

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**La mínima intervención penal en el COIP en la imposición de la pena
en delitos de narcotráfico**

Luis Renato Montoya Carrión

Tutor: Pablo Encalada Hidalgo

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Luis Renato Montoya Carrión, autor de la tesis intitulada “La mínima intervención penal en el COIP en la imposición de la pena en los delitos de narcotráfico”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos 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 formato virtual, electrónico, digital u 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 autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 19 de marzo 2019

Firma _____

Resumen

La mínima intervención penal en el Código Orgánico Integral Penal (COIP en adelante) en la imposición de la pena en delitos de narcotráfico: corresponde a un análisis práctico y normativo sobre la legalidad de la pena, su lesividad y proporcionalidad, además de un estudio de la acumulación aritmética que se impone en virtud a la vigencia de la resolución Nro. 012-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que lejos de buscar proporcionalidad conlleva a la aplicación de un derecho de máxima intervención que lesiona principios constitucionales. El presente trabajo tiene como objetivo, entregar un análisis de la finalidad de la pena y sus efectos en delitos de narcotráfico, y si estas sanciones efectivamente han disminuido, han aumentado o son similares con la normativa anterior a la vigencia del COIP.

El propósito de éste trabajo investigativo es de analizar la imposición y todas las circunstancias de atenuación, agravación, reincidencia que inciden en la aplicación final de la sanción en el delito de narcotráfico, y si esta pena final que se llega a ejecutar, atenta contra los principios de mínima intervención penal, legalidad y proporcionalidad que rigen en un estado constitucional de derechos y justicia, así como de garantismo penal.

La pena acumulada aritmética en delito de drogas, es una forma de advertir una política estatal que vulnera el derecho a igualdad frente a otros delitos como el contrabando que estaría en similares condiciones, una pena groseramente injusta para personas procesadas con pequeñas cantidades de sustancias sujeta a fiscalización, a más de la pena pecuniaria desproporcional que se llega a imponer en esta clase de infracciones. Esta resolución del Pleno de la Corte Nacional, en todo su contexto es atentatoria a la interpretación determinada en el Art. 13 del COIP, además de ser inconstitucional.

Es así, que la investigación me ha permitido obtener resultados de una evidente drasticidad de las penas en delitos de drogas, que si bien ha sido un gran avance la clasificación de escalas en esta clase de infracciones, pero lastimosamente, las penas restrictivas de libertad y restrictivas de derechos de propiedad continúan siendo desproporcionadas.

Dedicatoria

A mis padres JORGE ORLANDO Y ELICIA PIEDAD, quienes me han inculcado valores y principios necesarios para ser un profesional con ética.

A mi esposa ANA MARIA, quien se constituye en mi complemento, mi compañera de aventuras y quien está pendiente de nuestro bienestar en el hogar.

A mis hijos LUISANA Y RENATO ANDRES; quienes son mi fuente de inspiración para este logro.

Agradecimiento

Mi reconocimiento a la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador por haberme permitido ser su alumno en tan prestigioso centro de estudios superiores.

A mis profesores de la Maestría en Derecho Penal por haber impartido clases magistrales que han permitido elevar mis conocimientos.

Finalmente, mi agradecimiento al Dr. Pablo Encalada Hidalgo, por su colaboración para poder culminar con éxito la presente tesis.

Índice

Introducción.....	13
Capítulo Primero.....	15
Derecho Penal Mínimo.....	15
1.1.- Garantismo penal.....	15
1.2.- Mínima intervención penal.....	20
1.3. La proporcionalidad.....	24
1.4.- La política criminal antidrogas en el Ecuador.....	28
Capítulo Segundo.....	35
Las Consecuencia Jurídicas del delito de Narcotráfico.....	35
2.1.- El fin de la pena.....	35
2.1.1.- La pena en el COIP.....	38
2.1.2.- La Pena en el COIP en los delitos de narcotráfico.....	40
2.1.3.- Las circunstancias agravantes.....	41
2.1.4.- La reincidencia.....	42
2.1.5.- La aplicación de circunstancias agravantes entre el COIP y el derogado Código Penal.....	44
2.1.6.- Las atenuantes.....	45
2.1.7.- Los concursos materiales e ideales en la acumulación de las penas.....	46
2.1.7.1.- Los concursos materiales.....	46
2.1.7.2.- Los concursos ideales.....	48
2.2.- Análisis del precedente jurisprudencial contenido en la resolución Nro. 012-2015 emitido por el pleno de la Corte Nacional de Justicia.....	50
2.2.1.- Breve análisis de la resolución Nro. 012-2015, bajo las reglas del principio de proporcionalidad.....	57
2.3.- Análisis y comparación de las penas previstas en los delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en el COIP y Ley de Sustancias Estupefacientes actualmente derogada.....	60
2.4.- Análisis de fallos sobre penas desproporcionales en delitos de drogas.....	65

2.4.1.- Fallos con cantidades de gran escala de estupefacientes.....	66
2.4.2.- Fallos con cantidades de mínima escala de estupefacientes.....	69
Conclusiones.....	75
Recomendación.....	79
Bibliografía.....	81

Introducción

La vigencia del Código Orgánico Integral Penal a partir del 10 de agosto de 2014, mostraba un notable avance de derechos y garantías en relación a los delitos de narcotráfico al ubicar umbrales de tenencia, y dividir el delito en escalas de mínima, mediana, alta y gran escala, permitiendo así una sanción proporcional según cada caso, apartándonos así de las penas generalizadas establecidas en la derogada Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que regulaba penas y sanciones iguales, sin distinción de la cantidad encontrada en poder del infractor.

Sin embargo, de esta marcada diferencia de las normativas en mención, al poco tiempo de la vigencia del COIP, surgieron inconvenientes en la aplicación de la norma, así como políticas criminales de mayor rigurosidad al afirmarse que la tabla de tenencia y el régimen de sanción contenido en el Código Orgánico Integral Penal, estaba confabulando para que los jóvenes entren en el camino de la drogadicción. Es así, que en el año 2015, se procede a la primera reforma al capítulo de escalas del delito, aumentando su pena y aumentando la magnitud de la tenencia, hasta que finalmente el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, emite la Resolución Obligatoria con carácter de precedente en torno a la acumulación material de penas, cuando el infractor mantenga en su poder más de una sustancia diferente de drogas, generando así, según los promotores de la reforma, una mayor seguridad ciudadana y evitando así la propagación de un problema de salud pública.

Esta nueva normativa, permitió sin duda al momento de su aplicación sanciones proporcionales, acordes a un verdadero sistema de mínima intervención, pero que lamentablemente con la actual regulación de la Resolución Obligatoria Nro. 012-2015, no se ha logrado el objetivo, y tenemos penas diametralmente desproporcionales generalmente en delitos de mínima y mediana escala, lo cual en vez de generar seguridad jurídica, ha ocasionado aplicaciones nefastas en el sistema judicial ecuatoriano, con imposición de penas mucho más graves que las determinadas en la normativa ya derogada.

Con este preámbulo, la presente investigación, busca realizar un enfoque concreto sobre los postulados de la proporcionalidad, la legalidad y los fines de la pena, partiendo de un esquema garantista que pretende obtener que sólo la conducta penalmente relevante, es la reprochable y que amerita sanción, según las consecuencias jurídicas de la infracción y que las conductas que no reúnen dichas características, no deberían ser tipificadas como tal.

Es así que se denota la importancia del tema del presente trabajo, para buscar obtener respuesta sobre la mínima intervención penal del estado y sobre sus consecuencias con la debida proporcionalidad de la pena en relación a los delitos de drogas en nuestro país, así como obtener respuesta sobre la actual política criminal implementada por el gobierno de turno para erradicar la delincuencia ligados al delito de narcotráfico.

En la primera parte del trabajo, se realiza una breve introducción a temas centrales y pilares fundamentales del debido proceso así como el garantismo penal, se busca obtener respuesta a la mínima intervención penal y la proporcionalidad de las penas, así como enfocarnos en la política criminal implementada en el Ecuador en relación a delitos de drogas.

En la segunda parte, se efectúa un análisis sistemático sobre las penas y sus circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Orgánico Integral Penal, así como una comparación con la normativa anteriormente vigente, se analiza además la Resolución Nro. 012-2015 pronunciada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, sobre la acumulación aritmética de penas en esta clase de delitos y se efectúa un análisis sobre las sentencias emitidas por los Tribunales Penales de la ciudad de Loja en esta clase de infracciones tanto con la normativa ya derogada como con la normativa actualmente vigente, donde podemos advertir la discrecionalidad de aplicación de circunstancias atenuantes y agravantes, así como la máxima penal que existe en nuestra país en la actualidad con la acumulación de penas en esta clase de delitos.

Capítulo Primero

Derecho Penal Mínimo

1.1.- Garantismo penal

Las Constituciones modernas de Latinoamérica, y especialmente la de nuestro país han implementado como principios a los derechos humanos, constituyéndose en “...la base del sistema político y jurídico contemporáneo...”¹, lo cual implica que su constitucionalización permite limitar el ejercicio del poder, toda vez que el legislativo al crear leyes, especialmente del sistema penal, deberá ceñirse a la universalidad de los derechos humanos, y al momento de definir delitos deberá ratificar un derecho, pero cuando una persona infringe un tipo penal previamente establecido, deberá restringirle dicho derecho a su favor, obviamente tomando un criterio de proporcionalidad entre el derecho vulnerado y su infractor, reconociéndose de esta manera que “...el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución...”².

Es así como nace el garantismo penal que es una “...interpretación elaborada más recientemente por Ferrajoli de un derecho penal legitimado por su capacidad de tutelar valores o derechos fundamentales...”³, se puede concluir entonces que los derechos humanos son el mecanismo fundamental de la teoría del derecho penal.

“...El poder punitivo es una de las formas de intervención en el ejercicio de los derechos humanos, que se justifica solo cuando es estrictamente necesario y cuando atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos...”⁴, lo que significa que el sistema penal, al tipificar un hecho como conducta delictiva debe éste proteger un derecho reconocido en la Constitución, aclarando que no siempre será necesario que cada derecho deba contener un tipo penal, sino única y exclusivamente aquella conducta que sea penalmente relevante, cumpliendo la base tripartita de la estructura del delito.

Nuestra vigente Constitución, nació con el gobierno de la denominada revolución ciudadana, en el año 2008, su poder punitivo se ejecutó, primero con reformas introducidas al derogado Código de Procedimiento Penal en el año 2009 y

¹ Ramiro Ávila Santamaría, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*, Colección Profesional Ecuatoriana (Quito: Ediciones Legales, 2013), 33.

² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11 numeral 3.

³ Carlos Alberto Elbert, *Manual Básico de Criminología* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2005), 112.

⁴ Ávila, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos*, 41.

luego con la entrada en vigencia del nuevo Código Orgánico Integral Penal en agosto de 2014, en cuya exposición de motivos en su numeral 6 dice que: "...Todo sistema penal se encuentra en el dilema entre combatir la impunidad y garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal. Si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca sanciona; si las garantías se flexibilizan, se acabaría condenando a la persona inocente..."⁵. Es decir, nace un sistema garantista y eficiente que buscaría condenar al culpable de un delito de manera ágil y oportuna que busca como fin "...limitar el poder punitivo del Estado, a través de la articulación de las garantías y los derechos constitucionales y supraconstitucionales..."⁶.

Esta nueva concepción de "...Estado constitucional de derechos y justicia..."⁷ plasma el respeto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución de la República y Tratados Internacionales, los cuales se encuentran establecidos en el Art. 76 de la Constitución, los cuales plasman a través de una normativa legal coherente a dicho sistema (Código Orgánico Integral Penal), así como políticas de correcta interpretación y aplicación de la ley (resoluciones obligatorias de la Corte Nacional de Justicia).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que "...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos..."⁸. Ecuador ratificó lo establecido en Pacto de San José, desde el 08 de diciembre de 1977 y desarrolló un sistema penal garantista a partir de su promulgación de la última Constitución del año 2008.

Se establece así un sinnúmero de principios del sistema penal, mencionando principalmente los de legalidad, inocencia, legalidad de las pruebas, contar con un tribunal penal imparcial e independiente, contar con un juicio en un plazo razonable, inviolabilidad del derecho a la defensa, un debido proceso que incluyen etapas de juicio e impugnación, estos principios se encuentran además descritos en el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además dos principios

⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial Suplemento Nro. 180 (10 de febrero de 2014) exposición de motivos numeral 6, 16.

⁶ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La Constitucionalización del derecho penal*, 1ra Edición (Quito: V&M Gráficas, 2009), 12.

⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 1.

⁸ *Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José* (1969), 1.

fundamentales adicionales como la seguridad jurídica (Art. 82) y tutela judicial efectiva (Art. 75).

Ramiro Ávila, afirma que “...en el estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente...”⁹. Entonces, podemos afirmar que los poderes del estado, están subordinados a la Constitución y a los principios que ésta contiene y deberán ser cumplidos de manera categórica.

El profesor Luigi Ferrajoli, al referirse al garantismo penal dice:

Hemos visto cómo el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución Italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas o policiales. Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto.¹⁰

Sin duda se refiere, que no todo país por contar con un modelo neoconstitucionalista que respeta los derechos humanos es un sistema garantista, pues deben existir los medios como un correcto Código Penal, Código de Procedimiento Penal Código de Ejecución de Penas, que permita desarrollar los principios establecidos en la Constitución.

Esto implica que la normativa penal debe encontrar aquel equilibrio entre el poder frente al justiciable, respetando garantías, adecuando el sistema al tan anhelado estado constitucional de derechos y justicia, lo cual no es fácil, pues en muchas ocasiones el garantismo encuentra sus detractores que con razón o no, dicen que este sistema busca más bien un desequilibrio favoreciendo al delincuente frente a la víctima y lo que ocasiona es injusticia. A simple vista, parecería ser que las garantías son sólo para los delincuentes, como lo afirman los detractores del sistema garantista, pero ¿cómo se puede juzgar sin un juicio justo?, aquello no sería garantista pues se convertiría en “...cuando el sistema penal opera arbitrariamente, arrasa contra el que es y el que no es definido como peligroso o enemigo, inevitablemente...”¹¹. Es decir, el

⁹ Ramiro Ávila Santamaría. *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución del 2008* (Quito: Abya Yala, 2011), 122.

¹⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Prólogo de Norberto Bobbio, Primera reimpresión (Madrid: Editorial Trotta, 2014), 851.

¹¹ Ávila, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos*, 44.

modelo garantista optimiza los derechos humanos, ratificando que toda persona independiente de su condición es inocente, no solo como presunción sino como derecho inherente a cada ser humano, y que la misma únicamente se destruye con la exhibición y producción de prueba que será debidamente valorada a través de un debido proceso que se traduce en juicio justo que conlleva además a declarar su culpabilidad a través de sentencia que luego de cumplir los estándares de impugnación quede en firme o ejecutoriada.

“...Las garantías tienen como objetivo evitar que cualquier persona que no ha hecho nada malo sea enjuiciada injustamente y peor aún condenada. También tiene como objetivo velar porque las personas que han cometido delitos sean tratados como seres humanos y no como personas que, por cometer delitos, han perdido los derechos y dejan de ser humanos...”¹², entendemos así que las garantías no son para proteger delincuentes o garantizar su inmediata libertad, sino para proteger a toda la sociedad que algún momento podrá estar a expensas de una detención correcta o incorrecta y que necesita un debido proceso y un juicio justo, y obviamente cuando esa persona detenida ha cometido un delito, no sea sometida a un juicio de valor o de criterios morales, sino que sea juzgada a través de un juicio con garantías y la imposición de una pena proporcional.

Nuestro país, en el año 2009, experimentó la primera expectativa de un nuevo Código de Garantías Penales, llamado anteproyecto el cual jamás fue promulgado, pero ya se establecía una definición clara y categórica de garantismo. Luigi Ferrajoli, sostiene:

de manera categórica que el único modelo de derecho penal que el Estado Constitucional demanda se llama “garantismo penal”, entendiéndolo como “un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones. Por este modelo, se distinguen tres tipos de garantías: las sustanciales (principio de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad, y culpabilidad), las procesales (contradictoriedad, paridad entre acusación y defensa, estricta separación entre acusación y juez, presunción de inocencia, carga acusatoria de la prueba, oralidad, publicidad) y las orgánicas (independencia interna y externa de los jueces y juezas, autoridades competentes, reducción de la discrecionalidad y principio del juez natural ¹³.

El mismo Ferrajoli, en una de sus obras denominadas *derecho penal mínimo*, utilizaba una frase para definir de una manera fácil de comprender a las garantías como

¹² *Ibíd.* 45.

¹³ Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal mínimo y otros ensayos* (México: CEDH, 2008), 27.

la “...la ley penal se justifica en tanto que ley del más débil, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte...”¹⁴, y eso implicaba que la ley en definitiva son los derechos humanos que los encontramos plasmados en las constituciones y el más débil sin duda somos todas las personas que algún momento podemos estar en un estado de vulnerabilidad, por lo tanto ante esta situación todos tenemos derechos que los ejercemos frente a una vulnerabilidad a través de las garantías.

Lo contrario al sistema garantista lo encontramos en el sistema funcionalista, que tiene sus bases en Claus Roxin quien establece que la estructura del delito depende de los fines y funciones que cumple el derecho en la sociedad, lo cual implica que la pena tiene doble función de retribución y de prevención del cometimiento de nuevos delitos. “...El funcionalismo estudia a la sociedad sin tener en cuenta su historia, estudia a la sociedad tal y como la encuentra. Intenta comprender como cada elemento de la sociedad se articula con los demás, formando un todo y ejerciendo una función dentro de esa sociedad...”¹⁵.

En suma, el garantismo penal:

se basa en algunos postulados: (1) El derecho penal debe respetar los derechos humanos de las personas de forma cuidadosa y seria; (2) las limitaciones a los derechos deben ser discutidas en juicio y en procedimientos contradictorios, en los que se garantice el derecho a la defensa técnica; (3) las autoridades judiciales y no judiciales (policía, fiscalía, administración penitenciaria) que intervienen en las distintas instancias penales, deben tener la mínima posibilidad de discrecionalidad, tienen que justificar sus acciones y ser responsables de las mismas; (4) todo acto que restrinja derechos es controlable judicialmente; y (5) el derecho penal es el mínimo necesario para garantizar la eficiencia, evitar la impunidad, y proteger a la persona inocente¹⁶.

Efectivamente, nuestra Constitución de la República y Código Orgánico Integral Penal, plasman un sistema garantista de derechos y de justicia, que pretende desarrollar como máximo los derechos humanos, sobre las personas que se encuentran con problemas con la ley, pero a la vez también pretende optimar un sistema seguro a favor de las víctimas, sin embargo, esta armonización de normas en el caso de sustancias y estupefacientes, tuvo en su inicio una regularización de cantidades y niveles de sustancia, optimizando una pena proporcional, pero que, ante las críticas y linchamiento

¹⁴ Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, 335.

¹⁵ Estuardo Montero Cruz, “El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs, 01 de febrero de 2008, párr. 6, <https://derechopenalonline.com/el-funcionalismo-penal-una-introduccion-a-la-teoria-de-gunther-jakobs/>.

¹⁶ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La Constitucionalidad del Derecho Penal* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 47.

mediático tuvo que aplicarse una serie de reformas al Código Orgánico Integral Penal, así como a la tabla de sustancias y estupefacientes, pronunciamiento de resoluciones con fuerza de ley como la no aplicación de suspensión de pena al someterse a procedimiento abreviado, acumulación de penas en delitos de sustancias y estupefacientes, nos lleva a concluir que nos estamos alejando del estado garantista para volver a un estado de populismo penal en el cual se advierte el aumento de penas, como resultado de la presión social, a través de medios de comunicación, para advertir mayor seguridad, lo cual constituye en un argumento falaz, en la forma que se analizará en el transcurso de la investigación.

Las garantías consecuentemente no están sujetas a presiones políticas o sociales, sino que se constituyen en una póliza de seguro para toda la ciudadanía pues “Las garantías ayudan a que la verdad se construya de forma justa y adecuada. Entonces, no hay contradicción verdadera entre la eficiencia y las garantías. Hay que ser eficiente con las garantías. El un extremo me lleva a la injusticia, el otro me lleva al juicio justo”¹⁷.

Podemos advertir entonces que el garantismo penal busca menos personas recluidas en prisión, clasificación de delitos que requieran la imposición de una pena, aumentar la justicia reparadora, amplificación de medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva, oportunidad y proporcionalidad en la imposición de penas, obviamente en un juicio justo con respeto al debido proceso y la seguridad jurídica.

1.2.- Mínima intervención penal

“...La mínima intervención significa que el Estado debía actuar únicamente en los casos más graves y proteger los bienes jurídicos de mayor importancia, y sería el derecho penal la última o extrema ratio, cuando ya hubieran fracasado las restantes alternativas del derecho...”¹⁸.

Debemos entender que la mínima intervención penal implica un derecho penal fragmentario y subsidiario, es decir, que sólo se debe recurrir como el último recurso, cuando otros mecanismos no penales como el civil, extrajudicial, mediación, arbitraje y administrativo, no han resuelto el problema. Por lo tanto, se legitima el derecho penal con la tipificación de delitos necesarios para una sociedad justa e igualitaria que busca un juicio con garantías, y no la creación desmedida de tipos penales para una sociedad represiva y desproporcional que busca crear enemigos con penas y juicios sin un debido

¹⁷ Ávila, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos*, 46.

¹⁸ Elbert, *Manual Básico de Criminología*, 111.

proceso, por lo que se puede afirmar que el garantismo penal estaría ligado a la mínima intervención penal.

Cuando decimos mínima intervención penal sin duda estamos buscando como objetivo que no toda conducta humana sea reprimida con una sanción de cárcel. “...El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima...”¹⁹, es decir la mínima intervención no es más que una limitante al sistema judicial que evita que toda conducta que provoque un daño debe ser sancionada con una pena, tal es así que el actual Código Orgánico Integral Penal define así: “...La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales...”²⁰.

Al definirse a la mínima intervención penal como estrictamente necesaria, sin duda estamos optimizando un derecho penal “...de *ultima ratio*; es decir, cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea muy importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con medidas menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquella las aplicables...”²¹.

Sin embargo, también lo estrictamente necesario puede otorgar legitimidad en contrario, toda vez que la definición cuando dice ‘estrictamente necesaria para la protección de las personas’ debemos preguntarnos ¿qué busca proteger la ley penal?, y aquello permite a los legisladores muchas de las ocasiones tipificar delitos que podrían ser subsanado a través del derecho administrativo como el contrabando, o actos como el de tenencia de estupefacientes que aparentemente tendría un fin de prevención general y especial, para que otras personas no comentan la misma infracción, esto es, lo que en doctrina se denomina fin utilitarista, apartándonos de la lesividad que muchas de las veces no existe en ciertos delitos.

Sobre el bien jurídico que protege el delito de narcotráfico, ha existido la discusión, pues de acuerdo a nuestra legislación y legislaciones mayoritarias, establecen que el bien jurídico protegido es la salud pública. “...En tal sentido el tráfico de drogas sería un delito pluriofensivo, por cuanto afectaría inmediatamente la salud pública y mediatamente la salud individual de cada uno de los ciudadanos. Respecto de este

¹⁹ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, Octava Edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 72.

²⁰ Código Orgánico Integral Penal, Art. 3.

²¹ Ramiro J. García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal comentado* Tomo I Arts. 1 al 78 (Perú: Ara Editores, 2014), 47.

último bien jurídico existe el llamado peligro abstracto...”²². Aunque en algunos casos no exista tal afectación general sino única y exclusivamente individual, lo cual podría constituir en un delito de lesiones como consecuencia del mismo.

Resulta de interés la opinión de Enrique Bacigalupo cuando sostiene que “si la entrega de la droga no supera la de una dosis que se consume por otro, en el momento, dentro de un lugar cerrado, sin que el autor tenga en su poder mayor cantidad de droga, el peligro generado para la salud es meramente individual y, por consiguiente, no alcanza carácter público que caracteriza el bien jurídico protegido por el artículo 344, Código Penal”. Luego agrega que cabría discutir si estos hechos deben quedar totalmente impunes, pues, en relación con ellos, el peligro generado para la salud individual podría ser considerado como delito de lesiones.²³

La mínima intervención penal implica que al derecho penal no le corresponde crear tipos penales por toda acción u omisión que afecte un bien jurídico, por el contrario “...si para el restablecimiento del orden jurídico violado es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben emplearse y no las penales...”²⁴.

Parecería ser entonces, que la descripción de mínima intervención penal conceptualizada en el Art. 3 del Código Orgánico Integral Penal, cuando se refiere a la actuación penal a la estrictamente necesaria, se refiere a la conducta penalmente relevante que según el Art. 22 del cuerpo legal antes descrito dice que serían “...las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables...”²⁵, nuevamente una ambigüedad en la norma al no determinarse si las acciones u omisiones son humanas contrariando el principio de exterioridad, pues los actos internos como los pensamientos o las intenciones no podría ser punibles, lo cual se denominan actos internos pues en todo caso “...ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción...”²⁶, esto implica que debe determinarse “...una relación de causalidad entre la acción y el resultado dañoso...”²⁷ para que la conducta que se pretende sancionar sea efectivamente relevante para ser castigada con una pena. Aquello implica que “...no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el derecho penal, ni tampoco todos los bienes

²² Edgardo Alberto Donna, *Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro III* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzone), 266.

²³ *Ibíd.*, 269.

²⁴ Muñoz Conde y García, *Derecho Penal*, 78.

²⁵ Código Orgánico Integral Penal, Art. 22.

²⁶ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 480.

²⁷ *Ibíd.*

jurídicos son protegidos por él. El derecho penal se limita a castigar únicamente las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes...”²⁸.

La Corte Constitucional de Colombia cuando se refiere a la mínima intervención penal ha sostenido:

que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio.²⁹

Entonces la mínima intervención penal, es un principio que limita el *ius puniendi* del estado que presupone una necesidad social del delito y de la pena a través de una adecuada política criminal que busque encontrar la paz social.

Ninguna política criminal es buena para una mala política social, cualquier derecho penal es malo para una sociedad injusta, entendiendo por tal, no aquella en que incurren injusticias –que esto parece inevitable en cualquier comunidad humana–, sino aquella otra en que la injusticia y la desigualdad graves son la regla general o por lo menos afectan a masas enorme de personas.³⁰

La Corte Constitucional de Colombia, cuando se refiere a la mínima intervención penal, va más allá del concepto y analiza también con el principio de necesidad de las penas y manifiesta:

El principio constitucional de la necesidad de las penas implica que el legislador, en la configuración abstracta de la política punitiva, debe recurrir únicamente a los instrumentos penales, cuando esto resulte constitucionalmente necesario, es decir, cuando se afecten bienes jurídicos relevantes; esta afectación sea grave (principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de fragmentariedad de la sanción penal) y no existan o hayan resultado insuficientes otros instrumentos menos gravosos para la libertad (subsidiariedad de la sanción penal o carácter de ultima ratio de la intervención penal). El principio de necesidad genera así la idea de la subsidiariedad de la respuesta penal frente a los problemas sociales que deben ser afrontados por el Estado, tanto en

²⁸ Muñoz Conde y García, *Derecho Penal*, 79.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia de fecha 16 de mayo de 2012 C-365-2012 (Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 447-A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 27 de la Ley 1453 de 2011), parte introductoria <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-365-12.htm>.

³⁰ Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal, Parte General, Principios y Categorías Dogmáticas*, Reimpresión 2017 (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017), 144-145.

tiempos ordinarios, como durante los estados de excepción. De esta manera es posible afirmar que el principio de necesidad “se concreta en asumir el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio” de la intervención penal y su respeto garantiza la justicia de la represión penal. Este principio, a pesar de estar inicialmente dirigido al legislador, también tiene como destinatario al juez penal el que, para poder imponer una sanción en un caso concreto, debe verificar la afectación material de los bienes jurídicos que, en abstracto, protege la norma.³¹

En definitiva, el principio de mínima intervención penal se convierte en un principio político-criminal que limita el poder punitivo del Estado, ya que el derecho penal por contener un carácter de fragmentariedad únicamente sanciona aquellas acciones realmente graves que atentan a bienes jurídicos verdaderamente relevantes. “...Una intervención penal mínima exige del legislador un amplio proceso de descriminalización, el establecimiento de penas alternativas...”³². Es más, en un estado constitucional de derecho y justicia conforme a la definición del Art. 1 de la Constitución de la República, se deben desarrollar garantías a los procesados como las enumeradas en el Art. 5 del Código Orgánico Integral Penal y a las víctimas como las constantes en el Art. 12 del mismo cuerpo legal, pero siempre y cuando en un marco de necesidad de la intervención penal frente a la ilicitud de la conducta, y no como un medio de represión o venganza.

Entonces advertimos que el concepto de mínima intervención penal en el COIP, estaría definido bajo el parámetro de necesidad y que si existe algún otro mecanismo, como la conciliación debe priorizarse la misma, renunciando a la acción penal por ser perjudicial para el procesado.

1.3. La proporcionalidad

La proporcionalidad tiene un concepto desde el punto de vista constitucional y desde el punto de vista penal, según lo explica la Corte Constitucional de Colombia, en uno de los fallos cuando se refiere que:

En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución –, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el

³¹ Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia de fecha 20 de abril de 2016 C-191-2016 (Demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones de los artículos 4 (parcial), 6 (parcial), 8 (parcial), 11 (parcial), 14 (parcial), 15 (parcial) y 51 de la Ley 1762 de 2015), parte introductoria <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-191-16.htm>.

³² Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Ecuatoriano*, Tomo I, Parte General, Décima Segunda Edición (Quito: Ediciones Legales, 2011), 32.

ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 CP.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 CP.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 CP.).³³

De acuerdo a la Corte Constitucional de Colombia, la proporcionalidad como principio, busca que el poder estatal actúe siempre bajo los parámetros de garantías, sin que se extralimiten en la potestad de sus funciones y la proporcionalidad en sentido penal implica que:

la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia.³⁴

Es decir, la proporcionalidad en sentido penal, se centra exclusivamente entre el acto determinado como infracción y su sanción a imponerse, las circunstancias que se encuentran inmersas con el cometimiento del delito que pueden atenuar, eximir o extinguir la responsabilidad penal, así como el daño provocado y la consecuente reparación a imponerse.

En palabras del profesor Claus Roxin, la proporcionalidad es:

el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán. Como instrumentos de protección que brinda el Estado vemos el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones desproporcionadas³⁵

Nuestra Constitución de la República establece en su Art. 76 numeral 6 que: “...la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza...”³⁶ aquello implica que este principio denominado proporcionalidad se garantiza como tal en cada una de los actos de carácter civil, penal o de cualquier otro ámbito y que el mismo será determinado en la ley

³³ Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia de fecha 10 de agosto 2005 C-822-2005 (Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal), parte considerativa numerado 3 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-822-05.htm>.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la Segunda edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Madrid: 1997, Civitas) 137.

³⁶ Constitución de la República del Ecuador, Art. 76.

imponiendo una sanción a un delito según la gravedad o bien jurídico que se atente a través de la acción típica jurídica y culpable que se cometa por una persona natural o jurídica. “...El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto*, es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico...”³⁷. Obviamente que la proporcionalidad se convierte en un resultado del principio de legalidad, pues para que exista la pena debe necesariamente existir un acto típico preestablecido y este acto conllevará a una sanción, la cual no podría ser mayor a la consecuencia del daño causado en el delito, y como lo ha mencionado Ramiro Ávila Santamaría “...la proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos humanos...”³⁸.

Cuando se trata de tipificar delitos y de imposición de penas, de acuerdo a nuestro Estado constitucional de derechos, aquella competencia es exclusiva del legislador, y éste a la vez podrá determinar la validez de la norma penal, “...siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa...”³⁹. Sin embargo, estos parámetros de proporcionalidad para la promulgación de delitos, son consecuencia de situaciones políticas momentáneas como por ejemplo el tipificar delitos contra el derecho al trabajo y la seguridad social, sin que aquel delito reúna ninguno de estos elementos propios de la proporcionalidad, es ahí cuándo de acuerdo a las facultades establecidas en la Constitución de la República, la Corte Constitucional podrá intervenir para declarar una norma en constitucional o inconstitucional.

El derecho penal es uno de los sectores del ordenamiento jurídico en donde más se acentúa esta tensión competencial entre el Legislador y la Corte. En este terreno, la controversia se plantea sobre todo entre tres tesis. Por una parte, se aduce que atribuir la categoría de punibles a determinados comportamientos que se consideran nocivos para la vida social, y fijar las sanciones que deben ser impuestas en caso de que se realicen, es un asunto de política criminal, ajeno a todo tipo de certezas deducibles de los derechos fundamentales, y que por tanto debe dejarse en las manos de los consensos y las transacciones parlamentarias que se reflejan en la legislación. Desde el flanco opuesto, se afirman que la tipificación penal de una conducta implica siempre una intervención en los derechos fundamentales, y que, por lo tanto, a la Corte

³⁷ Ferrajoli, Derecho y Razón, 398.

³⁸ Ramiro Ávila Santamaría. “Principio de Proporcionalidad”. *Revista Judicial. La Hora* (Loja), 05 de septiembre de 2017, C1.

³⁹ Miguel Carbonell. *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad* (México: Editorial Porrúa, 2012), 158.

Constitucional le compete establecer si las intervenciones penales tienen definitivamente el carácter de restricciones válidas, o, por el contrario, de violaciones de tales derechos. En otros términos, se señala que toda ley penal implica una intervención en los derechos fundamentales, y que consiguientemente pueden ser constitucional o inconstitucional.⁴⁰

En definitiva, la proporcionalidad en materia penal, abarca el campo de la antijuridicidad y culpabilidad, pues la conducta ilícita requiere de un daño real a un bien jurídico protegido y determinando la responsabilidad penal del procesado para la imposición de una pena.

el principio de proporcionalidad, es la herramienta de ponderación entre las facultades de investigación y persecución de los órganos del sistema penal y los derechos constitucionales atinentes a las personas objeto de la acción de este sistema; o sea que el principio de proporcionalidad, es el equilibrio que debe mantenerse entre el derecho a castigar que tiene el Estado y los derechos de las personas, de tal manera que ambas partes queden en igualdad de condiciones, para mantener un balance equitativo entre el poder punitivo del Estado y los derechos de las personas; porque toda persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada, con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano.⁴¹

En suma, tenemos bien entendido que la promulgación de infracciones penales y la consecuente pena es de competencia exclusiva del legislador quien “...está dotado de un espacio de discrecionalidad para determinar el contenido de la ley penal que sea apropiado a las circunstancias sociales, políticas y económicas, y que esté en consonancia con la ideología de las mayorías del Congreso...”⁴², pero cuando el legislador no toma los parámetros necesarios para una correcta tipificación y sanción, es cuando puede determinarse la constitucionalidad o no de la norma a través de la facultad concedida a la Corte Constitucional. La proporcionalidad en el camp penal “...quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito...”⁴³.

José García Falconí, en uno de sus artículos sobre la proporcionalidad o dosimetría de las penas se refiere que:

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la dosimetría de penas y sanciones es un asunto librado a la definición legal y cuya relevancia constitucional es manifiesta únicamente cuando el legislador incurre en un exceso punitivo del tipo

⁴⁰ *Ibíd.*, 190.

⁴¹ José García Falconí, “La proporcionalidad o dosimetría de las penas”, 26 de noviembre de 2012, parr. 6, <https://www.derechoecuador.com/la-proporcionalidad-o-dosimetria-de-las-penas>.

⁴² Carbonell Miguel. *El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 192.

⁴³ Muñoz Conde y García, *Derecho Penal*, 85.

proscrito por la Constitución, pero aclara que el carácter social del Estado de Derecho, es el respeto a la persona humana, a su realidad y autonomía, principios medulares del ordenamiento constitucional, que se sirven mejor con leyes que encarnen una visión no disociada del principio de proporcionalidad y de subsidiariedad de la pena, de modo que ésta solo se consagre cuando sea estrictamente necesario; de tal manera que la dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a los jueces velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa, se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad, además el principio de igualdad está consagrado en el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República y de este principio, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato, pero atendiendo a las circunstancias concretas al caso, o sea que el juicio exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos⁴⁴.

1.4.- La política criminal antidrogas en el Ecuador

La política criminal antidrogas en el Ecuador se remonta con la promulgación de la denominada Ley 108, cuya denominación es Ley de Sustancias y Estupefacientes y Psicotrópicas, vigente desde el 17 de septiembre de 1990 hasta el 09 de agosto de 2014, ley en la cual se contemplaba sanciones para infracciones tales como: cultivo ilícito, fabricación ilícita, tráfico ilícito, transporte ilícito, tenencia y posesión ilícita de sustancias sujetas a fiscalización y control (drogas) con una pena de 12 a 16 años de reclusión mayor extraordinaria, dicha política criminal da un giro con la vigencia del nuevo Código Orgánico Integral Penal, que en su puesta en vigencia tenía una intención de buscar una proporción entre la cantidad de sustancia ilícita encontrada al autor o autores y la sanción a imponer, creando así umbrales denominados escalas conforme lo determina el Art. 220 numeral 1 del COIP.

Esta política criminal que se implementó por el Estado, fue progresivamente cambiando bajo el eslogan de “cero tolerancia al microtráfico”, cambió radicalmente con la implementación de reformas al Código Orgánico Integral Penal, en torno al delito de drogas así como reformas de la denominada tabla de cantidades de sustancias estupefacientes para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala.

Luego, como corolario de dicha guerra al microtráfico ha sido el pronunciamiento emitido por la Corte Nacional de Justicia, quienes basados en su facultad constitucional prevista en el art. 185 de la Constitución de la República, emitieron la Resolución Nro. 12-2015 publicada en el Registro Oficial Nro. 592 del 22 de septiembre de 2015 (precedente jurisprudencial) mediante el cual se acumulan aritméticamente las penas de los delitos de narcotráfico cuando una persona ejecute un

⁴⁴ José García Falconí, “La proporcionalidad o dosimetría de las penas”, 26 de noviembre de 2012, parr. 7, <https://www.derechoecuador.com/la-proporcionalidad-o-dosimetria-de-las-penas>.

acto ilícito en cualquier de los verbos rectores de la norma (Art. 220 COIP) con diferentes sustancias sujetas a control, procediéndose a una sumatoria de penas, dejando a un lado los principios del concurso material e ideal de infracciones previstas en el Art. 20 y 21 del Código Orgánico Integral Penal, conforme se analizará en los acápites siguientes.

Esta política criminal sin duda ha ido agravando la sanción bajo "...la percepción de las drogas como el "peor de los males de la sociedad" no solo forma parte de nuestro imaginario colectivo, sino también de la predeterminación en el diseño y aplicación de políticas públicas..."⁴⁵ claro está que además la sobredimensión del daño que se dice provoca también incide para una argumentación que conlleva al legislador a agravar la sanción en esta clase de delitos, bajo el discurso de proteger a la sociedad del mal llamado drogas, y es verdad que el abuso de estas sustancias produciría un severo daño a la salud de que quienes la ingieren, motivo por el cual el Art. 364 de la Constitución de la República dice: "...las adicciones son un problema de salud pública..."⁴⁶ lo que lleva a que el estado ecuatoriano implementa políticas de prevención para evitar la proliferación de un problema de salud pública.

"...Se cree que el uso de drogas tiene una estrecha relación con la comisión de delitos; sin embargo, no existe en el Ecuador una relación determinante del uso de drogas ilícitas con la seguridad ciudadana..."⁴⁷, sin duda que es el mito que el Estado aduce para que al delito de drogas se lo reprima con penas desproporcionales e incluso con un proceso judicial desigual en la cual el parte policial o la versión emitida por el agente aprehensor se convierten en prueba para una evidente sentencia condenatoria, pues los jueces tienen su criterio formado de credibilidad hacia un agente llamado antinarcótico.

Esta misma ficción de seguridad ciudadana ha sido el corolario para las reformas al actual Art. 220 del Código Orgánico Integral Penal en torno a agravar las penas a imponerse en la comisión de este delito, tal es así que con la vigencia del COIP, en agosto de 2014 las penas se regían a una tabla de escalas así: mínima escala se sancionaba con pena de dos a seis meses: mediana escala se sancionaba con pena de uno a tres años, alta escala se sanciona con pena de cinco a siete años y gran escala se

⁴⁵ Pérez Correa, Catalina, coord., *Justicia Desmedida: Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina* (México: editorial Fontamara, 2012), 140.

⁴⁶ Constitución de la República del Ecuador, Art. 364.

⁴⁷ Pérez Correa, Catalina, coord., *Justicia Desmedida: Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina*, 148.

sanciona con pena de diez a trece años, para posteriormente luego de un año de vigencia de la normativa se proceda a aumentar la pena en casos de mínima y mediana escala con penas de prisión de uno a tres años y de tres a cinco años respectivamente.

Además, de la reforma también se emitió con carácter de obligatorio la Resolución Nro. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia que promueve la acumulación aritmética de penas, en caso de que una persona infrinja uno o más de los verbos rectores del tipo penal con diferentes sustancias ilícitas o sujetas de control, evidenciándose así la política criminal, de desproporcionalidad en la imposición de penas, sin un estudio técnico-legislativo y jurídico, llegando incluso a sancionar con igual pena a delitos que protegen un bien jurídico como la vida como lo es sanción del delito de homicidio culposo previsto en el Art. 145 del COIP frente al delito de drogas en mediana escala, ambos casos son sancionados con penas de 3 a 5 años de prisión.

Zaffaroni, cuando se refiere a la publicidad de los medios, que ejercen presión sobre seguridad ciudadana con el fin ineludible de exigir represión dice que:

La publicidad mediática única de estas décadas (que parte de las administraciones republicanas de los Estados Unidos), pretende hacer creer que a mayor represividad y arbitrariedad policial corresponde un mayor nivel de seguridad frente al delito, cuando en realidad lo que produce es una mayor inseguridad frente a la voluntad de los que mandan (quiebra del estado de derecho)⁴⁸.

Por lo tanto, el derecho penal no está contentar a los medios publicitarios que ejercen presión estatal generando miedo en la sociedad, con noticias escandalosas, por el contrario es necesario que el poder legislativo sea cauteloso y responsable para crear delitos e imponer penas cuando necesariamente se requieran para mantener el orden público. Evidenciándose así una política criminal antidrogas, de sanciones desproporcionales y de máxima intervención penal.

La política criminal, en nuestro país desde el año 1990 siempre ha estado vedada de manera limitante para los juzgadores, quien estaba vedado a cumplir los estándares del principio de proporcionalidad en sus fallos, pues desde la vigencia de la Constitución de la República actual que corresponde al año 2008, los operadores de Justicia, intentaron aplicar una pena proporcional en los delitos de drogas en relación a las circunstancias del acto lesivo, ante lo cual la Corte Nacional de Justicia, se pronunció en uno de sus fallos de casación en el siguiente sentido:

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal de oficio se casa la sentencia, al considerar que existe error de derecho incurrido por la

⁴⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 2009), 33-4.

Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, al aplicar erróneamente el principio de proporcionalidad para rebajarle a 3 años cuando fue condenada en calidad de autor, por el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que lo sanciona entre 12 a 16 años de reclusión y con aplicación de las atenuantes del Art. 29.6 y 7 del Código Penal, la pena que debían imponerle era de 8 años, por lo que se casa de oficio la sentencia, al existir un error de derecho, empero por aplicación del principio “Non reformatio in pejus”, este Tribunal de casación establece que la pena que deberá cumplir es la impuesta por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí.⁴⁹

La motivación de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Manabí para imponer una pena menor a la establecida en el rango de la ley en concreto fue la siguiente “...aplicando el principio de proporcionalidad, al considerar que la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente, según el grado de culpabilidad y al perjuicio socialmente ocasionado, le imponen la pena de tres años de reclusión”⁵⁰.

Es decir, los jueces de tribunales penales antes de la vigencia del COIP, con un análisis constitucional en torno al principio de proporcionalidad creyeron que la pena era diametralmente excesiva frente al daño causado, lo cual fue vedado por el tribunal máximo de casación al advertir que lo determinado en el Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República, no se puede aplicar debido a la ubicación de las denominadas “bandas” en la imposición de una pena (mínimo y máximo) pues el imponer una pena menor a la banda legal establecida en el tipo penal, conllevaría a una sanción ilegítima.

Este hecho de la aplicación de una pena menor a la determinada en la ley en el caso de delitos de drogas, llevó a que el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, realice una consulta de control de legalidad en torno a la proporcionalidad de la pena en delitos de drogas menores a dos Kilos, consulta que fue negada a través de la sentencia de la Corte Constitucional en Transición Nro. 015-11-CN-SCC, de fecha 19 de enero de 2012, cuya jueza sustanciadora fue Nina Pacari, en lo principal del fallo se niega el pedido de consulta de control de legalidad, pero en la misma resolución se puede advertir que en torno al delito de drogas se afirma lo siguiente:

Corresponde a los jueces constitucionales realizar un control de constitucionalidad de las normas. En la presente consulta se ha determinado que la sanción establecida en la norma contenida en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, relativa a la tenencia y posesión ilícita de estas sustancias, dada la condición de norma jurídica abierta y el principio de reserva estatuido a favor de la

⁴⁹ Ecuador: Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (Sentencia de recurso de casación contra el ciudadano Cristian Leonel Lucio Pinargote, por el delito de tenencia ilícita de sustancias estupefacientes), causa Nro. 2014-651CT de fecha octubre de 2014.

⁵⁰ *Ibíd.*

legislatura, no presenta contradicción con los principios constitucionales vigentes. Es evidente que la pena con la que se sanciona a este tipo de delito responde a los presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pues no se puede negar que la misma es una medida adecuada y óptima para proteger el bien jurídico tutelado, esto es, la salud pública, a la par que se hace necesaria, pues limita el cometimiento de la figura penal tipo de la tenencia y posesión ilícita de drogas, y en cuanto a la proporcionalidad propiamente dicha, es lógico que la restricción al derecho a la libertad y la necesidad de la imposición de la pena a un ataque a la salud pública, conlleva la protección mayoritaria de este derecho; máxime aún cuando nos encontramos frente a una tipicidad abierta, a favor de la cual debe esgrimirse el principio *pro legis/atore*⁵¹.

Con aquello se advierte que nuestra política criminal hasta antes del 10 de agosto de 2014, era desproporcional en cuanto a la pena de los delitos de drogas, sin importar la cantidad de droga encontrada en el sujeto activo del delito, ni las circunstancias personales del autor, teniendo como sanción prisión de 8 años como mínimo y de 16 años como máximo.

Pese a la desproporción de la pena en delitos de drogas, el Ecuador ha intentado dar un paso agigantado al establecer categorías de mínima, mediana, alta y gran escala, con la implementación además de una tabla de cantidades de drogas que generaba expectativas en el ámbito judicial, sin embargo al poco tiempo de su implementación, surgió un linchamiento mediático a través de los medios de comunicación que impactó en la sociedad al obtener datos de que la delincuencia estaba en auge debido a aplicación de la tabla de posesión de drogas, lo que obligó al estado a implementar una reforma legal, aumentar la sanción, e incluso a que la Corte Nacional, establezca un precedente jurisprudencial obligatorio de acumulación de penas en caso de existir el cometimiento del delito con dos o más sustancias diferentes.

Esto ocasionó que en menos de un año de la vigencia del COIP, ya contemos con un precedente jurisprudencial obligatorio inconstitucional, con penas acumuladas de manera ilegal, y a la Sociedad a través de los medios de comunicación se conviertan en el país en un criminólogo que exige al Estado sanciones drásticas para quienes cree que cometen delitos como consecuencia del consumo de drogas:

Definir un comportamiento como delito conlleva dar una respuesta penal. Si el Parlamento define que el consumo o tráfico de drogas es un delito, le asigna una respuesta penal; y si lo califica como un problema de salud pública, le atribuye otro tipo de respuesta. Esto sucede también con temas como la violencia sobre las mujeres, las muertes en carretera, en el lugar de trabajo, en las pateras, o con la corrupción política. Por tanto, la primera decisión que tomar por los partidos políticos es si debe

⁵¹ Ecuador: Corte Constitucional en Transición del Ecuador (Sentencia de control de legalidad propuesta por Jueces del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, sobre la proporcionalidad de la pena en delito de tenencia ilícita de sustancias estupefacientes), causa Nro. 015-11-CN de fecha 19 de enero de 2012.

criminalizarse determinado problema social, pues al hacerlo, se crean delitos (recordemos que esta es precisamente una de las enseñanzas de la teoría del etiquetamiento) y delincuentes, y se acaban llenando las prisiones⁵².

Como conclusión final del presente capítulo, se puede advertir que nuestra política criminal a través de la conducta penal del delito de drogas ha sido de hasta antes de la vigencia del COIP, ha sido sumamente represiva, se intentó disminuir la agresividad de la pena con la escalas determinadas a partir de agosto de 2014, pero bajo el etiquetamiento de mayor seguridad se sometió al poder de los medios de comunicación, y se procedió a decretar una inconsulta acumulación aritmética de penas, de la cual se espera que algún momento la Corte Constitucional cumpla con su rol y declare su inconstitucionalidad por vulnerar el derecho de legalidad, proporcionalidad y de mínima intervención penal.

⁵² Elena Larrauri, *Introducción a la Criminología y al Sistema Penal* (Madrid: Editorial Trotta S.a., 2015), 145.

Capítulo Segundo

Las Consecuencias Jurídicas del delito de Narcotráfico

2.1.- El fin de la pena

La pena es la consecuencia jurídica del delito. “...El derecho de penar ha seguido las vicisitudes de la norma de la cultura, y cuando ésta, en los siglos pasados, permitía las mayores crueldades, la pena iba acompañada de bárbaros sufrimientos...”⁵³. Se entiende entonces que “...el fin del derecho penal como función punitiva es el de control social...”⁵⁴ esto implica que a través del derecho penal de carácter represivo con la imposición de una pena se busca la paz social, “...la pena es el mal que la sociedad impone al delincuente como respuesta por el delito cometido...”⁵⁵.

Según la historia se puede advertir que en siglos pasados las penas que se decretaban eran crueles y denigrantes que podían incluso llegar a la pena de muerte, lo cual se constituía en penas retributivas y de venganza. “...El hombre de antaño satisfacía su instinto de crueldad con mil espectáculos cotidianos...”⁵⁶ y así era concebida la pena como tal. Para Carnelutti, “...El problema de la determinación de la pena está basado sobre los dos términos de la amenaza y de la aplicación. La amenaza debe ser grave; la aplicación, justa...”⁵⁷

La pena se constituye en la sanción al infractor de un delito y

tienen de hecho una específica transcendencia de dolor, aunque no se las interprete como mero “castigo”, ya que al consistir en pérdida o disminución de bienes muy importantes para la persona, como su libertad, su patrimonio y a veces en ciertos países hasta la vida, aparejan necesariamente aflicción y en esto estriba su efecto psicosocial intimidatorio y disuasorio; ellas son, en la sociedad actual un “mal necesario” o una “amarga necesidad social”, consideración de las que se derivan importantes consecuencias para el principio de la mínima intervención.⁵⁸

Ante aquello, es necesario conocer del ¿por qué se debe imponer una pena? Lo cual nos llevará a justificar la necesidad o no de la misma.

⁵³ Luis Jiménez de Asúa, *Lecciones de Derecho Penal Volumen 3* (México: Oxford University Press, 2006), 18.

⁵⁴ Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Quinta Reimpresión (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2010), XVI.

⁵⁵ Luis Ortiz Quiroga y Javier Arévalo Cunich, *Las Consecuencias Jurídicas del delito* Primera Edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014), 19.

⁵⁶ Jiménez de Asúa, *Lecciones de Derecho Penal Volumen 3*, 19.

⁵⁷ Francesco Carnelutti, *Teoría General del Delito, Clásicos del Derecho Penal 3*, Traducción del Italiano por Víctor Conde, Prólogo del Prof. José Arturo Rodríguez Muñoz (Cuenca: Del Arco Ediciones, 2011), 31.

⁵⁸ Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito y de la Pena Volumen 2*, Reimpresión 2017 (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017), 996-997.

Desde la antigüedad se viene discutiendo sobre la pena y su fin, habiéndose atribuido varias teorías que llegan a formalizar la necesidad de la misma, las teorías más conocidas son la retribución, la prevención especial, la prevención general.

La teoría absoluta o de la retribución, se constituye en que existe una pena como consecuencia de un delito cometido. "...La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponde en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense..."⁵⁹. Los dos grandes doctrinarios que defienden la corriente absolutista de la pena son Kant y Hegel.

Kant "...postula que el derecho de castigar es el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito por causa de una transgresión de la ley..."⁶⁰, lo que significa que toda persona que infringe la ley siempre será sometida a una pena, por el hecho de haber cometido un delito. Por su parte Hegel, "...postula, dentro de su teoría dialéctica que: Tesis: Sería la norma, su vigencia y su respeto por todos Anti-Tesis: Sería el delito, la negación de la norma. Síntesis: Sería la pena, el único medio para restablecer el derecho por medio de la "negación de la negación de la norma..."⁶¹, es decir Hegel sostiene que el "...delincuente al cometer un delito niega el orden jurídico. La pena es la respuesta de éste a modo de negación de la negación del Derecho, de cara a mantener su incolumidad..."⁶².

Por lo tanto Kant y Hegel son los grandes defensores de la teoría absolutista de la pena como fin exclusivo de justicia, "...el retribucionismo, presente en la literatura penal hasta nuestros días, funda la pena en una exigencia superior –que será diversa de acuerdo a la tesis que se sustente- que puede expresarse como un ideal de Justicia, que resulta ineludible evitar, frente a la constatación de la vulneración culpable del orden jurídico y con el fin de mantener y asegurar su primacía..."⁶³.

La teoría de la prevención especial es contraria a la posición de la retribución y "...se encuentra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en

⁵⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de la Segunda Edición Alemana (Madrid; Civitas, 1997), 82.

⁶⁰ Alfonso Zambrano Pasquel, *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido al Libro Primero Parte General, Tomo I* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 123.

⁶¹ *Ibíd.* 123-124.

⁶² Ortiz Quiroga y Arévalo Cunich, *Las Consecuencias Jurídicas del delito*, 21.

⁶³ *Ibíd.* 23.

hacer desistir al autor de futuros delitos...”⁶⁴, lo que busca esta teoría es que el infractor con la pena ya no vuelva cometer delitos y que la sociedad con la pena impuesta a un infractor tomo como ejemplo para no cometer delitos, es decir tiene un fin de mirar hacia el futuro. Según Franz v. Liszt “...la prevención especial puede actuar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección...”⁶⁵.

La prevención especial puede ser positiva o negativa. La prevención especial positiva “...es una imposibilidad estructural que hace irrealizable todo el abanico de las ideologías *re* (resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reinvidualización, reincorporación, etc.)...”⁶⁶. Se trata en definitiva de una pena de corrección del infractor que buscaría que con el castigo impuesto que sería la pena, se busca sanar al infractor creyendo que el delito sería una enfermedad y el estado un ente enmendador de la enfermedad. La prevención especial negativa “...la pena también opera sobre la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social...”⁶⁷, esto implica que con la pena se busca apartar al infractor de la sociedad, se podría decir que eliminándolo.

La prevención general por su parte “...no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre al autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación...”⁶⁸, es decir busca sus efectos sobre la sociedad y no sobre el infractor en particular. Esta teoría de prevención también es positiva y negativa.

La prevención general positiva buscar mantener una fidelidad del derecho. “...Para ella, una persona sería criminalizada porque de ese modo tranquiliza la opinión pública...”⁶⁹, tratando así de la investigación penal a través de un juicio y la consecuente condena al infractor, hace ver a la sociedad que existe un estado de derecho y que un hecho delictivo no queda impune, protegiendo así valores que la sociedad

⁶⁴ Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, 85.

⁶⁵ *Ibíd.*, 86.

⁶⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Sociedad Autónoma Editora, 2006), 46.

⁶⁷ *Ibíd.*, 48.

⁶⁸ Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, 89.

⁶⁹ Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 43.

considera relevantes mantenerlos. Por su parte la prevención general negativa sostiene “...que la pena se dirige a quienes no delinquieron para que en el futuro no lo hagan. Ello basado en la intimidación que produciría la pena sobre el que fue seleccionado...”⁷⁰. De acuerdo a esta teoría la pena se convierte en una forma de amenaza, intimidando a la sociedad para que no cometa ninguna clase de delitos.

Estas se constituyen en las tres grandes teorías del fin de la pena, aunque existen nuevos criterios de estudio al respecto ha llevado a crear varias discrepancias a favor y en contra que no ha logrado tener una adhesión mayoritaria. “...Por lo pronto, la pena constituye la consecuencia jurídica que se impone a una persona que ha cometido un delito...”⁷¹.

Sobre la pena concluiré con una frase importante de Jakobs que dice: “...La pena no es lucha contra un enemigo; tampoco sirve al establecimiento de un orden deseable, sino sólo al mantenimiento de la realidad social...”⁷²

2.1.1.- La pena en el COIP

Según la concepción del Art. 51 del Código Orgánico Integral Penal, “...La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles...”⁷³, por lo tanto en términos concretos, la pena es la sanción que recibe una persona procesada, luego de que a través de un juicio, es declarado culpable por una conducta determinada en la ley como delito. Esta consecuencia jurídica del delito, denominada pena, está determinada en el mismo tipo penal, a través de bandas que determinan un mínimo y un máximo, así como también rebajas del mínimo de la pena, en caso de existir circunstancias atenuantes y ninguna agravante, y aumento del máximo de la pena, en caso de existir circunstancias agravantes.

Se advierte bajo la descripción de pena del COIP, que uno de los principios fundamentales de la pena es la legalidad, “...existe un cierto consenso en considerar que correspondió a Feuerbach la formulación del principio nullun crimen nulla poena sine lege, esto es, “no hay delito ni pena sin ley”...”⁷⁴, estando facultado el poder legislativo para la elaboración de normas penales que establezcan el delito con su respectiva sanción, lo cual ratifica este principio cuando el Art. 53 del COIP dice “...No se

⁷⁰ *Ibíd.*, 39.

⁷¹ Ortiz Quiroga y Arévalo Cunich, *Las Consecuencias Jurídicas del delito*, 17.

⁷² Günther Jakobs, *Nuevo Concepto de Derecho Penal, Tomo II*, Traducción de Manuel Cancio Melía (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2008) 62.

⁷³ Código Orgánico Integral Penal, Art. 51.

⁷⁴ Ortiz Quiroga y Arévalo Cunich, *Las Consecuencias Jurídicas del delito*, 59.

impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código...”⁷⁵.

Otro principio para la legitimación de la pena según el COIP es el de lesividad “...que exige que en todo delito haya un bien jurídico lesionado. Esta exigencia es una limitación al poder punitivo...”⁷⁶.

“...Las penas, por consiguiente, y el método de infringirlas, deben elegirse en tal forma que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo...”⁷⁷. Las penas deberían ser proporcionales al daño provocado, así lo establece nuestra Constitución de la República en su Art. 76 Numeral 6 establece “...la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza...”⁷⁸ y debería además estar regidos “...por los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad: nullum crimen sine necessitate...”⁷⁹, la pena entonces debe conformarse bajo el respecto de estos principios. “...Todo régimen punitivo inserto en un sistema democrático y garantizador de los derechos de las personas, debe estructurarse sobre la base del respeto de ciertos principios, de amplia aceptación, que legitiman la utilización de la fuerza...”⁸⁰.

Si los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad se entendieran de modo muy estricto y con independencia de las categorías dogmáticas, entonces no podría aplicarse nunca la pena; primero porque ésta es en todo caso de dudosa o limitada eficacia para alcanzar fines concretos de beneficio general; segundo, porque el Estado siempre podría intervenir de otra manera para resolver cualquier conflicto; y, tercero porque el principio supremo de la dignidad humana impone renunciar a toda mediatización de la persona para alcanzar beneficios colectivos y de alguna manera las penas preventivas implican este sacrificio, cualquiera que sea el grado de racionalización con que se pretenda eludirse el argumento”⁸¹.

El fin de la pena en nuestra legislación es de “...prevención general para la comisión de delitos...”⁸², busca así el Estado que la pena con su carácter de intimidatorio, ocasione un impacto en la sociedad para que no se cometan más delitos, so pena de una sanción de cárcel.

⁷⁵ Código Orgánico Integral Penal, Art. 53.

⁷⁶ Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 43.

⁷⁷ Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Quinta Reimpresión (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2010), 38.

⁷⁸ Constitución de la República del Ecuador, Art. 76.

⁷⁹ Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal, Parte General*, 1019.

⁸⁰ Ortiz Quiroga y Arévalo Cunich, *Las Consecuencias Jurídicas del delito*, 58.

⁸¹ Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal, Parte General* 1021-1022.

⁸² Código Orgánico Integral Penal, Art. 52.

Además de la pena de carácter restrictivo de libertad también se ha fijado penas no privativas de libertad para delitos menores, penas restrictivas de los derechos de propiedad y la aplicación de multas, ésta última que es aplicada en todos los delitos y contravenciones según las reglas del Art. 70 del COIP.

En definitiva, la pena en el COIP es de carácter mixto, que implica la sanción de pena de prisión y la imposición de una multa económica, con excepciones en algunos delitos con la imposición adicional de penas restrictivas de propiedad como el comiso.

2.1.2.- La pena en el COIP en los delitos de narcotráfico

Los delitos de narcotráfico en nuestro país desde el 10 de agosto de 2014, fecha en la cual entró en vigencia el COIP, contenían penas de 6 meses (mínima escala) y una pena máxima 13 años (gran escala), posteriormente a partir del año 2015, la pena mínima aumentó de 6 meses a 1 año en delitos de mínima escala y continúa la pena máxima de 13 años en los tipos penales de gran escala. Además de la imposición de una multa pecuniaria desde cuatro a diez salarios unificados en mínima escala y multa de cuarenta a sesenta salarios unificados en delitos de alta escala, esto según lo determinaba de manera inicial el Art. 220 numeral 1, literales a) y b) del Código Orgánico Integral Penal.

Se advierte una pena mixta de restricción de libertad y restricción de propiedad. Ante lo cual debemos analizar si dichas sanciones son congruentes con los postulados de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y sin duda que vamos encontrar respuestas en ambos sentidos, pues aquellos que defienden “el populismo penal” como lo llama Zaffaroni seguramente consideraran necesario la imposición de una pena, mientras más drástica mejor, con el fin de proteger a la sociedad y de evitar la propagación de delitos, sin existir un estudio profundo que efectivamente determine que el uso de sustancias no permitidas, sean un aliciente o un estimulante para la comisión de actos ilícitos, es más “...los daños a consecuencia del uso de sustancias estupefacientes o psicotrópicas no constan dentro de las principales causas de mortalidad de nuestra población...”⁸³, lo cual nos indica que en nuestro país aún no existe un estudio profundo que determine la necesidad de un *quantum* de la pena en esta clase de infracciones. “...Se afirma entonces que sólo la pena socialmente útil y eficaz puede ser lógica y justa...”⁸⁴.

⁸³ Pérez Correa, Catalina, coord., *Justicia Desmedida: Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina*, 149.

⁸⁴ Zambrano Pasquel, *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, 127.

Aquello nos conlleva a reflexionar y determinar si ese fin preventivo efectivamente reduce la cantidad de delitos y si luego del cumplimiento de la pena hemos cumplido con los fines de rehabilitación, para poder saber si fue esa sanción útil y eficaz, lo cual en el país no existe un parámetro que justifique aquello, y luego sin duda podremos llegar a la conclusión que la pena ha sido lógica y justa, lo cual a mi entender y a la práctica diaria como abogado en libre ejercicio, la pena y la drasticidad de las mismas en muchos casos, no es lógica ni justa.

El garantismo por su parte propenderá sanciones menos drásticas, buscará aplicar la mínima intervención penal, propenderá la conciliación y que las penas impuestas sólo cuando sean necesarias sean impuestas bajo el criterio de proporcionalidad y razonabilidad, incluso con la aplicación de una reparación del daño como alternativa de la imposición de una pena, "...hay motivos convincentes que hablan en favor de una amplia inclusión de la reparación del daño en el Derecho penal. Pues con ello se sirve más a los intereses de la víctima que con una pena privativa de la libertad o de multa, que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor..."⁸⁵

Para concluir sobre la pena, debemos recordar que de acuerdo a nuestra legislación actual, las mismas podrían aumentar en un tercio del máximo de la pena del tipo penal en caso de existir una circunstancia agravante o disminuir un tercio del mínimo del tipo penal en caso de existir dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, con lo cual las bandas antes descritas, sufrirían cambios para beneficio o sacrificio del infractor.

2.1.3.- Las circunstancias agravantes

De acuerdo a nuestro sistema penal, la consecuencia jurídica de una infracción es decir la pena, puede aumentar cuando se demuestra en juicio aspectos objetivos o subjetivos en la realización del comportamiento delictivo. "...El fundamento legal a este aumento de la pena descansa en que existe un mayor reproche penal en la conducta del agente cuando estamos ante circunstancias subjetivas del delito, o un mayor desvalor del injusto típico cuando nos encontramos ante aspectos objetivos del hecho..."⁸⁶. Según nuestra legislación, al existir la presencia de un agravante, se impondrá la pena máxima, aumentada en un tercio, es decir que de la pena máxima establecida en el tipo

⁸⁵ Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, 108-109.

⁸⁶ Enrique López López y Eduardo Perdiguero Bautista, *Enciclopedia Penal* (España: Editorial La Ley, 2011), 103.

penal, le debemos aumentar un tercio adicional, con lo cual la banda (máxima del tipo penal) sobrepasará el límite, pudiendo llegar la pena mínima de 1 año convertirse con la aplicación de circunstancias agravantes a 4 años y la pena máxima de 13 años podría convertirse en una pena aumentada de 17 años cuatro meses, esto si aplicamos al tenor del Art. 220 numeral 1 literal a) y d) en relación con el inciso último del Art. 44 del Código Orgánico Integral Penal.

La actual normativa, prevé un total de 19 agravantes genéricas es decir que pueden ser aplicadas en todos los delitos y adicionalmente 9 circunstancias agravantes específicas para las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal, según lo prevé el Art. 47 y 48 del COIP, lo cual suma un total de 28 circunstancias agravantes, lo cual efectuando una ligera comparación con el derogado Código Penal vigentes hasta el 09 de agosto de 2014, se puede advertir que éste último preveía un número de 5 circunstancias agravantes genéricas y 12 circunstancias específicas para los delitos sexuales y de trata de personas dando un total de 17 circunstancias agravantes.

El hecho de existir más circunstancias agravantes que circunstancias atenuantes en el COIP, nos lleva a verificar el mayor reproche de culpabilidad que puede existir, generando bandas aumentadas de las establecidas en el tipo penal, por ejemplo, dos personas son encontradas con sustentas sujetas a control en mínima escala, este hecho de ser dos personas en la comisión del delito, ya genera una agravante según nuestro código, lo cual incide en la imposición de la pena en caso de ser declarados culpables, pues su pena ya no será de 1 a 3 años de prisión, sino que en aplicación en sentido literal del Art. 44 del COIP se deberá imponer el máximo del tipo penal aumentado en un tercio, es decir 4 años de prisión.

2.1.4.- La reincidencia

Si bien es cierto que la reincidencia no está detallada como una circunstancia agravante de las descritas en el Art. 47 y 48 del COIP, la misma también implica el aumento de la sanción del máximo del tipo penal aumentada en un tercio, por lo que se constituye en una circunstancia adicional de incremento de pena o mejor dicho una agravante más. En definitiva, la reincidencia implica un derecho penal de autor, toda vez que al sancionarse al sujeto activo del delito que infrinja nuevamente un tipo penal sobre el cual ya fue sancionado, conlleva a que la pena imponerse no es por el segundo delito, sino como consecuencia del primero delito, es decir su aplicación vendría a determinarse en una cuestión de peligrosidad, la cual estaría prohibida por el Art. 22

inciso segundo del COIP, sin embargo, pese a la prohibición legal, la reincidencia se constituye en una circunstancia que agrava la pena.

“...La reincidencia como agravante decae en el derecho comparado, debido a su inconstitucionalidad...”⁸⁷, más aún que el texto del Art. 57 del COIP dice: “...La reincidencia solo procederá en delitos con los mismos elementos de tipicidad de dolo y culpa respectivamente...”⁸⁸. Esta descripción, está generando aplicaciones diferentes en nuestros operadores de justicia, toda vez que algunos de ellos son del criterio que para que exista reincidencia se requiere la comisión de un delito doloso ya sentenciado frente a la comisión de otro delito doloso posterior a la ejecutoria de la sentencia, esto es lo que la doctrina denomina reincidencia propia o impropia genérica y el otro criterio es que para que exista reincidencia se requiere la comisión del mismo delito sobre el cual ya fue sentenciado el infractor, esto es, lo que la doctrina denomina reincidencia propia o impropia específica.

La normativa descrita, de la cual se ha indicado su inconstitucional, tampoco determina si puede existir o no la prescripción de la reincidencia, “...Es importante destacar que la circunstancia de prescribir la reincidencia no importa que se eliminen los antecedentes delictuales del favorecido con la prescripción: el beneficio se limita a evitar que el o los delitos anteriores determinen algún efecto agravatorio una vez transcurridos los plazos señalados por la ley...”⁸⁹. Advirtiéndose así que en lo relacionado a la reincidencia nuestra legislación omitió determinar de manera clara si la misma general o específica y si la misma prescribe, generando así un clima de inseguridad que atenta contra la constitucionalidad de la norma.

La Corte Constitucional de Colombia cuando analiza la reincidencia dice:

“La recuperación de un derecho penal de garantías, constituiría un paso significativo hacia la abolición definitiva de la reincidencia y de sus cercanos conceptos, evocativos en todos los tiempos de las desviaciones autoritarias respecto de los principios fundamentales del derecho penal liberal y, especialmente, del estricto derecho penal de acto. Afirmar que se puede aplicar una pena más severa a aquella correspondiente al delito cometido, por la simple circunstancia de la realización de una conducta delictual anterior, viola abiertamente las garantías del non bis in ídem, al igual que los principios de lesividad y culpabilidad, soportes sobre los cuales se edifica un derecho penal garantista y democrático. La Carta Política de 1991 se funda en la dignidad humana y el respeto absoluto por los derechos fundamentales. De allí que instrumentos punitivos

⁸⁷ Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal*, 266.

⁸⁸ Código Orgánico Integral Penal, Art. 57.

⁸⁹ Ortiz Quiroga y Arévalo Cunich, *Las Consecuencias Jurídicas del delito*, 405.

como la reincidencia, de marcada estirpe peligrosista, conducen a sancionar al hombre por lo que es y no por lo que hizo”⁹⁰.

2.1.5.- La aplicación de circunstancias agravantes entre el COIP y el derogado Código Penal

Entre el mecanismo de aplicación de circunstancias agravantes para la aplicación final de la pena encontramos una gran diferencia entre la normativa del Código Penal vigente hasta el 09 de agosto de 2014 frente al Código Orgánico Integral Penal vigente desde el día 10 de agosto de 2014, y aquella diferencia la encontramos en la gravedad de la misma.

La gran diferencia existente entre las normativas es que en el Código Penal, con la existencia de agravantes la banda ya establecida no podía aumentar por ejemplo, en el delito de peculado contemplado en el Art. 257 establecía una sanción de 8 a 12 años de reclusión, si existía una circunstancia agravante su pena sería de 8 a 12 años, es decir no aumentaba la pena de la máxima ya establecida en el tipo penal, es decir su techo máximo de imposición de la sanción sería 12 años y no se superaba aún con la existencia de una agravante.

Mientras que ahora la pena del mismo delito peculado en la forma tipificada en el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal sería de 10 a 13 años, y si concurre alguna circunstancia agravante la pena no sería del máximo de 13 años, sino que debe aumentar un tercio adicional del máximo techo, con lo cual la pena a imponerse sería de 17 años cuatro meses conforme lo determina el inciso tercero del Art. 44 del Código Orgánico Integral Penal, vulnerando así el principio de legalidad, toda vez que “...se requiere de ley expresa, previa, general y prohibida de toda analogía, es decir, que por más grave que nos parezca un comportamiento, no puede ser tomado como motivo de sanción penal sino se encuentra establecida legalmente como conducta reprochable, además que la clase de pena y la cuantía deben estar expresas, y estas no podrán ponerse a consideración del juez no del legislador...”⁹¹.

Con esto se advierte que el Código Penal gozaba de una mayor garantía constitucional, pues la pena a imponerse siempre se encontraba en el rango ya descrito en el tipo penal, dejando incluso en la libertad del juzgador un rango de mínimo y máximo para poder emitir su sanción final, luego de efectuar un correcto análisis de la

⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia de fecha 13 de abril de 2016 C-181-2016 (Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011), parte resolutive <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-181-16.htm>.

⁹¹ García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal comentado* Tomo I, 414.

circunstancias del caso, mientras que el COIP, cuando se trata de agravantes, le obliga al juzgador sin un mayor análisis a imponer una sanción aumentada del máximo del tipo penal, con lo cual se atentaría los principios de proporcionalidad y legalidad previstos en el Art. 76 numerales 3 y 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

Sin duda que extender el rango de sanción de lo previsto en el tipo penal es inconstitucional, pero además es desproporcional, toda vez que si revisamos el contenido del Art. 44 del COIP dice "...se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio..."⁹², esto implica que el juzgador ya no tiene la facultad de fallar de acuerdo a un rango de acuerdo a la modalidad de la conducta o la lesividad de la misma, sino por el contrario imponer un máximo aumentado en un tercio, por este hecho es que las penas, con aplicación de la denominadas circunstancias agravantes, son sin duda un verdadero atentado al principio de legalidad y proporcional.

2.1.6.- Las atenuantes

Las circunstancias atenuantes, que también se las conoce como eximente incompletas, son aquellas que al no ser constitutivas del tipo penal, modifican la pena hasta un tercio menos del mínimo del tipo penal, siempre y cuando concurren dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante.

En nuestra legislación actualmente existen seis circunstancias atenuantes, las tres primeras circunstancias estarían ligadas con la ejecución del delito, es decir afectan al principio de culpabilidad; y las tres siguientes descritas en los numerales 4, 5 y 6 del Art. 45 del COIP se refieren a circunstancias posteriores al delito que provienen de una política criminal de prevención especial y general para beneficiar al responsable por su confesión judicial, su presentación voluntaria a la justicia y una pronta reparación hacia la víctima.

Además, como circunstancia atenuante que disminuye la imposición de una pena tenemos la denominada atenuante trascendental prevista en el Art. 46 del COIP, que anteriormente era exclusiva en el delito drogas y hoy es genérica, que constituye en un beneficio para la persona que delate, acuse, denuncie o proporcione información verdadera y comprobable al titular de la acción penal pública.

Finalmente, otra forma de atenuante es la denominada cooperación eficaz prevista en el Art. 491 del COIP, mediante la cual la persona investigada o procesada proporciona datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas que son

⁹² Código Orgánico Integral Penal, Art. 44.

comprobadas y verídicas permitiendo prevenir el cometimiento de otras infracciones y dar con el procesamiento de integrantes de la organización delictiva. El beneficio es sumamente mayor y se puede obtener una pena no menor del veinte por ciento del mínimo de la pena conforme las reglas del Art. 493 del COIP.

2.1.7.- Los concursos materiales e ideales en la acumulación de las penas

Un hecho importante de análisis, para la implementación de la pena, son los denominados concursos materiales e ideales, que en definitiva se trata de un concurso de delitos, que para su mejor comprensión son concursos ideales y materiales y que nuestro Código Orgánico Integral Penal determina que cuando existe un concurso real de infracciones "...se acumularan las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda de los cuarenta años..."⁹³ y cuando se trata de un concurso ideal de infracciones "...se aplicará la pena de la infracción más grave..."⁹⁴.

Sobre la imposición de penas, en concursos de delitos, las legislaciones de cada país, deben asumir la posición que de acuerdo a su política interna sea acorde, toda vez que se puede asumir para solucionar los concursos a través de acumulaciones aritméticas, sistema de absorción y acumulación jurídica, sin embargo podemos advertir que nuestra normativa, rige el sistema de absorción en el caso de concurso ideal con la imposición de la pena más grave, pero lo grave es cuando se aplica la acumulación aritmética en caso de concurso material, lo cual genera inconvenientes, cuando no tenemos reglas claras sobre tales concurso, muchas de las veces genera confusiones, e incluso aplicaciones indebidas como es el caso del precedente jurisprudencial contenido en la Resolución Nro. 012-2015 emitido por la Corte Nacional de Justicia, en relación a lo delitos de drogas, un texto incompleto sobre la acumulación de penas, que tácitamente nos llevaría a una cadena perpetua con penas que podrían llegar hasta 40 años de prisión, pues imaginémonos una persona de 45 años de edad sentenciada al máximo de acumulación sería ocasionarle un encierro por el resto de su vida.

2.1.7.1.- Los concursos materiales

Como advertimos en el Art. 20 del Código Orgánico Integral Penal, no existe una definición de concurso material, por lo que debemos recurrir a la teoría del delito

⁹³ Código Orgánico Integral Penal, Art. 20.

⁹⁴ Ibidem, Art. 21.

para establecer los parámetros correctos que permitan diferenciar los presupuestos del concurso material e ideal, caso contrario conllevaría a la aplicación de una pena indebida.

Al respecto Muñoz Conde dice: "...En el fondo, el concurso real, que se da cuando concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo, no plantea ningún problema teórico importante. Cada acción por separada constituye un delito y, en principio, el tratamiento penal debe ser el principio de acumulación..."⁹⁵.

Esta descripción utilizada por la justicia española, parecería ser el aplicado por nuestra legislación cuando la normativa nos dice el Art. 20 del COIP varios delitos autónomos e independientes se efectuará una acumulación aritmética. Los autores chilenos Luis Ortiz Quiroga y Javier Arévalo Cunich dicen: "...Existe concurso real de delitos cuando una misma persona ejecuta dos o más delitos independientes entre sí, lo que importa una pluralidad de acciones y una pluralidad de preceptos penales violados, con cualquier grado de participación criminal en cada uno de ellos, y sin que se encuentren resueltos por sentencia en firme..."⁹⁶, este concepto contiene dos elementos adicionales a la ejecución de delitos independientes, el primero, que no importa el grado de participación en cada uno de los delitos cometidos y que obviamente dichos delitos no se encuentren con sentencia judicial ejecutoriada, y el segundo que "...las acciones y los delitos deben ser autónomos, pero conexos o relacionados en temporalidad para que pueda aplicarse este mecanismo amplificador de la pena..."⁹⁷, es decir que cuando la normativa se refiere a delitos independientes, debe comprenderse el término no delitos cometidos en diferentes momentos, lugares y fechas, sino que se refiere a delitos realizados con unidad de tiempo y lugar, que guardan relación con la temporalidad. "...Esta conexidad o relación de temporalidad necesarias para la aplicación del concurso real, requiere por tanto que no se haya emitido sentencia condenatoria por ninguno de los delitos al cometerse los restantes, aspecto enfatizado por la dogmática española, pero inexplicablemente obviado por la redacción de nuestro COIP..."⁹⁸.

En definitiva, en relación al concurso material de delitos, nuestra legislación obvió determinar los elementos configurativos del concurso real o material que son: a) la unidad de sujeto activo; b) pluralidad de delitos; c) independencia entre las diversas

⁹⁵ Muñoz Conde y García, Derecho Penal, Parte General, 468.

⁹⁶ Ortiz Quiroga y Arévalo Cunich, *Las Consecuencias Jurídicas del delito*, 334.

⁹⁷ García Falconí, "Código Orgánico Integral Penal comentado" Tomo I, 207.

⁹⁸ *Ibíd.*

acciones punibles; y d) ausencia de condena intermedia. La omisión de estos elementos en el concurso real conlleva a establecer un "...sistema propio de un derecho penal severo que se inspire en la justicia metafísica (tantas penas cuantos delitos) o se atenga al criterio de la intimidación (prevención general negativa), o bien que haga más énfasis en el punto de vista de la víctima o de la defensa comunitaria..."⁹⁹.

Por lo tanto, nuestra legislación ha asumido como sistema de punición cuando se trata de concurso real o material de delitos, aunque no de manera clara conforme lo he manifestado, el sistema de acumulación aritmética, con un techo de hasta cuarenta años, inspirado en un criterio de prevención intimidatorio para el infractor, no aplicando así un sistema de absorción de la pena más grave en este tipo de concurso, seguramente bajo el criterio de seguridad ciudadana en la cual se maneja el discurso de ser "...injusto en cuando beneficia sin razón al delincuente, para quien resulta un buen negocio ser juzgado de una vez por varios delitos y castigado con la pena de uno solo de ellos..."¹⁰⁰, discurso muy utilizado por algunos parlamentarios del país, que cuanto actualmente con criterios de aceptación en varios países de Latinoamérica como Colombia, Chile, Ecuador, e incluso el país Ibérico de España, pues la acumulación aritmética en concurso material de delitos es igualmente aplicado en dichas legislaciones.

2.1.7.2.- Los concursos ideales

En nuestra legislación, la normativa del COIP al tratar el concurso ideal se refiere a varios tipos penales subsumibles a la misma conducta y dice además que se aplicará la pena más grave. "...A todas luces, lo que pretende el legislador es evitar que la producción de varios delitos equivalga automáticamente a la realización de varias acciones (*quod actiones, tot crimina*), ya que entonces, la distinción entre concurso ideal y concurso real y su incidencia en la determinación de la pena no tendría sentido..."¹⁰¹. Esto implica que procesalmente al encontrarnos frente a un concurso ideal se iniciará un solo proceso penal, aplicándose la pena del delito más grave, aquello también lo advertimos cuando el Art. 406 del COIP al referirse a la conexidad que regula el concurso ideal impropio determina que "...este tipo de concurso no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados; pero la conexión íntima entre los delitos cometidos, que es una relación teleológico de medio a fin, hace que el legislador

⁹⁹ Fernández Carrasquilla Derecho penal, Parte General, Teoría del Delito y de la Pena, 950.

¹⁰⁰ Ibidem, 943.

¹⁰¹ Muñoz Conde y García, Derecho Penal, Parte General, 467.

los equipare al concurso ideal propiamente dicho...”¹⁰² y refiere que ante dicha conexidad (propiamente dicho concurso ideal) se iniciará un solo proceso penal y se procesará por el delito más grave cometido por el autor.

De lo transcrito se podría advertir, que lo conceptos serían de fácil entendimiento, sin embargo lo grave es cuándo se debe aplicar la figura del concurso ideal, y evitar que un incorrecto procedimiento conlleve a la aplicación de una acumulación aritmética como cuando nos encontramos frente a un concurso real. Al respecto vale acotar que:

En el concurso real hay una pluralidad de conductas que concurren en una misma sentencia judicial. De allí que también se le denomine concurso material, por oposición al concurso ideal (como suele llamarse al ideal). En el concurso ideal concurren leyes (también se lo llama concurso de leyes) en una conducta, en tanto que en el material concurren conductas en una sentencia; en el concurso ideal concurren leyes para calificar pluralmente un mismo delito, en tanto que en el material concurren delitos a los que deben dictarse una única sentencia y una única pena. La pena es única en ambos casos, pero la del concurso ideal se forma mediante la absorción que la mayor hace de las menores, en tanto que en el concurso material se forma mediante la acumulación de todas, con los límites que se indicarán.¹⁰³

Es decir, para la aplicación del concurso ideal, debe verificarse la existencia de una única conducta, caso contrario si no existe esta unidad de conducta, nos podríamos encontrar frente al concurso real, en cual la pena a imponerse será la acumulación, aquí radica la importancia de poder diferenciar las circunstancias necesarias de los concursos materiales e ideales.

Para poder determinar de manera clara el concurso ideal debe determinarse las siguientes exigencias “...Unidad de hecho...Unidad de Voluntad...Unidad de Acción...Verificación de dos o más delitos...”¹⁰⁴. En definitiva la unidad de acto, es elemento esencial que permite determinar la existencia de un concurso ideal y su aplicación correcta en la punición de una conducta penal.

Evidentemente no todos los casos de concurso ideal, aparecen con claridad y existen casos límites en los cuales puede aparecer como dificultosa la diferenciación entre concurso ideal y concurso real, sin embargo y por aplicación de los artículos 11.5 y 76.5 de la Constitución, en caso de existir duda entre la aplicación de una u otra figura, el juez deberá aplicar el concurso ideal, pues sus consecuencias penales son menos gravosas que las del concurso real”¹⁰⁵.

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 678.

¹⁰⁴ Ortiz Quiroga y Arévalo Cunich, “Las Consecuencias Jurídicas del delito”, 350.

¹⁰⁵ García Falconí, “Código Orgánico Integral Penal comentado” Tomo I, 216.

2.2.- Análisis del precedente jurisprudencial contenido en la Resolución Nro. 012-2015 emitido por el pleno de la Corte Nacional de Justicia

La renovada Corte Suprema de Justicia, hoy denominada Corte Nacional de Justicia, basada en la facultad constitucional constante en el Art. 184 numeral 2 que dice “...Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración...”¹⁰⁶, y este sistema se desarrolla con la emisión de sentencias pronunciadas por una misma sala especializada sobre un mismo punto de derecho para cuyo caso el pleno de la Corte deberá proceder conforme el Art. 185 de la Constitución de la República que textualmente dice:

Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria”¹⁰⁷

Por lo tanto, debemos partir de la premisa que la Corte Nacional está facultada constitucionalmente para emitir resoluciones con rango de precedente jurisprudencial obligatorio cuando sus criterios sean uniformes sobre un punto de derecho y de esta manera crear un ambiente de seguridad jurídica para evitar fallos contradictorios.

Es así, que uno de los fallos emitidos con este rango de precedente es la denominada Resolución Nro. 012-2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 592 de fecha 22 de septiembre de 2015, que contiene una acumulación de penas, cuando una persona en un mismo acto concurra en uno o más verbos rectores, al tratarse de las descripciones típicas previstas en el artículo 220 numeral 1 del COIP. La resolución en mención entre sus antecedentes afirma que desde la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, vigente desde el 10 de agosto de 2014 “...omite cómo entender la combinación fáctica entre sustancias y cantidades de estupefacientes, sicotrópicas y preparadas que las contengan...”¹⁰⁸ hecho fáctico que lo podemos advertir que tampoco lo determinaba la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por lo que dicha “omisión” existió desde mucho antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, obviamente con la gran diferencia entre la anterior ley especial y la actual normativa es la existencia de una tabla de escalas que diferencia la imposición de la pena según la cantidad y sustancia que posea el infractor.

¹⁰⁶ Constitución de la República del Ecuador, Art. 184 numeral 2.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ Ecuador: Corte Nacional de Justicia, “Resolución Nro. 12-2015” Precedente Jurisprudencial, Gaceta Judicial, Suplemento del Registro Oficial Nro. 592, 22 de septiembre de 2015.

A mi entender la normativa es clara, el infractor posee una sustancia catalogada a fiscalización responde según la escala respectiva y se le impone la pena correspondiente, pero aquello dice el Pleno de la Corte que "...la aplicación punitiva de las escalas que prevé el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 220.1 y las tablas indicadas, no está resuelta..." y dice además que ante dicha situación no resuelta ha decidido conforme lo analizaremos a continuación que "la sanción es acumulativa".

Ante este parámetro considero necesario verificar si efectivamente existía o no un hecho incompleto para la sanción en los delitos de narcotráfico o si aquella aseveración de que la aplicación de la tabla de escalas era incompleta para la sanción correspondiente. Vale recordar entonces lo constante en el Art. 13 del COIP que dice numeral 1.- "...La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos..."¹⁰⁹. Si partimos de esta premisa podemos advertir que la interpretación debía ser regulada a un principio fundamental del debido proceso, llamado proporcionalidad, sin embargo de aquello con esta resolución, la acumulación podría entrar en el ámbito de injusta y de desproporcional.

Para continuar con este precedente el pleno de la Corte Nacional, sustenta su resolución bajo el criterio tomado de la sentencia Nro. 001-2012-SCN-CC de fecha 05 de enero de 2012 pronunciada por la Corte Constitucional en Transición, en el cual se lo define al delito de narcotráfico como un delito de lesa humanidad. Ante dicha conceptualización es necesario recurrir al fallo en referencia y efectivamente se dice:

y, en este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, en las sentencias 002-10-SCN-CC y 028-10-SCN-CC ha catalogado al narcotráfico como un delito de lesa humana, cuya comisión debe ser evitada a fin de armonizar sus impactos negativos en la sociedad, a través de las medidas jurídicas pertinentes en salvaguarda del buen vivir y el interés general¹¹⁰.

Es decir, el máximo órgano de control de constitucionalidad, ha catalogado como de lesa humanidad al narcotráfico por su impacto negativo en la sociedad, sin embargo, dicha concepción no está armonizada con la categorización de delitos de lesa humanidad que establece el Art. 7 del Estatuto de Roma, cuyas descripciones penales categorizadas en 11 ítems, no menciona al delito de narcotráfico, es decir sólo en el

¹⁰⁹ Código Orgánico Integral Penal, Art. 13.1.

¹¹⁰ Corte Constitucional de Ecuador, "Sentencia de fecha 05 de enero de 2012 Nro. 001-2012-SCN-CC, Caso Nro. 023-09, Juez Sustanciador, Dr. Patricio Herrera Betancourt, parte final resolutive. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2012/001-12-SCN-CC/REL_SENTENCIA_001-12-SCN-CC.pdf.

Ecuador esta infracción de drogas tiene el estándar de lesa humanidad, lo cual si interpretamos nuestro ordenamiento en conjunto con los instrumentos internacionales, sería evidentemente equivocado.

Bajo este errado criterio, por parte del máximo órgano de control constitucional, el narcotráfico en el Ecuador, se constituye en un delito de igual o mayor rango de gravedad que los delitos de asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, apartheid, esto llevaría a que en nuestro país las drogas son un delito sumamente grave que estaría aquejando a la sociedad y que por ende el estado como tal, debe evitar la propagación de este mal con políticas públicas que eviten esta expansión delictiva y degeneración de la sociedad. “...En el ámbito mundial, ningún tipo penal que criminaliza las actividades vinculadas con la producción o tráfico de drogas forma parte del Estatuto de Roma, instrumento base del Derecho Penal Internacional que describe la acciones que conforman los delitos de lesa humanidad...”¹¹¹.

Se advierte, que en nuestro país a través de la referida definición de delito de lesa humanidad al delito de drogas, es una definición huérfana de argumento que no contiene sustento en el derecho penal internacional, sino más bien se trataría de una política interna de cero tolerancia al consumo de drogas, que buscaría satanizar el delito como uno de los más graves que aquejaría al país.

Continúa, la Corte Nacional en su análisis y menciona que para elaborar un correcto precedente jurisprudencial encuentra dos inconvenientes jurídicos, el primero “...Diferenciar los casos expuestos de las situaciones de concurso real de infracciones y de concurso ideal de infracciones...”¹¹² y el segundo problema “...Establecer la idoneidad del tipo penal para acumular la punición y garantizar la proporcionalidad de la pena...”¹¹³ y para construir un argumento de los problemas en mención, se efectúa un ejemplo de cómo se sanciona en nuestra legislación, cuando una persona en su poder (tenencia) sin autorización posee, heroína, marihuana, clorhidrato de cocaína, pasta base de cocaína y heroína frente a una persona que en su poder mantenga 21 gramos de heroína, dice el ejemplo que la primera persona identificada como A, recibiría una pena de 5 a 7 años (alta escala) y la segunda persona identificada como B podría recibir una pena de 10 a 13 años (gran escala), yo diría que con el ejemplo podemos advertir una

¹¹¹ Pérez Correa, Catalina, coord., *Justicia Desmedida: Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina*, 141.

¹¹² Ecuador: Corte Nacional de Justicia, “Resolución Nro. 12-2015” Precedente Jurisprudencial, Gaceta Judicial, Suplemento del Registro Oficial Nro. 592, 22 de septiembre de 2015.

¹¹³ *Ibíd.*

tabla de mal elaborada y no una inadecuada punición, sin embargo de acuerdo al ejemplo planteado, nos hace notar la Corte que estaríamos frente a una sanción injusta, de posesiones ilegales de drogas, y que la acumulación de penas, sería la forma correcta de evitar esta desproporción.

Consideremos entonces si con la aplicación de la acumulación se han generado penas más justas o se ha desproporcionado la sanción y para aquello lo podremos aplicar con el mismo ejemplo que lo analiza el Pleno de la Corte, pues ese mismo sujeto denominado A, ya no enfrentará una pena de 5 a 7 años (alta escala) sino que podría enfrentar una pena acumulada de 20 a 28 años de prisión frente al sujeto denominado B que continuará enfrentando la pena de 10 a 13 años, aquí vale preguntarnos, ¿la sanción es adecuada o no?. Y con toda seguridad podemos responder que la sanción en la actualidad, no ha buscado equiparar las penas y que las mismas sean proporcionales, sino por el contrario se ha provocado un índice mayor de punición en la tenencia de cantidades menores, tornando ahora estas nuevas sanciones a través de la acumulación, en injustas y desproporcionales.

Vayamos más allá, y con otro ejemplo bajo los mismos parámetros que el anterior y podemos advertir que la desproporción ahora es mayor y bajo ningún concepto se evitó penas injustas, así vamos a decir que la persona identificada como A se lo encuentra en posesión (tenencia) sin autorización de las siguientes sustancias heroína (0,2 gramos) marihuana (50 gramos), clorhidrato de cocaína (50 gramos), pasta base de cocaína (50 gramos) frente a una persona que en su poder mantenga 10.010 gramos de marihuana, con la aplicación de la Resolución número 12-2015 la primera persona identificada como A, se encontraría en el rango de mediana escala, recibiría una pena de 12 a 20 años (mediana escala) y la segunda persona identificada como B podría recibir una pena de 10 a 13 años (gran escala), sin tomar en consideración circunstancias agravantes que podrían aumentar la pena a un tercio adicional de la pena impuesta. Esto nos permite concluir que la resolución con carácter de precedente no está generando una expectativa de proporcionalidad en la pena, sino por el contrario una agravación de la pena en delitos de mediana y mínima escala. Para ratificar lo manifestado me permito describir el siguiente gráfico:

Gráfico 1

Ejemplo de aplicación de la Resolución 012-2015

	Se encuentra en su poder	Sin aplicación de resolución	Con aplicación de resolución	Con agravantes
Persona A	0,2 gramos heroína; 50 gramos marihuana; 50 gramos de clorhidrato de cocaína, 50 gramos de pasta de cocaína.	Se debía juzgar con el delito más grave, es decir pena de 3 a 5 años. Art. 220 numeral 1 literal b) COIP.	Se debe acumular aritmética cada conducta al tratarse de 4 conductas su pena sería de 12 a 20 años de prisión.	La pena debería aumentar un tercio adicional es decir, de 16 a 26 años 7 meses de prisión.
Persona B	10.010 gramos de marihuana	Se debía juzgar con el Art. 220 numeral 1 literal d) COIP. Pena de 10 a 13 años.	Su pena continúa siendo 10 a 13 años de prisión.	La pena aumentaría a 17 años 4 meses.

Fuente: Ley de Sustancia y Estupefacientes y Coip.

Elaboración: Propia.

Con estos ejemplos, tomados del mismo argumento de la Resolución nos determina claramente que la acumulación no ha servido para una imposición más justa, sino para focalizar una política de estado de máxima intervención, creyendo que el delito de drogas se fulmina con la imposición de penas groseramente desproporcionales. Sin embargo, de aquello con el ejemplo consignado por el Pleno de la Corte, dice que imponerle al sujeto A "...pena privativa de libertad por 7 años, sería ignorar el contenido del tipo penal, dejar sin sustento legal a la diferenciación entre sustancias, sus cantidades y la complejidad del acto para así imponer la pena..."¹¹⁴ y que imponerle a B la pena de 10 años "...sería ignorar deliberadamente la capacidad de daño que puede cometer la actividad de A y la de B, así como no haber avanzado en materia de garantías, particularmente en lo atinente a la proporcionalidad de la pena..."¹¹⁵.

El pleno, cuando hace alusión a la pena a imponerse en estos casos, sin duda para justificar la misma, dice que a la persona denominada A, se le impondría la pena máxima de 7 años, mientras que la persona denominada B, se le impondría la pena mínima de 10 años. Y hace además una comparación que busca causar impacto, al afirmar que como a una persona que apenas tendría en su poder 21 gramos de heroína, se le puede imponer una sanción tan drástica frente a una persona que puede llevar consigo varias sustancias, con cantidades mayores a 21 gramos de heroína, causando así

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ *Ibíd.*

una sensación de desigualdad, constituyéndose el ejemplo en muy endeble frente a la realidad judicial de nuestro país.

Es así que podemos advertir que el argumento del Pleno, fue analizado de manera subjetiva y no desde un punto de vista integral, sino única y exclusivamente para hacer creer un beneficio a los infractores que llevarían cantidades altas de sustancias prohibidas.

Continúa el pleno de la Corte Nacional de Justicia en su argumento, y dice que es necesario encontrar una solución, y realiza la descripción concreta del Art. 76 de la Constitución de la República, cuándo esta se refiere a la proporcionalidad y hace énfasis a que debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena. Ante dicha descripción no existe un análisis mayor sobre el grado de vulneración de un derecho, entiendo que aquello nos referimos al grado de lesividad, que implicaría la afectación de un bien jurídico protegido y que de acuerdo a nuestra legislación sería la salud pública. No nos explica el pleno cómo determinó que la acción de A es más lesiva que la B en el ejemplo ya mencionado, para que la pena a imponerse sea sumamente más grave en cada caso. Es decir, omitió realizar un verdadero análisis de proporcionalidad.

Dicho de otro modo, quien intente analizar cómo se determina el contenido normativo de los derechos fundamentales, debe averiguar de qué manera, a partir de la norma que una disposición iusfundamental estatuye directamente, pueden concretarse y fundamentarse las normas adscritas y las normas individuales. En este marco, el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el paso que se recorre desde la norma directamente estatuida hasta la concreción y la fundamentación de una norma adscrita. En otras palabras, el principio de proporcionalidad se aplica, cuando se debe concretar y fundamentar una norma adscrita de derecho fundamental¹¹⁶.

Seguidamente en su argumento el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, hace una diferenciación entre lo que es el concurso real de infracciones y el concurso ideal de infracciones, para cuyo efecto se describe de una manera sucinta como las legislaciones distinguen la denominada unión de acción y unión de hechos a través de los concursos ideales o formales transcribiendo citas de autores como Muñoz Conde y Claus Roxin y concluye que de acuerdo al ejemplo denominado A no nos encontraríamos frente al concurso ideal o formal de delitos, luego describe a los mismos autores en relación al concurso material o pluralidad de acciones y hechos y de la misma manera concluye que

¹¹⁶ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ra edición, (Madrid: Imprenta Taravilla, 2007), 138.

el ejemplo denominado A, tampoco reúne las calidades para ser catalogado como concurso real de delitos.

Nos preguntamos, si las conductas descritas en el tipo penal, específicamente la posesión de diferentes sustancias sujetas a control, no reúnen las calidades de concurso ideal o material, cuál es la razón para imponer una acumulación de penas, y es más cuando el Código Orgánico Integral Penal, se refiere a la interpretación en su Art. 13 determina claramente que “...la interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos...”¹¹⁷, si el mismo Pleno dice que efectivamente no se trata de concurso real y material, esta resolución obligatoria guarda una estricta interpretación en proteger los derechos fundamentales establecidos en la misma, guarda coherencia con el principio de proporcionalidad, guarda coherencia con los derechos humanos que ratifica que las penas deberán ser acordes a la gravedad y lesión del bien jurídico protegido. “...La proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos humanos...”¹¹⁸.

Vale acotar que el referido Artículo 13 del COIP en su numeral 3 dice: “...Queda prohibida la utilización de analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos...”¹¹⁹. Considero que precisamente el Pleno de la Corte Nacional estaría ampliando los límites de los presupuestos legales para aplicar una sanción en el caso de delito de drogas, a través de la denominada acumulación aritmética, “...lo cual es sumamente peligroso ya que esta acumulación podría decirse que es discriminada, debido a que se trata de un mismo delito, siendo inaplicable, ni por concurso ideal, ni real de infracciones...”¹²⁰.

Existe un sesgo en la aplicación de esta acumulación material de penas, cuando podemos advertir que podría existir otra figura penal que estaría en las mismas condiciones para la aplicación de esta Resolución, y ese tipo penal es el delito de contrabando previsto en el numeral 2 del Art. 301 del COIP, en la cual puede suceder y muchas de las veces ocurre que el sujeto activo del delito lleva consigo varias

¹¹⁷ Código Orgánico Integral Penal, Art. 13.

¹¹⁸ Ramiro Ávila Santamaría. “Principio de Proporcionalidad”. Revista Judicial. La Hora (Loja), 05 de septiembre de 2017, C1.

¹¹⁹ Código Orgánico Integral Penal, Art. 13.1.

¹²⁰ José Sebastián Cornejo. “Acumulación de Penas en delitos de drogas”. Revista Judicial. La Hora (Loja), 28 de marzo de 2017, C1.

mercancías de contrabando, llámese electrodomésticos, llámese productos perecibles arroz o maíz, o llámese licor, sin embargo su juzgamiento e imposición de su sanción es única y exclusivamente por el tipo penal de contrabando, más no por cada una de la mercancías que lleve consigo el autor del ilícito.

Por último, si existía un conflicto en la forma de imposición de la pena en las infracciones de drogas, cuando el sujeto activo del delito poseía varias sustancias estupefacientes o sujetas de control debía imperar la norma de rango constitucional constante en el Art. 11 numeral 5 y 76 numeral 5 de la Constitución de la República, imponiendo la pena más grave, pero jamás procederse a una acumulación de la sanción.

2.2.1.- Breve análisis de la Resolución Nro. 012-2015, bajo las reglas del principio de proporcionalidad

La resolución cuando se refiere a la proporcionalidad, no efectúa mayor análisis sobre este principal principio y tan sólo transcribe en su última exposición lo constante en la Constitución de la República en su Art. 76 numeral 5, luego expone una parte concreta del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso de la masacre de la Rochela Vs. Colombia, fallo que se refiere a un acto de masacre con violación al derecho a la libertad personal, derecho a la vida y derecho a la integridad personal, de igual forma parte de la sentencia Nro. 037-13SEP-CC del 24 de julio de 2013 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador y concluye con lo manifestado por Ramiro Ávila Santamaría, que dice:

Hay dos principios que materializan la proporcionalidad penal y el constitucionalismo: el principio de intervención mínima del estado y el principio de lesividad. Por el principio de intervención mínima se entiende que sólo los bienes jurídicos trascendentales se protegerán penalmente, y estos bienes normalmente se encuentran recogidos en la Constitución. Por el principio de lesividad, sólo los conflictos más graves e imprescindibles serán tipos penales y el daño que produce el delito debe ser real, verificable y evaluable empíricamente. De lo contrario, desde la Constitución, el derecho penal se tornará arbitrario.¹²¹

Con estas citas que toma como referencia el Pleno de la Corte Nacional, podemos advertir una evidente motivación errada y antojadiza, pues se refieren a transcripciones sesgadas que no tendrían ninguna conexión alguna con el principio de proporcionalidad, nótese como el fallo Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene ninguna injerencia con delitos de drogas, ni sobre las penas a imponerse, el criterio

¹²¹ Ecuador: Corte Nacional de Justicia, “Resolución Nro. 12-2015” Precedente Jurisprudencial, Gaceta Judicial, Suplemento del Registro Oficial Nro. 592, 22 de septiembre de 2015.

de Ramiro Ávila, se lo transcribe y no se determina su pertinencia y más bien lo describen como un argumento para justificar la necesidad de una pena tratando de encuadrar al delito de drogas como un delito grave, tergiversando así el contenido de la cita textual.

Advertimos así, que cuando se refiere a la proporcionalidad, no existe motivación alguna, ni sobre la pertinencia de las citas antes descritas, ni tampoco de cómo se debe aplicar al caso concreto la proporcionalidad de la pena, es más sólo se trata de transcripción de citas, sin efectuar un análisis de cómo es proporcional la acumulación aritmética de penas, en la resolución de carácter obligatorio.

Es necesario, acotar al respecto que “...la tipificación penal de una conducta implica una intervención en la libertad general de acción, y que, como tal, debe estar justificada, y que, además la pena prevista debe guardar proporción con la protección de los derechos y bienes que justifiquen su eventual imposición...”¹²², efectivamente la pena debe guardar proporción con el derecho transgredido, en este caso el derecho sería la salud pública y aquello corroborado con el grado de culpabilidad de acuerdo a la propia cita del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cuando el Estado reprime una conducta usando como mecanismo al derecho penal, lo que hace es ponderar intereses y bienes jurídicos generales frente a la afectación o restricción de los derechos del imputado. Por lo tanto, el respeto por la proporcionalidad de la pena se relaciona directamente con el respeto por los derechos fundamentales de las personas.¹²³

Aquello implica que para imponer una sanción se debe recurrir a la aplicación del *quantum* de la pena a través del mecanismo del test de proporcionalidad. “...La aplicación del principio de proporcionalidad implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un contenido prima facie y un contenido definitivo...”¹²⁴, esto implica que el legislador puede restringir un derecho legítimamente al tipificar un delito e imponer la correspondiente sanción, “...pero este poder público no puede desatender las exigencias que se derivan de los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y cuyo cumplimiento debe ser controlado por la Corte Constitucional...”¹²⁵.

¹²² Carbonell. *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y proporcionalidad*, 199.

¹²³ Pérez Correa, Catalina, coord., *Justicia Desmedida: Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina*, 204.

¹²⁴ Carbonell. *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y proporcionalidad*. 208.

¹²⁵ *Ibíd.*, 209.

La proporcionalidad no puede ser analizada como un simple concepto de imponer una pena según la gravedad de la conducta. “...El principio de proporcionalidad, en variante de interdicción del exceso, es el criterio para controlar la constitucionalidad de la ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa respectivo...”¹²⁶, debe entonces analizar el por qué se fija una pena, para qué servirá la pena, la necesidad de la misma, la lesividad de la conducta, y su tiempo idóneo para su ejecución.

Precisamente el Pleno de la Corte Nacional, desatiende las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad, para determinar la necesidad de la acumulación material de penas, bajo los siguientes aspectos:

a) El subprincipio de idoneidad implica “...que toda ley penal, como intervención en la libertad general de acción y otros derechos fundamentales, debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo...”¹²⁷, aquello implica que se requiere por un lado la protección de un bien jurídico, y que tan sólo cuando éste se vea lesionado ante una conducta penalmente relevante, se pueda imponer una sanción gradual a la infracción cometida. En este caso en concreto, el delito ha sido tipificado por la Asamblea Nacional, pero lo que debía darse respuesta por parte del Pleno era la idoneidad de acumular las penas en delitos de narcotráfico, pese a no existir concurso material ni ideal, conforme se lo analiza en la Resolución, debía verificarse bajo un estudio de casos, que refleje sanciones groseramente desproporcionales entre delitos de mínima escala y gran escala.

b) El subprincipio necesidad “...se sustenta en que al imponer una pena ésta sea la última alternativa a la solución del conflicto...”¹²⁸, buscándose así la negación de penas gravosas, cuando exista otra forma de solución o por lo menos no afectar de una manera gravosa el derecho afectado. De la misma manera, el Pleno no motiva el por qué es necesario agravar la sanción final, y por qué no debemos aplicar el principio *in dubio pro reo*, es decir optimizar la sanción menos drástica al infractor.

c) El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, determina “...para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir, de protección del bien jurídico) debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad

¹²⁶ *Ibíd.*, 209-210.

¹²⁷ *Ibíd.*, 210.

¹²⁸ Pérez Correa, Catalina, coord., *Justicia Desmedida: Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina*, 205.

o del derecho fundamental...”¹²⁹, es decir con este subprincipio de busca equidad entre el daño causado y la sanción a imponerse. No se analizó con esta acumulación aritmética que con la misma se iba a cometer una serie de injusticias, criminalizando la pobreza y a los consumidores habituales de drogas, que algunas ocasiones pueden tener en su poder pequeñas cantidades de dos sustancias diferentes, y que podría ocasionar su juzgamiento con penas desproporcionales, que han sido legalizadas a través de la inmotivada Resolución Nro. 012-2015.

En fin, la Resolución Nro. 012-2015, sin duda comete una clara violación al principio de proporcionalidad, primero por no efectuar ningún análisis al respecto lo cual se constituye en una flagrante violación a lo constante en el Art. 76 numeral 7 literal l) que se refiere a la motivación, pues solo existe transcripción de citas textuales, pero no se analiza ni su pertinencia ni como son aplicadas al caso en concreto y en segundo, por no haber determinado cómo se puede determinar la lesividad del daño frente a cantidades de diversas sustancias, creándose una analogía para crear un concurso inexistente que lo declara el propio en su resolución que este caso no reúne las condiciones de concurso real ni ideal, y si no reúne los requisitos de dicho concurso mal podríamos aplicar la acumulación aritmética prevista en el Art. 20 del Código Orgánico Integral Penal.

2.3.- Análisis y comparación de las penas previstas en los delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en el COIP y Ley de Sustancias Estupefacientes actualmente derogada

Debemos contar como breve antecedente que nuestra legislación penal hasta antes del 10 de agosto de 2014, tenía leyes especiales que tipifican y sancionaban los delitos de drogas, es decir no sólo el Código Penal preveía los tipos penales, sino también los preveían estas disposiciones legales, tal es así que para el delito de drogas, se contaba con la denominada Ley de Sustancias y Estupefacientes y Psicotrópicas, en la cual se tipificó de manera general al tráfico, principalmente al transporte, a la tenencia de drogas como delito con penas similares de 12 a 16 años de reclusión mayor extraordinaria, pero que cada uno de estos delitos contaba con verbos rectores diferentes para su configuración. Actualmente, con la vigencia del COIP, se puede advertir que los delitos que anteriormente eran autónomos de tráfico, transporte y tenencia, se

¹²⁹ Carbonell. *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y proporcionalidad*, 211.

encuentran englobados en un solo delito, toda vez que los verbos rectores han sido englobados en el delito de tráfico

Esta primera diferenciación la detallo a continuación, relacionada específicamente a los verbos rectores de los delitos tipificados en ambas leyes, siendo el resultado el siguiente:

Gráfico 2
Verbos rectores de los delitos de drogas

Ley de estupefacientes	COIP
Siembren, cultiven, cosechen (Art. 57)	Siembren, cultiven, cosechen (Art. 222)
compren, vendan o entreguen a cualquier título, distribuyan, comercialicen, importen, exporten o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y otras sujetas a fiscalización (Art. 60)	Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan (Art. 220 numeral1)
Quienes transporten, por cualquier medio o vía, sea fluvial, marítima, terrestre o aérea y por cualquier forma o procedimiento, sustancias sujetas a fiscalización (Art. 61)	Delito contenido en el Art. 220 numeral 1
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 (Art. 62)	Delito contenido en el Art. 220 numeral 1
Quien, sin fines terapéuticos, administre a	la persona que mediante engaño, violencia o sin el

otras personas cualquier sustancia estupefaciente o psicotrópica sujeta a fiscalización o medicamento que las contenga (Art. 64)	consentimiento de otra suministre sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan (Art. 223)
El profesional que, sin causa justificada, recete sustancias estupefacientes o psicotrópicas sujetas a fiscalización y drogas o preparados que las contengan (Art. 67)	La o el profesional de la salud que, sin causa justificada, recete sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan (Art. 224)
Quienes sin las autorizaciones y requisitos previstos por esta Ley mantengan, elaboren, fabriquen, produzcan o transporten precursores u otros productos químicos específicos destinados a la elaboración de sustancias sujetas a fiscalización o trafiquen con ellos (Art. 70)	Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o, en general efectúe tráfico ilícito de precursores químicos o sustancias químicas específicas, destinados para la elaboración ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan (Art. 220.2)
	La persona que directa o indirectamente, financie u organice, actividades o grupos de personas dedicadas a la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización (Art. 221)

Fuente: Ley de Sustancias y Estupefacientes y Coip.
Elaboración: Propia.

Como podemos advertir con la ley derogada se tipificaban cuatro clases de infracciones definidas concretamente, tales como el tráfico, el transporte, la posesión y el tráfico de precursores químicos con verbos rectores específicos, hoy encontramos con la normativa actual que de la misma manera existen tres clases de infracciones determinadas, el tráfico en la cual se ha subsumido el transporte y la tenencia como tal, el tráfico de precursores, notándose en estas figuras una multiplicidad de verbos rectores y además se ha incorporado la figura delictiva de organización y financiamiento para la

producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, la cual no existía en la Ley de Sustancias y Estupefacientes constituyéndose en un nuevo delito en el COIP.

Efectuada la comparación de los diferentes delitos existentes entre ambas normativas, así como los verbos rectores que configuran el tipo penal de narcotráfico, es preciso cotejar cómo era la pena que contenían estas infracciones, advirtiendo una generalidad de penas en la ley derogada, 12 a 16 años, frente a la particularidad de penas que existe en la ley vigente, con penas desde 1 hasta 19 años de prisión, sin la concurrencia de circunstancias eximentes o agravantes.

Con este fin, se efectúa el siguiente cuadro comparativo:

Gráfico 3
Diferencia en las sanciones penales

Delito	Pena ley de estupefacientes	Pena COIP
Siembra o cultivo	12 a 16 años	1 a 3 años
Tráfico	12 a 16 años	1 a 13 años, según la escala
Transporte	12 a 16 años	1 a 13 años, según la escala
Tenencia	12 a 16 años	1 a 13 años, según la escala
Suministro	3 a 6 años	1 a 3 años
Prescripción injustificada	3 a 6 años	1 a 3 años
Precursores químicos	4 a 8 años	5 a 7 años
Organización y financiamiento		16 a 19 años

Fuente: Ley de Sustancia y Estupefacientes y Coip.

Elaboración: Propia.

Estas penas determinadas, en la normativa en comparación, podrían variar según la existencia de circunstancias atenuantes que disminuyen la sanción, para aquello se requería la comprobación de dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, ante lo cual la pena se reducía conforme el cuadro detallado a continuación:

La pena mínima sería:

Gráfico 3
Sanciones penales con aplicación de atenuantes

Delito	Pena ley sustancias	Pena COIP
---------------	----------------------------	------------------

Siembra o cultivo	8 a 12 años	8 meses
Tráfico	8 a 12 años	8 meses a 6 años seis meses, según la escala
Transporte	8 a 12 años	8 meses a 6 años seis meses, según la escala
Tenencia	8 a 12 años	8 meses a 6 años seis meses, según la escala
Suministro	1 a 3 años	8 meses
Prescripción injustificada	1 a 3 años	8 meses
Precursores químicos	4 a 8 años	8 meses
Organización y financiamiento		10 años 8 meses

Fuente: Ley de Sustancia y Estupefacientes y Coip.
Elaboración: Propia.

De la misma manera, la pena podría aumentar, con la comprobación de circunstancias agravantes, la pena a aplicarse sería conforme el siguiente cuadro comparativo:

Gráfico 4
Sanciones penales con aplicación de agravantes

Delito	Penal sustancias	Penal COIP
Siembra o cultivo	12 a 16 años	4 años
Tráfico	12 a 16 años	16 meses a 17 años 3 meses, según la escala
Transporte	12 a 16 años	16 meses a 17 años 3 meses, según la escala
Tenencia	12 a 16 años	16 meses a 17 años 3 meses, según la escala
Suministro	3 a 6 años	4 años
Prescripción injustificada	3 a 6 años	4 años
Precursores químicos	8 a 12 años	4 años
Organización y financiamiento		25 años 3 meses

Fuente: Ley de Sustancia y Estupefacientes y Coip.
Elaboración: Propia.

Verificando cada uno de los cuadros podemos advertir que la actual normativa sería mucho más benigna en relación a la anterior ley que sancionaba esta clases de

delitos, pues el umbral mínimo de aplicación para los delitos comunes de tráfico (transporte, tenencia) era 8 años, sin embargo con la normativa del Código Orgánico Integral Penal, y la implementación de tablas de cantidades y sustancias (mínima escala), se podría obtener una pena mucho menor que podría incluso ser de 8 meses. Claro está que con dicha tabla mínima de cantidades, existiría un grave problema de interpretación, pues muchas de las veces los consumidores son procesados y juzgados ante la imposibilidad de justificar su problema de salud o su deficiente defensa técnica.

Vale acotar que actualmente con la normativa del Código Orgánico Integral Penal, se podría aplicar la salida alternativa de procedimiento abreviado, con la reducción de un tercio de la sanción a imponerse, toda vez que dicha figura permite someterse a la disposición legal antes mencionada en todo delito cuya pena sea menor a 10 años de prisión.

Podemos advertir un situación de vital importancia, nuestra legislación anterior bajo el principio de legalidad determinaba la pena a imponerse por ejemplo tráfico de 12 a 16 años, con la aplicación de circunstancias atenuantes se disminuía la sanción de 8 a 12 años, y con la aplicación de circunstancias agravantes la pena a imponer era la ya establecida es decir de 12 a 16, dejándole al Juez la libertad de imponer una sanción en un estándar denominado “bandas legales”, ahora en nuestro ámbito legal actual en relación a la pena imponerse para el delito de tráfico establece el rango de pena de 10 a 13 años, en caso de circunstancias atenuantes puede disminuir a seis años seis meses, pero ante la existencia de circunstancias agravantes, la pena no sería 13 años, sino rebasando el límite de sanción del tipo penal, se aumenta en un tercio adicional, es decir la sanción en dicho ejemplo sería de 17 años 3 meses, con lo cual el legislador dispone de la sanción ya no un estándar de sanción, sino que por el contrario exige al juzgador la aplicación de una sanción agravada, constituyéndose en una pena mayor a la determinada en el tipo penal. “...La imposición de una pena mayor que el máximo señalado en la ley se torna de esta manera en inconstitucional, además de violatorio de tratados y convenios internacionales de protección de derechos humanos...”¹³⁰.

2.4.- Análisis de fallos sobre penas desproporcionales en delitos de drogas con ley anterior y ley actual

Hasta antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, era una generalidad que la sanción a aplicarse en delitos relacionados a tráfico de sustancias y

¹³⁰ García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal comentado*, 414.

estupefacientes se aplique la sanción mínima de 8 años, muchas de las veces independiente de la cantidad o de la sustancia contenida para el tráfico, pues era muy sencillo la aplicación de las circunstancias atenuantes de conducta anterior y posterior a los hechos sucedidos. Con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se ha intentado que la imposición de la sanción sea diferente entre aquella persona que trafica con menor cantidad de sustancias sujetas a control frente a la persona que lo hace con sustancias en mayor cantidad y con aquello vamos a realizar un análisis para determinar si este objetivo de la nueva ley, con sus reformas y aplicación de la Resolución Obligatoria Nro. 12-2015 permite o no cumplir con el mismo, y para aquello voy a recurrir a dos casos similares con cantidades altas, con cantidades bajas y con acumulación aritmética de penas.

Por lo que es importante destacar y comparar cómo actuaban los juzgadores con casos específicos de sustancias estupefacientes de gran escala, es decir casos superiores a dos kilos, independiente de la sustancia encontrada, la pena iba a ser igual o no, en dichos casos y vamos a advertir que efectivamente la pena impuesta era similar en la mayoría de los casos, y quiero a la vez constatar si con la aplicación de la resolución 012-2015 las penas a imponerse con la acumulación aritmética en delitos de mínima y mediana escala, pueden llegar o no ser similares sus penas con delitos de gran escala de drogas, lo cual deviene en necesario el cotejo con fallos emitidos en la provincia de Loja.

2.4.1.- Fallos con cantidades de gran escala de estupefacientes

Para aquello voy a recurrir a un caso específico de tráfico de sustancias y estupefacientes cuyo número de juicio en el Tribunal de Garantías Penales de Loja fue el 11901-2012-0020, en la Sala de Garantías Penales de Loja, fue 11121-2012-0236 y en Corte Nacional de Justicia fue el 17721-2012-1493, sobre la circunstancias del mismo no vamos a analizar sino única y concretamente a los hechos de manera sucinta y la pena impuesta, el hecho sucedió el día 01 de diciembre de 2011, mientras el ciudadano Orlando Darwin Mestanza Lara, en el vehículo marca Chevrolet modelo CAPTIVA que viajaba desde Macará a Guayaquil, en su interior aparentemente llevó 46.540.10 gramos de cocaína, en primera instancia se impuso la pena atenuada de 10 años de reclusión mayor ordinaria, luego ante el recurso de apelación de las partes procesado y fiscalía, se acepta el recurso de apelación de la Fiscalía General y se reforma el fallo en la siguiente manera:

D).- La afirmación de la defensa en el sentido de que el vehículo chervrolet captiva no tendría la capacidad para transportar 46.540.10 gramos de cocaína, distribuidos en 93 paquetes , no tiene ningún respaldo probatorio, quedando únicamente como un mero enunciado; por el contrario, teniendo en cuenta las características del vehículo, resulta totalmente viable; y, E).- Lo reflexionado en los literales precedentes, resaltan como consecuencia de la aplicación del método valorativo de la Sana Crítica, atento a las premisas de la Lógica, la Psicología y la Experiencia, que es el que impera en nuestro Nuevo Sistema Procesal Penal Oral Acusatorio...NOVENO: Por lo expuesto, al considerar la Sala que la situación procesal se ubica en la primera parte del Art. 304-A del Código Adjetivo Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN EL NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, esta Sala penal RESUELVE: Rechazar los recursos de Nulidad y Apelación, interpuestos por el procesado: Orlando Darwin Mestanza Lara; aceptar el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía; confirmar en lo principal dicha sentencia, reformándola en cuanto a la pena , ya que se le impone al procesado la pena de Doce Años de Reclusión Mayor Extraordinaria¹³¹.

Finalmente, el procesado interpone recurso extraordinario de casación y la Corte Nacional de Justicia, resuelve aceptar su recurso en cuanto a la sanción impuesta y reforma el fallo bajo el análisis de que al existir la configuración de dos circunstancias atenuantes, y ninguna agravante la pena que corresponde aplicar es la mínima de 8 años de reclusión mayor extraordinaria, sin hacer mayor análisis en cuanto a la cantidad de sustancia sujeta a fiscalización encontrada en su poder.

En definitiva, la pena que se aplicó al sentenciado fue de 8 años de reclusión y así podemos mencionar un sinnúmero de sentencias con penas similares, sin diferenciar ni la cantidad ni la sustancia.

Pero para poder cotejar con un caso similar considero importante destacar el caso de tráfico de sustancias y estupefacientes cuyo número de juicio en el Tribunal de Garantías Penales de Loja fue el 11318-2016-00114, cuyo número de causa es igual tanto en la Sala de Garantías Penales de Loja y Corte Nacional de Justicia, sobre la circunstancias del mismo no vamos a analizar sino única y concretamente a los hechos de manera sucinta y la pena impuesta, el hecho sucedió el día 06 de julio de 2016, mientras el ciudadano Marcos Melecio Rogel, en el vehículo marca Toyota que circulaba en el cantón Zapotillo, en su interior aparentemente llevó 50.000 gramos de cocaína, en primera instancia bajo la agravante de participación de dos o más personas se resolvió:

¹³¹ Ecuador: Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja (Sentencia condenatoria contra el ciudadano Orlando Darwin Mestanza Lara, por el delito de transporte ilícito de sustancias estupefacientes), causa Nro. 11121-2012-0236 de fecha 01 de noviembre de 2012.

RESOLUCIÓN.- Por las consideraciones expuestas, al haberse probado la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal de los procesados, con los acuerdos probatorios, por lo que se ha destruido la presunción de inocencia, prevista en el Art. 76.2 de la Constitución de la República, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en los Arts. 453, 454, 455, 457, 619, 621 y 622 del Código Orgánico Integral Penal y Resolución N° 001-2015 CONSEP éste Tribunal de Garantías Penales de Loja ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, dicta sentencia declarando la CULPABILIDAD del procesado señor MARCO MELECIO ROGEL CAMPOS cuyas generales de ley constan en el considerando tercero de esta sentencia, como AUTOR y responsable del delito de TRAFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS CATALOGADAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN (TRANSPORTE), previsto en el Art. 220, numeral 1 literal “d” (gran escala) del Código Orgánico Integral Penal, más para la imposición de la pena el Tribunal advierte la existencia de la circunstancia agravante del Art. 47 numeral 5 del COIP, por ello al amparo de lo previsto en el Art. 44 Ibidem, se le impone la PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD de DIECISIETE AÑOS, 4 MESES y, de conformidad a lo previsto en el Art. 70 numeral 10 del COIP se le impone la MULTA de CUARENTA SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL¹³².

Es decir, el Tribunal fallo bajo el criterio de existencia de la circunstancia agravante de participación de dos o más personas, y se impuso aumentada del máximo del tipo penal, más un tercio adicional, disponiéndose así la pena final de 17 años 4 meses, ante dicho fallo se resuelve el recurso de apelación del procesado, aceptándolo parcialmente al mismo y se resuelve en cuanto a la pena lo siguiente:

RESOLUCIÓN. Por todas las motivaciones anteriormente expuestas en la presente sentencia, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve: 1.- Aceptar el recurso de apelación propuesto por los procesados Marco Melecio Rogel Campos y Hernando Eber Yela Erazo, en consecuencia reformar la sentencia del Tribunal a quo en lo atinente a la pena privativa de libertad, imponiéndoles conforme el Art. 652.5 a cada uno de los procesados Marco Melecio Rogel Campos, Hernando Eber Yela Erazo y Edgar Andrés Yela Pantoja, la pena de trece años de privación de libertad al no existir agravantes que considerar¹³³.

El proceso actualmente se encuentra en proceso de casación, sin que exista un fallo en firme a la fecha de publicación de esta tesis.

Cotejando los casos transcritos, podemos advertir un delito similar de tráfico de drogas a través de configuración del verbo rector de transportar, la cantidad en ambos

¹³² Ecuador: Tribunal de Garantías Penales de Loja (Sentencia condenatoria contra el ciudadano Marco Melecio Rogel Campos, por el delito de transporte ilícito de sustancias estupefacientes), causa Nro. 11318-2016-00114 de fecha 07 de febrero de 2017.

¹³³ Ecuador: Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Loja (Sentencia condenatoria contra el ciudadano Marco Melecio Rogel Campos, por el delito de transporte ilícito de sustancias estupefacientes), causa Nro. 11318-2016-00114 de fecha 04 de julio de 2017.

casos de acuerdo a la tabla actual sería de gran escala, es decir, mayor de dos kilos, la diferencia que podríamos encontrar es que en el primer caso se aplicó a favor del procesado dos circunstancias atenuantes que preveía el Código Penal como eran la denominada conducta anterior y posterior, mientras que en el segundo caso no se aplicó circunstancias atenuantes a favor del procesado, por cuanto en nuestro actual sistema las seis atenuantes previstas en el Art. 45 del Código Orgánico Integral Penal, son muy complicadas de demostrarla, por no decir imposible, advirtiéndose que en el primer caso la pena final fue de 8 años frente a la pena del segundo que primero fue de 17 años cuatro meses, actualmente estaría en 13 años, sin agravantes de acuerdo a la resolución de la Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, pese a tratarse de sustancias catalogadas a control en gran escala.

Advirtiéndose, en este primer análisis de casos, que en delitos de drogas mayores a dos kilos, la pena final es más severa que la actual que la descrita en la derogada Ley de Sustancias y Estupefacientes.

2.4.2.- Fallos con cantidades de mínima escala de estupefacientes

De la misma manera, no existía un parámetro determinado en la Ley de Sustancias y Estupefacientes en relación a la sanción al infractor de cantidades pequeñas, pero con el fallo que indicaré advertiremos la discrecionalidad de la aplicación de las atenuantes y la sentencia desproporcional, es así que en el fallo Nro. 11903-2008-0039A emitido por el ex Tribunal Tercero de Garantías Penales de Loja, tenemos como antecedente que al sentenciado se indica que intentó enviar a través de otra persona clorhidrato de cocaína en un peso bruto de 228,5 gramos, no tenemos referencia del peso neto, y sobre la aplicación de atenuantes se indica:

También ha presentado la defensa, varios certificados de conducta que han sido debidamente impugnados por no haber comparecido sus otorgantes a reconocerlos en la audiencia de juzgamiento, así como las declaraciones de las señoras Virmania Marilú Correa Mendieta y Dora Marina Galván Reyes, quienes únicamente dan a conocer la buena conducta y no peligrosidad del acusado, más estas circunstancias por sí solas, no permiten la modificación de la pena a imponérsele, en vista de que el Art. 72 del Código Penal, ha previsto que se justifiquen dos o más circunstancias y en el presente caso, sólo se ha justificado la prevista en el numeral 7 del Art. 29 del referido cuerpo de leyes, esto es, su conducta anterior¹³⁴.

¹³⁴ Ecuador: Tercer Tribunal de Garantías Penales de Loja (Sentencia condenatoria contra el ciudadano Erick Joel Erraez, por el delito de tenencia ilícita de sustancias estupefacientes), causa Nro. 11903-2008-0039A de fecha 05 de octubre de 2012.

Ante dicha situación de justificación de atenuantes por parte de la defensa, el Tribunal concluye imponiendo la pena de 12 años de reclusión mayor extraordinaria, pena que causó ejecutoria.

No puedo hacer un cotejamiento de caso análogo en relación a la tenencia ilegal de varias sustancias y estupefacientes de mínimas cantidades bajo el parámetro de acumulación aritmética, por no haber existido la misma bajo las reglas del Código Penal, sin embargo voy a analizar un fallo que me llamó la atención en la ciudad de Loja, en la cual se aplicó la Resolución Nro. 012-2015 pronunciada por la Corte Nacional de Justicia.

El caso es el siguiente: causa Nro. 11283-2016-00621 que se sustanció en la Unidad Judicial Penal de Loja, en razón de la flagrancia, sobre la circunstancias considero importante destacar algunos aspectos principales como los siguientes: a) el hecho según relato de los Agentes de Antinarcóticos de Loja, a través de llamada anónima conocieron en la parroquia Vilcabamba, existían dos personas que se estarían dedicando al expendio de sustancias ilícitas, a los cuales los denominaron “los paisas”, esto en virtud de tratarse de personas de nacionalidad colombiana, y que aparentemente para cometer sus ilícitos lo hacían bajo el aspecto de ser personas informales de venta de empanadas, luego de la investigación se efectúan allanamientos y requisas a estas personas a quienes se las identifico como Víctor Manuel Montoya Rodas y Deimer Alonso Sepúlveda, en el primero de los nombrados se encontró una sustancia llamada marihuana y luego al acudir a la habitación donde alquilaban los dos ciudadanos, se encontró otra sustancia denominada cocaína; b) La cantidad encontrada en peso neto fue de 2,8 gramos de marihuana y de peso neto de 6 gramos de clorhidrato de cocaína; c) el procesado Víctor Manuel Montoya Rodas, se declaró culpable del delito y bajo la figura de procedimiento abreviado se le impuso la pena atenuada de 2 años con 8 meses de prisión; d) el procesado Deimer Alonso Sepúlveda, continuó con el procedimiento ordinario, el cual se llevó a cabo a través de procedimiento directo, y en sentencia se le impuso la pena acumulada agravada de diez años con 8 meses de prisión, su abogado público no apeló por omisión, y actualmente el proceso ha sido resuelto a través de recurso de revisión por la Corte Nacional de Justicia, éste dispuso confirmar la inocencia del procesado, debido a la existencia de dos sentencias condenatorias contradictorias, pues no era parte del recurso analizar la pena impuesta, hasta la fecha de presentación del trabajo, se encuentra pendiente la resolución motivada por escrito de la sentencia.

El fallo sobre la responsabilidad dice:

El verbo NUCLEAR: Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea; constatando que efectivamente el señor Deimer Alonso Sepúlveda Vanegas y el señor Víctor Manuel Montoya Rodas se estaban dedicando al tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización como la cocaína y marihuana.- 2) Dentro de otros aspectos tenemos: “en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan” .- Es decir se encuentran cumplidos todos y cada uno de los elementos del tipo penal.- 10.6.4).- Procesalmente se ha probado que DEIMER ALONSO SEPÚLVEDA VANEGAS adecuó su conducta a la norma establecida en el art. 220 inciso primero, literal a y b del COIP; por haberse encontrado en su casa de habitación dos sustancias sujetas a fiscalización: clorhidrato de cocaína y marihuana; determinándose por tanto su RESPONSABILIDAD en el delito que se le acusa y probándose la teoría del caso presentada por la Fiscalía¹³⁵.

Nótese sobre la responsabilidad penal del sentenciado, dice que se ha demostrado por haberse demostrado que en la casa de habitación se encontraron las dos sustancias, pese a que procesalmente se determinó que la casa habitan dos personas, y que además la primera sustancia fue encontrada en poder del primer procesado, aspecto grave sobre la determinación de la culpabilidad.

Y va más allá la sentencia, pues además se considera la existencia de circunstancias agravantes con el siguiente argumento:

ONCE: DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA INFRACCION: 11.1) El art. 44 dispone que “... Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva ... Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio... “.- En este mismo contexto el art. 47 del COIP establece que “...Son circunstancias agravantes de la infracción penal: ... Cometer la infracción con participación de dos o más personas...” situación que Fiscalía ha solicitado sea tomada en cuenta al imponer la pena; al respecto cabe desatacar que el operativo se inició y se concluyó con la detención del señor Víctor Manuel Montoya Rodas, quien se sometió a procedimiento abreviado; por tanto se establece que son dos personas que se dedican al tráfico de sustancias ilícitas, teniendo cabida la agravante del art 47 numeral 5 de COIP.- 11.2) La Corte Nacional de Justicia, emitió la Resolución No. 12-2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015, que textualmente dice: “...Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal...”.- Lo expuesto se toma en consideración para efectos de resolución¹³⁶.

¹³⁵ Ecuador: Unidad Judicial Penal de Loja (Sentencia condenatoria contra el ciudadano Deimer Alonso Sepúlveda, por el delito de tenencia ilícita de sustancias estupefacientes), causa Nro. 11283-2016-00621 de fecha 18 de diciembre de 2016.

¹³⁶ *Ibíd.*

Bajo un análisis, muy gramatical, el juzgador determina que la detención de dos personas, conlleva a la existencia material de la circunstancia de agravante, sin hacer un mayor análisis al respecto, y de manera atroz justifica la agravante de participación de dos o más personas para la imposición de la pena.

Y finalmente, concluye la sentencia con la aplicación de una pena groseramente desproporcional acumulada y agravada determinando:

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, declara al señor DEIMER ALONSO SEPÚLVEDA VANEGAS, ciudadano colombiano con identificación CC6138491, de 47 años de edad, comerciante; domiciliado en la parroquia Vilcabamba, AUTOR Y RESPONSABLE del delito previsto y sancionado por el art. 220 numeral 1 literales a y b, por lo tanto se impone la pena de acuerdo a lo siguiente: por el tráfico ilícito de 6 gramos de clorhidrato de cocaína, la pena máxima es de cinco años; y, por el tráfico ilícito de 2.8 gr de marihuana la pena máxima es de tres años. Tomando en cuenta la Resolución No. 12-2015, las dos penas sumarían ocho años (8 años) y aplicando la agravante del art. 47, numeral 5, se incrementa en un tercio (32 meses ó 2 años, 8 meses); por lo tanto se IMPONE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE DIEZ AÑOS OCHO MESES y la MULTA establecida en el art. 70, numeral 7; en atención a lo previsto en el art. 622 numeral 6 y art. 628 del Código Orgánico Integral Penal¹³⁷.

Como corolario de la pena impuesta de *diez años ocho meses*, por la cantidad de 6 gramos de clorhidrato de cocaína y 2.8 gramos de marihuana, la cual según lo explica el juzgador, se lo efectúa con la aplicación de la Resolución obligatoria Nro. 012-2015. Creo conveniente verificar los parámetros de la pena impuesta, no vamos a entrar en detalles de culpabilidad, pues incluso dicha persona sería inocente, pero entiendo su participación como cierta, era acorde aplicar la agravante de una manera literal de dos o más personas, o era indispensable por el Juzgador determinar cómo influyó la participación de cada uno de los procesados, para arribar a una conclusión de que dicha participación fue consecuencia de un hecho planificado, y sobre la aplicación de la Resolución Nro. 012-2015, podemos advertir que su objetivo no ha sido garantizar una pena proporcional, sino por el contrario apreciamos que en estos casos de poca relevancia penal, tenemos una pena lesiva, ilegal, e inconstitucional, la cual tuvo que cumplir el procesado hasta obtener su libertad a través de recurso de casación luego de más dos años de reclusión.

Se puede concluir con este ejemplo, la desproporcionalidad de la pena impuesta, 10 años ocho meses, por tenencia de 6 gramos de cocaína y 2,8 gramos de marihuana. ¿Esa pena cumplía con los subprincipios de necesidad, idoneidad, proporcionalidad en

¹³⁷ *Ibíd.*

sentido estricto?, la respuesta es única y con claridad meridiana, podemos decir que evidentemente inconstitucional. En definitiva este ciudadano, de nacionalidad colombiana, pagó una pena defendiéndose, pues tuvieron que transcurrir más de dos años en prisión, para que el Estado a través de un recurso de revisión, le confirme su inocencia.

Para concluir, el presente trabajo investigativo, es necesario recalcar que las penas en los delitos de drogas, cuando se encontraba vigente la Ley denominada 108 y la aplicación del Código Penal y Código de Procedimiento Penal, los operadores de justicia aplicaban la pena mínima establecida en el tipo pena, esto es, 8 años de reclusión, obviamente a través del beneficio de atenuantes, sin tener mucha relevancia la cantidad de droga en poder del sentenciado, ni las circunstancias de su participación si era entre dos o más personas. Luego con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se deroga la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y se estipula un régimen punible de tabla de posesión tanto en cantidad como en la sustancia, y según estos dos elementos la imposición de penas mínimas de seis meses hasta 13 años de prisión, sin la aplicación de atenuantes o agravantes que pueden modificar la sanción a través de un tercio menos o un tercio más del techo impuesto para la infracción, luego se modificó a través de reforma legal la sanciones y el mínimo a imponerse varió a 1 año de prisión.

Obviamente debemos rescatar que con los denominados mínima, mediana, alta y gran escala se evitó una mayor discriminación de las penas a imponerse que como ya lo mencionamos con la normativa anterior el mínimo a imponerse era 8 años de prisión, pero lastimosamente a través de la Resolución obligatoria Nro. 012-2015 por parte del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se puede advertir que las penas impuestas para estas personas que trafican con pequeñas cantidades, sin entrar en detalles de los motivos del porque lo realizan, se advierten penas que muchas de las veces son mayores a las impuestas en alta o gran escala, se puede advertir así que al encontrar a una persona con dos sustancias o más diferentes entre sí, en diferentes cantidades podría acumular materialmente una pena superior al máximo para el delito de gran escala en drogas, lo cual sin duda advierte la peligrosidad de esta clase de resoluciones que atentan contra el principio de proporcionalidad.

Luego de este estudio puedo afirmar que es inconstitucional imponer penas mayores a las establecidas en el tipo penal, aumentar en un tercio la pena de la fijada en el tipo penal, especialmente en este caso de los delitos de drogas, lo cual atenta primero

contra la seguridad jurídica, pues se denota una política criminal máxima, sin importar que con este actuar se vulneran otros principios como los de legalidad, proporcionalidad, mínima intervención penal, reprimiendo conductas poco lesivas con penas graves frente a la lesividad de las mismas.

Conclusiones

- Los delitos de drogas en general hasta antes del 09 de agosto de 2014, estuvieron tipificados en la entonces Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas cuyo marco legal establecían sanciones similares para el tráfico, tenencia y transporte en un mínimo de 12 años y un máximo de 16 años, y con aplicación de atenuantes su rango de sanción podría ser de 8 a 12 años de reclusión, determinándose así que la penas a imponerse de manera general para esta clase de infracciones independiente de la cantidad de sustancia encontrada, sería de 8 años de prisión, lo cual generaba desigualdad entre los infractores de estas conductas delictivas y desproporcionalidad en la pena impuesta.
- La vigencia del Código Orgánico Integral Penal, conocido como COIP, desde el 10 de agosto de 2014, marcó sin duda un cambio de nuestra legislación penal en relación a los delitos de drogas, al establecer umbrales de tenencia y posesión de sustancias catalogadas a control, determinando a la vez escalas de sanciones con penas proporcionales en cada caso específico determinándose penas de mínimas de 1 año hasta los 13 años como máximo, sin tomar en cuenta circunstancias atenuantes o agravantes no constitutivas del tipo penal, permitiendo así una mejor aplicación del principio de mínima intervención penal y de proporcionalidad en la actualidad.
- La política criminal de nuestro país, siempre ha estado ligada a la presión mediática de los medios de comunicación que han incidido en reformas penales, especialmente con la promulgada en fecha 26 de octubre de 2015, en la cual se estableció penas más agravadas y umbrales de tenencia y posesión de sustancias catalogadas a control de menores cantidades, determinándose el mínimo de pena ya no de 2 a 6 meses, sino de 1 a 3 años de prisión para estas clases de infracciones, con el fin de buscar a criterio de los medios mayor seguridad a través de aumento de penas en delitos de drogas.
- La Corte Nacional de Justicia, lejos de garantizar los derechos y garantías constitucionales de las personas que enfrentan causas penales por causa de drogas, emite la Resolución obligatoria Nro. 012-2015 con fuerza de precedente, y de aplicación inmediata referente a la acumulación material de

penas, cuando el infractor contenga en su poder más de una sustancia catalogada a control, sumándose de manera aritmética las penas sin que las mismas pueden ser mayores a 40 años, bajo el criterio que así se garantiza igualdad y proporcionalidad en las penas impuestas a los infractores. Esta resolución lejos de ser garantista a los derechos humanos (in dubio pro reo y favorabilidad) ha incidido perjudicialmente en el aumento de penas de infracciones menores de narcotráfico, pudiendo llevar incluso a igualar la banda establecida para el delito de gran escala de drogas, lo cual resulta contrario a la mínima intervención penal.

- La inconsulta e inmotivada Resolución obligatoria con fuerza de precedente, no está generando una verdadera proporcionalidad en las penas, ni está generando igualdad en las penas entre delitos de mínima, mediana, alta y gran escala, por el contrario está criminalizando la pobreza, acumulando penas indebidamente pues si no existe concurso material ni ideal de delitos, mal podría aplicarse la sumatoria aritmética de penas por no tratarse de concurso de delitos conforme a la doctrina citada en el presente trabajo investigativo.
- El actual Código Orgánico Integral Penal, sólo contiene el concepto de mínima intervención penal, toda vez que en lo relacionado a circunstancias que atenúen la gravedad de la conducta, existe menor cantidad de circunstancias atenuantes en relación al Código Penal, y la única que se podría aplicar para esta clase de infracciones es la determinada en el numeral 6 del Art. 45 del COIP, sin existir la posibilidad de demostrar otra atenuante más, siendo así imposible la aplicación de las mismas.
- El Código Orgánico Integral Penal, contiene una mayor cantidad de circunstancias agravantes, que incide en la pena final a imponerse a los infractores de delitos de drogas, aumentando la pena del tipo penal en un tercio adicional a la descrita en el tipo penal correspondiente.
- Se considera que la aplicación de circunstancias agravantes en delitos de drogas y en lo delitos descritos en el Código Orgánico Integral, es inconstitucional, toda vez que rebasa el principio de legalidad constante en el tipo penal descrito, imponiéndose una pena mayor a la descrita en la norma penal, lo cual es severamente grave, que el Código Orgánico Integral Penal disponga que con aplicación de agravantes se imponga la pena máxima

aumentada en un tercio adicional de la misma, rebasando el límite de la pena señalada en el tipo penal.

- En la actualidad, cuando sancionamos delitos de drogas, podemos advertir una severa desproporcionalidad en las penas, al considerarse con una resolución del pleno de la Corte Nacional, que pese a ratificar que el caso en análisis no nos encontramos frente a un concurso material de delitos, se estaría creando una analogía de penas, prohibida expresamente por el Art. 13 numerales 2 y 3 del COIP, pues la única forma de acumular las penas es frente a la comisión de varios delitos autónomos e independientes como lo determina el Art. 20 del COIP. Es más, si la Corte Nacional estima que existe un conflicto de aplicación de sanciones al momento que una persona posee varias sustancias ilícitas en su poder, la solución se la debe aplicar bajo las reglas del Art. 76 numeral 5 de la Constitución de la República y Art. 11 numeral 5 del COIP, la norma más beneficiosa que en este caso sería el concurso ideal, pero no acumular las penas.
- La política criminal del Estado a través de las reformas a la sanción del tipo penal, de la creación de acumulación material de penas, frente a la existencia de sustancias distintas en posesión del infractor, advierten una política estatal de máxima intervención penal, con el fin de generar seguridad, sin ninguna estadística que demuestre que con penas gravosas en delitos de drogas los índices delincuenciales sean menores en nuestro país, generalizando más bien el incremento de presos y sentenciados en las cárceles de nuestro país, quienes se constituyen en la principal causa de internos que deben someterse a juicio debido a esta clase de infracciones.

Recomendación

Considero necesario que al finalizar mi tesis, emitir una recomendación en torno al tema de la proporcionalidad de las penas en delitos de drogas, y aquella va sin duda dirigida a los operadores de justicia que al momento de analizar la conducta típica del delito de drogas y deban aplicar la Resolución Nro. 012-2015 pronunciada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, consideren que la misma es diametralmente desproporcional, y ante dicho criterio procedan a utilizar la figura de control de legalidad, aplicando la misma, según las reglas del Art. 428 de la Constitución de la República, esto es, la remisión en consulta a la Corte Constitucional, y aquello por cuanto dicha Resolución es atentatoria contra los derechos y garantías consagradas en la Carta Magna, como el principio de legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica, además de contener una interpretación extensiva innecesaria, pues con aquella resolución se está ejecutando a personas a las cárceles a penas infames, excesivas que no guardan relación con el daño producido.

En mi calidad de abogado en libre ejercicio, aspiro que con la remisión en consulta que seguramente lo hará algún operador de justicia, se pueda declarar la inconstitucionalidad de la misma a fin de garantizar un estado de derechos y de justicia y de mínima intervención penal, que consagre además seguridad jurídica y una verdadera tutela judicial.

También será necesario que la nueva Corte Constitucional, cumpla con su función encomendada y emita un criterio doctrinario, jurídico y analítico de esta acumulación aritmética y lograr así el objetivo de un verdadero estado constitucional de derecho y de justicia.

Bibliografía

- Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Ecuatoriano*. Parte General, Décima Segunda Edición. Quito: Ediciones Legales, 2011.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos*. Quito: Ediciones Legales. 2013.
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Tercera Edición, Introducción Nódier Agudelo Betancurt. Bogotá: Temis. 2010.
- Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: 3ra Edición. Colección Estudios Constitucionales. 2007.
- Carbonell, Miguel. *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México: Editorial Porrúa, 2012.
- Carnelutti, Francesco. *Teoría General del Delito, Clásicos del Derecho Penal 3*, Traducción del Italiano por Víctor Conde, Prólogo del Prof. José Arturo Rodríguez Muñoz. Cuenca: Del Arco Ediciones, 2011.
- Donna, Edgardo Alberto. *Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro III*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzone, 2008.
- Elbert, Carlos Alberto. *Manual Básico de Criminología*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2005, 112.
- Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito y de la Pena Volumen 2*, Reimpresión 2017. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017.
- _____. *Derecho Penal, Parte General, Principios y Categorías Dogmáticas*. Reimpresión 2017. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho Penal mínimo y otros ensayos*. México: CEDH, 2008.
- _____. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Primera Reimpresión. Madrid: Trotta, 2014.
- García Falconí, Ramiro J. *Código Orgánico Integral Penal Comentado Art. 1 al 78*. Lima: Ara Editores. 2014.
- Jakobs, Günther, *Nuevo Concepto de Derecho Penal, Tomo II*, Traducción de Manuel Cancio Melía. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2008.
- Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho Penal. Volumen 3*. México: Oxford University Press, 2006.
- Larrauri, Elena. *Introducción a la Criminología y al Sistema Penal*. Madrid:

Editorial Trotta S.a., 2015.

López López, Enrique y Perdiguero Bautista, Eduardo. *Enciclopedia Penal*. España: Editorial La Ley, 2011.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La Constitucionalidad del Derecho Penal* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 1ra Edición Quito: V&M Gráficas, 2009.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. Octava Edición Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Ortiz Quiroga, Luis y Arévalo Cunich, Javier. *Las Consecuencias Jurídicas del delito*. Primera Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014.

Pérez Correa, Catalina, coord., *Justicia Desmedida: Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina*. México: editorial Fontamara, 2012.

Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la Segunda edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas 1997.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

_____. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Sociedad Autónoma Editora, 2006.

Zambrano Pasquel, Alfonso Prof. Dr. *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal Reformado al Libro Primero Parte General*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014.

_____. *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal Reformado al Libro Primero Parte Especial*. Quito: Tomo II. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014.

Fuentes legales internaciones

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (1969).

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998).

Publicaciones electrónicas

García Falconí, José. “La proporcionalidad o dosimetría de las penas”, 26 de noviembre de 2012, parr. 6, <https://www.derechoecuador.com/la-proporcionalidad-o-dosimetria-de-las-penas>. <https://derechopenalonline.com/el-funcionalismo-penal-una-introduccion-a-la-teoria-de-gunther-jakobs/>

Montero Cruz, Estuardo. “El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs, 01 de febrero de 2008, párr. 6.

Fuentes legales nacionales

Constitución de la República del Ecuador [2008], Registro Oficial, No. 449 de 20 de octubre de 2008

Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal, COIP*, Registro Oficial, Suplemento, No. 180, de 10 de febrero de 2014.

Ecuador, Ley Orgánica de Sustancias, Estupefacientes y Psicotrópicas, Registro Oficial Suplemento 1 Nro. 490 del 27 de diciembre de 2004

Ecuador, Código Penal, Registro Oficial Suplemento, Nro. 147, del 22 de enero de 1971

Publicaciones en Diarios Ecuatorianos

Ramiro Ávila Santamaría. “Principio de Proporcionalidad”. *Revista Judicial. La Hora (Loja)*, 05 de septiembre de 2017, C1

José Sebastián Cornejo. “Acumulación de Penas en delitos de drogas”. *Revista Judicial. La Hora (Loja)*, 28 de marzo de 2017, C1

Sentencias Nacionales:

Ecuador: Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (Sentencia de recurso de casación contra el ciudadano Cristian Leonel Lucio Pinargote, por el delito de tenencia ilícita de sustancias estupefacientes), causa Nro. 2014-651CT de fecha octubre de 2014.

Ecuador: Corte Constitucional en Transición del Ecuador (Sentencia de control de legalidad propuesta por Jueces del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, sobre la proporcionalidad de la pena en delito de tenencia ilícita de sustancias estupefacientes), causa Nro. 015-11-CN de fecha 19 de enero de 2012.

Ecuador: Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja (Sentencia condenatoria contra el ciudadano Orlando Darwin Mestanza Lara, por el delito de transporte ilícito de sustancias estupefacientes), causa Nro. 11121-2012-0236 de fecha 01 de noviembre de 2012.

Ecuador: Tribunal de Garantías Penales de Loja (Sentencia condenatoria contra el ciudadano Marco Melecio Rogel Campos, por el delito de transporte ilícito de sustancias estupefacientes), causa Nro. 11318-2016-00114 de fecha 07 de febrero de 2017.

Ecuador: Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Loja (Sentencia condenatoria contra el ciudadano Marco Melecio Rogel Campos, por el delito de transporte ilícito de sustancias estupefacientes), causa Nro. 11318-2016-00114 de fecha 04 de julio de 2017.

Ecuador: Tercer Tribunal de Garantías Penales de Loja (Sentencia condenatoria contra el ciudadano Erick Joel Erraez, por el delito de tenencia ilícita de sustancias estupefacientes), causa Nro. 11903-2008-0039A de fecha 05 de octubre de 2012.

Ecuador: Unidad Judicial Penal de Loja (Sentencia condenatoria contra el ciudadano Deimer Alonso Sepúlveda, por el delito de tenencia ilícita de sustancias estupefacientes), causa Nro. 11283-2016-00621 de fecha 18 de diciembre de 2016.

Ecuador: Corte Nacional de Justicia, “Resolución Nro. 12-2015” Precedente Jurisprudencial, Gaceta Judicial, Suplemento del Registro Oficial Nro. 592, 22 de septiembre de 2015.

Ecuador: Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia de fecha 05 de enero de 2012 Nro. 001-2012-SCN-CC, Caso Nro. 023-09, Juez Sustanciador, Dr. Patricio Herrera Betancourt, parte final resolutive. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2012/001-12-SCN-CC/REL_SENTENCIA_001-12-SCN-CC.pdf.

Sentencias Internacionales

Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia de fecha 20 de abril de 2016 C-191-2016 (Demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones de los artículos 4 (parcial), 6 (parcial), 8 (parcial), 11 (parcial), 14 (parcial), 15 (parcial) y 51 de la Ley 1762 de 2015), parte introductoria <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-191-16.htm>.

Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia de fecha 16 de mayo de 2012 C-365-2012 (Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 447-A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 27 de la Ley 1453 de 2011), parte introductoria <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-365-12.htm>.

Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia de fecha 10 de agosto 2005 C-822-2005 (Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal), parte considerativa numerado 3 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-822-05.htm>.

Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia de fecha 13 de abril de 2016 C-181-2016 (Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011), parte resolutive <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-181-16.htm>.