que el acusado XXXX [nombres omitidos] es culpable del delito tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que textualmente dice: El Art. 62.- <Quienes si autorización o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro del que sean propietario, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a 16 años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales>. El criterio del Tribunal nace del siguiente razonamiento: **a)**Las pruebas deben ser producidas en la etapa de juicio, ante los Tribunales penales, por lo tanto, la prueba solo tiene valor si ha sido pedida. Ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme así está dispuesto en los artículos 79, 83, 252, etc.; del Código de Procedimiento Penal. La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de la prueba de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en ésta etapa que aporten los sujetos procesales en ésta etapa; consecuentemente el Tribunal es competente únicamente para analizar lo que la ley permite, esto es, lo que se ha evacuado en este juicio, nada interesa al juzgador sino tan solo lo que se aprecia y valora en audiencia, excepción de las pruebas urgentes que son evacuadas ante los jueces penales y deben ser tomadas en cuenta; **b).**- La materialidad del hecho se encuentra justificada conforme constan en el considerando dos de ésta sentencia.- C.- La responsabilidad de la acusada XXXX se encuentra justificada por la declaración de los policías XXXX, XXXX, XXXX, XXXX [nombres omitidos], quienes en audiencia pública declaran que por información reservada que les llega por distintos medios, ya que por llamadas telefónicas al 1800 DROGAS o por personas que se acercan a la prevención del Comando a denunciar tuvieron conocimiento que en el barrio Luz de América en un domicilio habitaba una señora que posiblemente se dedicaba al expendio de droga, con esta denuncia procedieron a verificar, confirmando la denuncias recibidas, e incluso pudieron observar que personas de dudosa procedencia

acudían al lugar, bajo esas circunstancias comunicaron inmediatamente a su jefe para que solicite al juez la Boleta de Allanamiento que lo realizaron el 04 de Julio de 2009, las 16h00, en compañía del señor Fiscal, que al momento de ingresar a la vivienda encontraron a la acusada XXXX sentada en una silla de la sala, comienzan a registrar el inmueble, encontrando un frasco de "Herbalife", que en el interior tenía unas fundas plásticas transparentes con una sustancia verdosa que a simple vista se presumía era marihuana, así mismo se encuentran entre los muebles dos carteras, las mismas que contenían unos sobres con una sustancia blanquecina con características a posible base de proteína, también encuentran en el dormitorio dos armas de fuego. La señora XXXX se acoge al derecho al silencio; mas por intermedio de su defensor manifiesta que su defendida es consumidora de marihuana y que el día del allanamiento se encontraba consumiendo dicha droga, que ese día llegaron tres amigos a su casa a tomar licor y consumir droga, estos son: XXXX, XXXX y XXXX, cada uno habían puesto una cuota logrando reunir la suma de 60 dólares, dinero que les servía para comprar marihuana, estos amigos habían dejado la droga en su casa y se habían ido a comprar licor, cuando la policía llega al domicilio la encuentran a ella sola con esa evidencia. Para justificar este hecho se ha realizado un examen psicosomático a la señora XXXX, practicado por el Dr. Marco ZeasProcel, el mismo que en audiencia pública en lo principal indica que efectivamente la señora consume marihuana y que por las propias declaraciones de la acusada, indicó que solo consume marihuana, dos cigarrillos por semana, que cuando fuma le da sueño, se siente tranquila, que lo hace de vez en cuando. Que efectivamente ese día iba a reunirse con tres amigos para consumir marihuana. En el diagnóstico de la señora XX se determina que es consumidora de marihuana. Que la droga comisada esto es 78.3 gramos de marihuana y 9.6 gramos de base de cocaína, si el consumo fuere con otras personas, esta droga resulta escasa, pero si es únicamente para ella, esta es excesiva. Así mismo como prueba de descargo ha presentado a los testigos XXX, XXXX y XXXX quienes indican que son consumidores de droga que cuando fue detenida la señora XXXX, estaban reunidas en su casa, que pusieron una cuota de 65 dólares, la señora XXXX puso 15 y 10 dólares cada uno, con ese dinero fueron a comprar droga a un señor alias "patón", regresaron a la casa de la señora XXXX y dejaron la droga, posteriormente salieron a comprar cigarrillo y trago, cuando regresaban a la casa de la señora XXXX les advirtieron que la policía se encontraba ahí, por lo que se retiraron y no regresaron. El Tribunal consideran que del examen psicosomático realizado por el Dr. Marco Zeas, es evidente que la acusada es una consumidora eventual, por sus propias palabras, cuando dice que solo consume dos cigarrillos por semana, consecuentemente no abusa de la droga, peor sea dependiente, los testimonios de los consumidores no prestan credibilidad al Tribunal, son testigos que buscan la forma de favorecer a la acusada, haciendo aparecer una especie de comedia para sorprender a la justicia y obtener una sentencia absolutoria, es claro por las declaraciones de los policías, que a ellos les llegaban denuncias reservadas de que en el barrio Luz de América, casa de la señora XXXX se expendía droga, hicieron un operativo por algunos

días y pudieron comprobar que efectivamente llegaron personas al domicilio para procurarse de esa droga, motivo por el cual solicitaron al juez la orden de allanamiento. La cantidad de marihuana y base de cocaína comisada es excesiva para su consumo personal, por lo que no es verdad que esta droga le servía para su provecho, sino para el expendio a los consumidores de ese barrio. La señora XXXX ha demostrando buena conducta anterior al hecho, Certificado de ejemplar conducta en el centro de Rehabilitación Social de Machala, y no posee antecedentes penales, circunstancias atenuantes que le servirán para modificar la pena de conformidad con el Art. 72 inciso tercero del Código penal. Por todos los considerando aquí anotados el Tribunal de Garantías Penal de El Oro, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, dicta SENTENCIA CONDENATORIA en contra de XXXX [...] a quien se le impone la pena de OCHO AÑOS DE RECLUSION MAYOR EXTRAORDINARIA y multa de sesenta salarios mínimos vitales equivalentes a DOSCIENTOS CUARENTA DOLARES, por haber infringido el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en relación con el Art. 72 inciso tercero del Código Penal..."

ANEXO II

Modelo de sentencias después de Julio de 2010

- Mención del Tribunal que Juzga.
- Jurisdicción y Competencia
- Validez procesal
- Identidad del procesado
- Resumen de los cargos que se formulan en contra del acusado
- Juicio Sustanciado
 - Tesis acusatoria de la adecuación típica por parte de la fiscalía
 - Tesis de exclusión del tipo penal, por parte de la defensa del procesado.
 - Prueba de cargo de la fiscalía
 - Testimonio de delegado/a del CONSEP, diligencia de pesaje, toma de muestras y destrucción de la sustancia.
 - Testimonio de agentes policiales que realizaron la detención.
 - Testimonio de perito química de la Unidad de Criminalística
 - Prueba de descargo de la defensa
 - Testimonio del procesado
 - Certificados de antecedentes penales
 - Certificado del Centro de Rehabilitación Social de Machala
 - Debate

- Fundamentación del tribunal sobre la existencia del delito
 - Categorías dogmáticas de la tipicidad
 - Sujeto Activo
 - Sujeto Pasivo
 - Objeto
 - Conducta
 - Elementos normativos
 - Elementos valorativos
- Categoría dogmática de la antijuridicidad
- Categoría dogmática de la culpabilidad
 - De la autoría y participación
- La pena

A continuación transcribimos la fundamentación del tribunal sobre la existencia del delito, en la sentencia del juicio No. 061-TPGPEO-2010, a manera de ejemplo sobre el nuevo modelo de las sentencias desde julio de 2010:

“EN CUANTO A LA CATEGORIA DOGMATICA DE LA CULPABILIDAD

6.1.1.- Sobre los elementos del tipo objetivo.-

a) Sujeto activo.- En el presente caso el autor de este hecho, que según el tipo penal no es calificado y se puede ser cualquier persona natural,, en el presente caso XXXX [nombres omitidos] que no tiene ningún fuero judicial para ser juzgado.

b) Sujeto Pasivo.- En el presente caso por tratarse de un delito de peligro abstracto no se cuenta con una víctima o sujeto pasivo singular porque se entiende que es la ciudadanía en general a la que trata de proteger el legislador en este adelantamiento de la barreras de protección del bien jurídico tutelado, siendo éste la salud pública.

c) Objeto.- esto es la cosa sobre la que recayó el daño o los efectos del acto, el medio que evidencia el riesgo o peligro ´para el bien jurídico que

se pretende proteger. En el caso, es la sustancia ilícita, para cuyo efecto, el señor fiscal de la causa, XXXX [nombres omitidos] presentó la prueba oportunamente como es: 1. Informe pericial químico [...] quienes en sus conclusiones indican que la muestra analizada corresponde a marihuana; 2.- Informe y testimonio de la [...] quien indicó que tomó las muestras de la sustancia encontrada y que posiblemente se trataba de marihuana, documento que ha sido judicializado. 3.- Acta de reconocimiento, verificación, pesaje, toma de muestras y destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, en la que consta que dicha sustancia incautada era una sustancia (hierva) presumiblemente marihuana, con un peso bruto de 1914 gramos y un peso neto de 1677.20 gramos, esto es lo que se conoce comúnmente como el objeto del tipo penal o más comúnmente como materialidad de la Infracción.

d) Conducta.- está constituida por los verbos rectores de la conducta prohibida que en materia de tenencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, son “poseer o tener” sustancias estupefacientes o psicotrópicas ya sea en su persona, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título o estén bajo su dependencia o control, entendido en ésta materia como el hecho de llevar consigo o consentir en que estén en sí o en sus cosas o sobre las que ejerza derecho de usufructo uso o habitación, independientemente de la propiedad que puede o no corresponderle o que puede tener o poseer con ánimo de señor y dueño no siendo elemento sustancial del tipo penal la manifestación de propiedad o del ánimo de señor y dueño en los términos del Código Civil, conducta que fue demostrada con el informe o parte policial efectuados por los cabos de policía XXXX, XXXX y XXXX, quienes indican que mientras realizaban un operativo de investigación detectaron la entrega de la funda del logotipo TIA, en poder del procesado y luego de haberlo registrado se encontró una funda donde posteriormente se encontró la sustancia prohibida por lo que respecto a la parte objetiva del tipo y en este caso con relación a la tenencia de la sustancia ilícita misma que fue encontrada en el Barrio 24 de mayo, por la Av. Madero Vargas, en la Vía Puerto Bolívar a Machala- **El verbo rector** de la conducta acusada también se encuentra demostrada con el testimonio concordante de los agentes capturadores; considerando que el lugar en donde se encuentra puede ser cualquiera sobre el que el sujeto ejerza tenencia con o sin ánimo de señor y dueño, propiedad, derecho de usufructo, uso o habitación, o evidente ejercicio de su decisión, voluntad o consentimiento por ser de hechos presenciados por los testigos, coherentes lógicamente en su contenido y concordante con los hechos puestos a conocimiento del Tribunal.

e) *Elementos normativos.*— en el caso se refiere a la inexistencia de la autorización legal o receta médica que permita la libre tenencia o posesión y por tanto no se constituirá en acción relevante para el derecho penal, sin embargo, en éste caso no existe autorización legal, o despacho o receta médica lo que vuelve ilegal a la tenencia o posesión de la sustancia que de acuerdo a los respectivos exámenes periciales es marihuana, sustancia cuya tenencia se encuentra prohibida por la ley.

f) *Elementos valorativos.*— para el caso se constituye en el “consentimiento” de tal tenencia o posesión, el cual puede ser expreso por una parte; y por otras, no bastando de esta manera el alegar la ignorancia sobre la cantidad del contenido, si racionalmente se podía inferir que lo que tenía el procesado era ilícito por la forma en que se procedía para alcanzar el fin con el que supuestamente tenga o posea éste en su poder, por lo que el tribunal considera que el consentimiento se encuentra probado pues el acusado por la teoría de la defensa ha aceptado haber tenido la sustancia y por éste hecho aceptar recibir una paga, más aún cuando también tenía en su bolsillo más sustancia compatible con la marihuana, cabe mencionar que tal consentimiento no tiene nada que ver en relación al conocimiento y voluntad que tenga el procesado de los elementos del tipo objetivo, por los elementos expuestos el tribunal considera que se encuentran probados los elementos del tipo objetivo.

6.2. CATEGORIA DOGMATICA DE LA ANTIJURIDICIDAD

Comprobados los elementos propios de la primera categoría dogmática de la tipicidad, se debe continuar con el subsiguiente análisis de la categoría dogmática de la antijuridicidad. En cuanto a la antijuridicidad formal (desvalor de acción), así como tampoco han desvirtuado la “acción peligrosa” que pone en riesgo el bien jurídico protegido (desvalor de resultado), en el caso la salud pública, que si bien se encuentra ya valorada previamente, mediante la tipificación de una conducta que a criterio del legislador es estadísticamente peligrosa para la salud pública, en la realidad fáctica debe probarse la idoneidad para poner en evidente riesgo el bien jurídico, mediante la realización de la conducta previamente valorada, riesgo que en el caso se ve reflejado no solo en la toxicidad de la sustancia ilícita sino en el fin que ésta tenencia tenía, dada la alta cantidad de la misma, es decir, en el hecho de que la sustancia incautada la tenía en su poder el procesado, poniendo de ésta manera en efectivo riesgo el bien jurídico protegido denominado salud pública, lo cual se ve comprobado por el hecho de que en poder del procesado se le encontró 1914 gramos de peso bruto y peso neto de 1677.20 gramos de marihuana con lo cual se encuentran configurados también los presupuestos de la categoría dogmática de la antijuridicidad,

siendo procedente por ello analizar la culpabilidad del procesado como mero juicio de reproche.

6.3. CATEGORIA DOGMATICA DE LA CULPABILIDAD

En cuanto a la última categoría dogmática de la culpabilidad, como juicio de reproche, dicho juicio tiene como presupuestos los siguientes elementos: La de imputabilidad; la conciencia actual o potencial del antijuridicidad y, la exigibilidad de otra conducta. En el caso de XXXX, no demostró ser un inimputable frente al derecho penal.

6.4. DE LA AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

Configuradas así todas las categorías dogmáticas, se declara probada la existencia del delito, siendo procedente; por ende, entrar a analizar la autoría y participación del procesado XXXX, para cuyo efecto el Tribunal dejó por sentado ciertas premisas dogmáticas. Para la teoría del injusto personal, que le es esencial la relación con el autor. – En los delitos dolosos, como en el caso que nos ocupa, es autor solamente el acto fáctico sobre la realización del tipo, mediante el dominio final sobre el acontecer el autor, se destaca del mero partícipe, el que, o bien solo auxilia al acto, dominado finalmente, por el autor o bien incitó a la decisión. En el caso, el proceso tuvo el dominio fáctico del resultado típico, pues su voluntad de realización fue dirigida en forma planificada para alcanzar el fin propuesto que ocasionó la vulneración de las barreras de protección del bien jurídico tutelado, en el caso la salud pública, ya que dicha sustancia ilícita se le encontró en su poder, la misma que al ser sometida a las respectivas experticias periciales dio positivo a marihuana, conducta que se enmarca en actos principales, director e inmediatos ten dientes a la perpetración del acto punible, que le ubica a XXXX, en calidad de autor de la tenencia y posesión ilícitas de sustancias estupefacientes delito tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. – El Procesado no registra antecedentes penales según ha quedado probado en el juicio; y, la conducta observada por el interno en el Centro de rehabilitación Social de Machala, en el que se acreditó como muy buena lo que le permite al juzgador aplicar a su favor las circunstancias atenuantes puntualizadas en los números 6 y 7 del Art. 29 en concordancia con el Art. 72 del Código penal, para efecto de modificar la pena que corresponde a la infracción consumada.

VII

LA PENA

En cuanto a la aplicación de la pena el Tribunal considera que el principio de proporcionalidad de las penas requiere que la clase y cuantía de la sanción prevista por el legislador, esto es, el marco penal abstracto, guarde relación con la gravedad de la conducta tipificada como delito y que únicamente encuentre justificación la imposición de una pena a la persona responsable de la comisión de una infracción, ello comporta la exigencia de que la pena se imponga solo como consecuencia de hechos que le sean imputables a su autor, tanto desde un punto de vista objetivo, esto es que sean consecuencia de su acción u omisión, como subjetivo, es decir, que concurren los requisitos de imputación (que haya existido intención de cometer la conducta punible), e imputabilidad (que haya sido realizado en estado de equilibrio mental o capacidad de entender o querer y determinarse frente a ella), por tanto ésta pena se justifica solo cuando puede afirmarse la culpabilidad del autor, por lo que, la culpabilidad en el hecho opera solo como presupuesto sino como medida de castigo, de lo que se deriva la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito; por lo analizado anteriormente se consideran atenuantes para la modificación de la pena del procesado XXXX. - Por las razones expuestas, con fundamento en los Arts. 304-A, 309 y 312 del Código de Procedimiento penal, el Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DELECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA y mientras no haya un verdadero sistema de rehabilitación efectivo de los sentenciados ni autoridades especializadas que se encarguen de ello no pueden imponer penas más allá del límite mínimo que prevé la ley por lo que condena a XXXX , [...] a la pena de OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA y multa de cincuenta salarios mínimos vitales generales, por considerarle autor del delito de tenencia y posesión ilícita de sustancia estupefacientes...”

ANEXO III

ENTREVISTA

Estimado doctor

Mi nombre es Paola Vivanco, me encuentro realizando un trabajo investigativo previo a la obtención del título de Magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, este trabajo está relacionado con la problemática sobre drogas, por lo cual he revisado las sentencias del año 2009 y lo que va del año 2010, en vista de que usted, es protagonista de esas sentencias quisiera solicitar su colaboración respondiendo a las siguientes preguntas:

1. Observo que el porcentaje mayoritario de delitos relacionados con drogas que se juzgan en éste tribunal, lo están por delito de tenencia ilegal de estupefacientes. ¿A qué atribuye esta situación?
2. ¿En ésta clase delitos, es frecuente que los acusados no cuenten con defensor particular?
3. ¿Cuál es el bien jurídico afectado en el delito de tenencia ilegal de estupefacientes?
4. En el momento en que realiza su motivación, ¿Cómo realiza el análisis de lesividad?
5. He podido observar que antes de Julio de 2010 el modelo de sentencias tenía otra estructura, ¿A qué se debe este particular?
6. ¿Cree usted que las penas aplicadas al delito de tenencia ilegal de estupefacientes son proporcionales al daño causado?