

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Procesal

La actividad del Fiscal en la obtención de los presupuestos necesarios para demostrar la materialidad de la infracción y la responsabilidad, en el delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas

Diana Magali Moya Alulema

Tutora: María Patlova de los Ángeles Guerra Guerra

Quito, 2021



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Diana Magali Moya Alulema, autora de la tesis intitulada "La actividad del Fiscal en la obtención de los presupuestos necesarios para demostrar la materialidad de la infracción y la responsabilidad, en el delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas" 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 magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de 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.

Quito, 26 de octubre de 2021.

Firma:

Resumen

En la actualidad la investigación que realiza la Fiscalía del tipo penal de tenencia de drogas para el consumo personal resulta insuficiente, pues únicamente está encaminada a practicar y presentar elementos de convicción que no permiten distinguir de manera adecuada entre un consumidor y un traficante, los cuales están en contraposición del artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, que tiene por finalidad implementar planes de rehabilitación para las personas dependientes o adictos a la droga. Con la creación de las tablas de 2014 y 2015 elaboradas por el CONSEP, se evidencia con mayor claridad un incremento en la punibilidad de los adictos. Se analiza una muestra de casos para demostrar la errónea investigación penal efectuada por la Fiscalía, que conlleva a la aplicación de sentencias con las que se criminaliza a los consumidores, por esta razón, se propone un modelo de investigación integral apegado a principios constitucionales, con el fin de encontrar un sistema de punibilidad para los traficantes y otro de control administrativo eficaz para los consumidores.

En cada página de este trabajo miro plasmados mis sueños y cumplidos parte de mis objetivos.

Expreso mis sentimientos de gratitud, a mi Padre quien con tenacidad y coraje me enseñó a rebelarme ante la injusticia y gracias a su ejemplo logró que prevalezcan los principios y valores que me ha inculcado. A usted, por mirarme con orgullo y aplaudir mi crecimiento profesional.

A la mujer más noble y bondadosa del universo, mi Madre que con sus lecciones de vida me inspira a ser una guerrera y me llena de fuerza para actuar con decisión y pasión en este camino llamado vida. La admiro por ser quien es, por su pureza, afán de lucha y cuidado eterno que me redime.

A mis hermanos Stalin, Karly y Marquito, que han sido la piedra angular de mi lucha constante. A ellos que me vieron crecer como un ser humano errático, humilde y lleno de amor; por estar siempre para mí como amigos, consejeros y motivadores.

A mis sobrinitos Gabriel, Romina y Andrés, gracias por todos esos momentos de luz, por ser fuente inagotable de amor y llenar de felicidad nuestros corazones. Para ellos y la angelita que está en camino, aspiro que la vida me permita llegar a ustedes desde mi labor, perseverancia y valentía. Ustedes son mi tesoro más grande y la alegría de mi alma.

A Henry, gracias por tu compañía, por las palabras, por las sonrisas y siempre apostar en mí. Tu apoyo y deseos de superación han sido fundamentales para ver cristalizado este sueño. Deseo que llegue a ti, lo más maravilloso que la vida te pueda brindar.

Agradecimientos

A ese ser omnipotente y omnipresente, tan incomprendido como amado. Ese ser que muchas veces destruye y reconstruye transformando vidas. Le doy gracias a Dios, por ser mi guía, fortaleza y no soltar mi mano jamás.

A la mujer que es un referente de justicia e integridad, Dra. Patlova Guerra G, cuyo legado profesional me ha dejado una gran enseñanza, actuar ceñida a la verdad y la ley, sin temor ni tolerancia. Gracias por sus conocimientos, sabiduría y experiencia.

Tabla de contenidos

| | |
|---|----|
| Lista de Tablas y figuras..... | 17 |
| Introducción..... | 19 |
| Capítulo primero..... | 21 |
| Generalidades y naturaleza jurídica del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas | 21 |
| 1. Conceptualización del término drogas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas y sus efectos | 21 |
| 1.1. La Tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas como delito. | 23 |
| 2. Naturaleza jurídica del delito de tráfico, tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefaciente y psicotrópicas | 23 |
| 2.1. Análisis del tipo penal según el daño o resultado | 24 |
| 2.2. Análisis del tipo penal según su estructura | 28 |
| 2.2.1. Análisis del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas desde el enfoque de la escuela clásica | 28 |
| 2.2.2. Análisis del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas desde el enfoque del esquema finalista..... | 29 |
| 2.2.3. Análisis del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas desde el esquema moderno. | 32 |
| 3. Breve análisis de constitucionalidad en el delito de tenencia de drogas | 36 |
| 3.1. Bienes Jurídicos protegido por el tipo penal..... | 37 |
| 3.2. Estudio del tipo penal desde el bloque de constitucionalidad. | 38 |
| 3.2.1. Debido proceso | 38 |
| 3.2.2. Seguridad Jurídica..... | 40 |
| 3.2.3. No discriminación..... | 41 |
| 3.2.4. Derecho a la libre determinación. | 41 |

| | |
|--|----|
| 3.3. Contraste del Derecho a la libre determinación vs. Derecho a la salud pública. | 43 |
| 3.4. Estudio de principios, garantías constitucionales y procesales aplicables en el delito de tenencia. | 46 |
| 3.4.1. Principio de presunción de inocencia. | 46 |
| 3.4.2. Principio non bis in ídem | 47 |
| 3.4.3. Principio de proporcionalidad..... | 48 |
| 4. Clasificación de las teorías que sustentan la tenencia para el consumo | 50 |
| 4.1. Teoría del consumo propio, consumo personal o tenencia atípica | 50 |
| 4.2. Teoría del consumo grupal | 51 |
| Capítulo segundo | 53 |
| 1. Generalidades de la investigación penal del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas | 53 |
| 2. Breve análisis de delito flagrante | 53 |
| 2.1. Registros personales en los delitos flagrantes de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas | 55 |
| 2.2. Legalidad de la investigación penal en delitos flagrantes..... | 58 |
| 2.3. Pautas para determinar delitos flagrantes de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización. | 60 |
| 2.4. Procedimientos policiales realizados en la investigación previa en la Fiscalía especializadas en delitos contra la delincuencia organizada..... | 61 |
| 2.5. Tratamiento de los partes policiales antinarcóticos en la investigación penal. .. | 63 |
| 2.5.1. Partes policiales de alimentación en la Fiscalía Especializadas en Delitos contra la Delincuencia Organizada..... | 63 |
| 2.5.2. Parte policial integral en la Fiscalía Especializadas en Delitos contra la Delincuencia Organizada..... | 64 |
| 2.6. Naturaleza jurídica del parte policial antinarcóticos..... | 65 |
| 2.6.1. ¿El parte policial antinarcóticos es considerado como un elemento probatorio? | 67 |
| 2.7. Labor que desempeña el Fiscal durante la investigación del delito de drogas. .. | 70 |

| | |
|---|-----|
| 2.7.1. Aporte de los informes, pericias y versiones. | 70 |
| 2.7.2. Aporte de la pericia química. | 72 |
| 2.7.3. Aporte del examen psicosomático. | 73 |
| 2.8. Actuaciones de los operadores de justicia. | 74 |
| 2.9. Criterios sobre la creación de umbrales para penalizar la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas según el Ministerio de Salud Pública. | 76 |
| 2.10. Tabulación y comparación de los resultados con la tabla inicial y su reforma. | 80 |
| 2.11. Observaciones de la reforma del artículo 220 del COIP y modificación de las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, efectos y consecuencias. | 82 |
| 2.11.1. Resultados a la modificación de la tabla y reforma de la norma. | 84 |
| 2.11.2. Resultados del periodo comprendido entre septiembre de 2015 a agosto de 2016. | 87 |
| 2.12. Comentario de la resolución de la Corte Nacional sobre la desproporcionalidad de la pena y doble juzgamiento (Resolución 12-2015 Corte Nacional de Justicia) | 90 |
| 2.12.1. Fundamento de la resolución de la Corte Nacional sobre proporcionalidad de la pena (Resolución 02-2019 Corte Nacional de Justicia)..... | 92 |
| 2.13. Observaciones sobre la conexidad en el delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. | 95 |
| 2.14. Argumentos constitucionales en los procedimientos penales del Art. 220 del Código Orgánico Integral Penal..... | 96 |
| 2.15. Observación de las decisiones judiciales en los delitos de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. | 97 |
| 2.15.1. Razonamientos acerca de los datos personales del procesado..... | 98 |
| 2.15.2. Razonamientos acerca de las medidas cautelares. | 99 |
| 2.15.3. Razonamientos acerca de las circunstancias en las que se cometió el delito. | 100 |

| | |
|---|-----|
| 2.15.4. Razonamientos acerca categorización de los elementos de convicción. | 101 |
| 2.15.5. Razonamientos acerca sobre los elementos de convicción que valora el juzgador para emitir la sentencia. | 102 |
| 2.15.6. Razonamientos sobre las conclusiones la pericia psicosomática..... | 103 |
| 2.15.7. Razonamientos sobre la pertinencia de la pericia cuantitativa o cualitativa. | 104 |
| 2.15.8. Razonamientos acerca de los elementos subjetivos del tipo..... | 105 |
| 2.15.9. Razonamientos acerca sobre el bien Jurídico tutelado y lesionado. | 105 |
| 2.16. Propuesta de los actos pre procesales y procesales penales que debería realizar la Fiscalía General del Estado para determinar la tenencia con fines de consumo. | 106 |
| 2.16.1. Conveniencia del examen Psicosomático y Test Multidrogas..... | 106 |
| 2.16.2. Conveniencia del examen psicológico..... | 107 |
| 2.16.3. Conveniencia de la pericia de entorno social..... | 107 |
| 2.16.4. Conveniencia sobre la incorporación de las historias clínicas médicas y psiquiátricas. | 109 |
| 2.17. Propuesta de procedimientos especiales para los consumidores de sustancias estupefacientes. | 109 |
| 2.17.1. Creación de medidas de seguridad para los delitos de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas..... | 110 |
| 2.17.2. Recomendación de internamiento, cura o desintoxicación..... | 112 |
| 2.17.3. Aplicación de guías de seguimiento. | 112 |
| 2.17.4. Recomendación del procedimiento para personas que inician en el consumo. | 113 |
| Conclusiones..... | 115 |
| Recomendaciones | 117 |

| | |
|-------------------|-----|
| Bibliografia..... | 119 |
| Anexos..... | 121 |

Lista de Tablas y figuras

| | |
|---|----|
| Tabla 1 Esquema finalista del delito de drogas | 32 |
| Tabla 2 Criterio técnico del Ministerio de Salud Pública..... | 77 |
| Tabla 3 Criterio técnico de consumo personal por países | 78 |
| Tabla 4 Cantidades de sustancias estupefacientes para sancionar el tráfico ilícito 2014 | 81 |
| Tabla 5 Cantidades de sustancias psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito 2014 .. | 81 |
| Tabla 6 Cantidades de sustancias estupefacientes para sancionar el tráfico ilícito 2015 | 83 |
| Tabla 7 Cantidades de sustancias estupefacientes para sancionar el tráfico ilícito 2015 | 83 |
| Tabla 8 Resultados a la modificación de la tabla y reforma de la norma..... | 85 |
| Tabla 9 Resultados del periodo comprendido entre septiembre de 2015 a agosto de 2016..... | 87 |
| Figura 1. Total de aprehendidos 170 | 86 |
| Figura 2. Total de sentenciados 149 | 87 |
| Figura 3. Tota de aprehendidos 595 | 89 |
| Figura 4. Total de sentenciados 575 | 90 |

Introducción

A lo largo de mi trayectoria he podido palpar de forma directa dos escenarios discordantes; por un lado, en las aulas como estudiante de la UASB, la idealización de teorías que buscan el reconocimiento de los derechos fundamentales y la implantación de garantías penales mínimas; y, por el otro, en el quehacer profesional una realidad que dista de los paradigmas, especialmente en la aplicabilidad de la ley, imposición de sanciones a los dependientes e ineficiencia de las entidades del estado que se encuentran al servicio de los derechos; constituyendo una verdadera utopía.

Igualmente, como profesional en el área penal, ha sido posible confirmar la forma en que se lleva la investigación y judicialización en los casos de drogas, particularmente en la labor que cumple Fiscalía, manejando detenciones injustas, una actividad investigativa que obedece al criterio sesgado de la Policía Antinarcóticos, mediante la práctica de diligencias encaminadas a lograr una acusación, en flagrante inobservancia del artículo 364 de la Constitución de la República. En este contexto, los juzgadores en sus actuaciones deben garantizar el principio de imparcialidad y no únicamente acoger los elementos de convicción y argumentos presentados por Fiscalía, condenando de forma injusta.

De este modo, para abordar esta problemática, consideré necesario profundizar los aspectos preprocesales y procesales que tienen relación con el tratamiento a los dependientes, para ello se analizaron casos concretos, diligencias y demás elementos probatorios, que permitieron determinar las causas por la que no se llevó una adecuada investigación y que además no se cumplió con el mínimo de tecnicismo jurídico y criterios válidos de valoración para emitir una sentencia condenatoria; cometiendo una serie de arbitrariedades.

Es importante destacar que para establecer la especificidad de la investigación penal en esta clase de delitos es necesario acudir a algunas herramientas analíticas, como la práctica de pericias, diligencias, historias clínicas, que permitan determinar si el procesado mantiene un consumo de sustancias o prácticas adictivas a algún tipo de droga. De otro lado, para la judicialización de estas causas, se pretende instaurar estándares mínimos en lo referente a la debida valoración de los elementos de prueba y el nexo

causal; pues inclusive el máximo órgano de administración de justicia, se ha pronunciado a través de precedentes jurisprudenciales al no existir criterios uniformes en esta materia

Finalmente se realizó un trabajo de campo y el análisis de investigaciones, logrando desarrollar un modelo de investigación integral y técnico, que también permitió sugerir la aplicación de nuevas instituciones jurídicas tales como: la creación de umbrales, la debida aplicación de normas en blanco e incorporación de medidas de seguridad.

Capítulo primero

Generalidades y naturaleza jurídica del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas

1. Conceptualización del término drogas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas y sus efectos

Iniciaremos este acápite realizando un análisis de los términos sustancias estupefacientes y psicotrópicas que se encuentran inmersos en el concepto de drogas, el mismo que ha sido creado y desarrollado en el último siglo¹ y que básicamente constituye el elemento valorativo del tipo. El término genérico drogas por su complejidad no cuenta con una definición de carácter legal, pues no ha sido considerado como una institución jurídica, sino que proviene de esferas médicas o farmacológicas, por tal motivo revisaremos estos conceptos desde el ámbito de la farmacología y de esta forma lograr un concepto técnico – jurídico de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), en líneas generales al referirse respecto del término drogas manifiesta lo siguiente: “es toda sustancia que, introducida en el organismo por cualquier vía de administración, produce una alteración, de algún modo, del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y es, además, susceptible de crear dependencia, ya sea psicológica, física o ambas”², así también otras sustancias utilizadas con frecuencia como: la cafeína, el tabaco, el alcohol y otras sustancias sin fines médicos son consideradas como drogas por sus efectos psicoactivos y de dependencia.

Una vez definido el término drogas corresponde tratar el término sustancias estupefacientes y psicotrópicas que según la Convención Única sobre estupefaciente de

¹ Pablo Villatoro S, *Estados Unidos y las Drogas ¿Prohibir o Legalizar?*, vol. 1 (Chile: Investigación FASOC, 1994), 1. A decir del autor en EEUU el problema no era la droga, sino quienes la usaban, por esta razón se empezaría a criminalizar el consumo y a tratarlos como delincuentes. Los primeros orígenes para una legislación federal antidrogas, aparecen con la Convención Internacional del Opio (International Opium Convention), realizada en La Haya el 23 de enero del 1912, en donde los estados partes se comprometieron en restringir la producción, venta y utilización de fármacos manufacturados provenientes del opio, morfina y cocaína, relacionado con las cantidades requeridas para las medicinas legítimas y a reglamentar la importación y distribución de dichos fármacos; corriente liderada por EE.UU.

² Disponible en web al 24 de abril del 2016 en el sitio: <https://www.infodrogas.org/drogas?showall=1>

1961 realizada por la ONU en New York y enmendada por el protocolo de 1972, se limita a expresar que “están compuestas por las sustancias naturales o sintéticas, que figuran en las listas I y II”; igualmente nuestra legislación no ha creado una definición, por esta razón podemos decir que es una “Sustancia que tranquiliza o deteriora la sensibilidad, o produce alucinaciones, y cuyo consumo, no controlado médicamente, generalmente crea hábito, como la morfina o la cocaína”³.

Por un lado, para la Convención Única las "sustancias sicotrópicas se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la Lista I, II, III o IV”, mientras que para la OMS es el “...término que significa lo mismo que “psicoactivo”, es decir, que afecta a la mente o a los procesos mentales. En sentido estricto... utilizan este término para referirse a las sustancias que tienen un elevado potencial de abuso debido a sus efectos sobre el estado de ánimo, la conciencia o ambos: estimulantes, alucinógenos, opiáceos, sedantes/hipnóticos (incluido el alcohol), etc.” (Hernández-Aguado 2008)⁴

Lo anterior converge a un mismo denominador común que es el uso indebido de alcaloides y que provoca dependencia en el ser humano, es decir, un estado de adicción para poder desempeñarse, sin tener en cuenta el grave riesgo que significa tanto para la salud como para la vida; en igual sentido para los tratadistas argentinos Roberto Falcone y Facundo Capparelli.

La dependencia es, sencillamente, la sujeción del individuo a una droga, resultante de la absorción periódica o repetida de la misma, o el estado interno del individuo mediante el cual se crea o se mantiene un deseo constante de ingerir una sustancia.⁵

En este contexto cabe mencionar que la dependencia genera dos síndromes, uno es el de tolerancia que consiste en la disminución del estímulo que generaba en el cuerpo el consumo de cantidades mínimas, por esta razón el individuo necesita consumir más seguido y en mayores cantidades; y el otro es el de abstinencia que se da cuando el cuerpo

³ Disponible en web al 24 de abril del 2016 en el sitio: <https://sites.google.com/site/medicinalegalycriminalistica09/taller>

⁴ Defonso Hernández Aguado, *Lexicon of Alcohol and DrugTerms*, II, (España: Ministerio de Sanidad y Consumo de España, 2008), 53.

⁵ Roberto Falcone y Facundo Capparelli, *Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal*, (Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2002), 110.

tolera dosis excesivas de drogas y la persona no puede vivir sin consumirlas, pues de lo contrario su cuerpo presenta complicaciones tanto físicas como psicológicas.

1.1. La Tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas como delito.

Una vez comprendida la peligrosidad del consumo, corresponde ahora determinar el concepto de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, para tal efecto se debe tomar en cuenta la conducta del ser humano, que consiste en "... se trata de conductas peligrosas, que es otra cosa distinta, y no de una peligrosidad abstracta sino concreta."⁶; así como, sus consecuentes efectos.

En este sentido la tenencia es de carácter restrictivo en la que se verifica la directa relación entre el tenedor y la sustancia, es decir, la facultad personal de mantener al objeto bajo su poder y que se la conoce como corpus o poder físico, que en este caso es el alcaloide, en donde la conducta relativamente peligrosa está dirigida hacia el uso exclusivo del tenedor, por tal razón no puede ser objeto de punibilidad; a diferencia de la posesión en la que el ámbito de acción es mucho más amplio y el individuo que se presume poseedor puede mantener la droga bajo su poder o inclusive en manos de otras personas, sin embargo, es necesario que además se encuentre presente el animus domini, que es la potestad de utilizar, destinar y disponer libremente lo poseído, y así mismo que la conducta relativamente peligrosa esté encaminada al tráfico para que le sea atribuible una sanción penal.⁷

2. Naturaleza jurídica del delito de tráfico, tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefaciente y psicotrópicas

Los delitos de drogas son tipos penales que pueden ser considerados como inadecuados, por esta razón surge la necesidad de analizar la naturaleza jurídica enfocada desde dos perspectivas, la primera *por el resultado o daño que causan* (delitos de lesión y de peligro) y la segunda *por su estructura* (elementos o categorías dogmáticas del tipo

⁶ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo II C, (Buenos Aires: Editores Rubinzal Culzoni, 2002), 168.

⁷ Eduardo Carrión Eguiguren, "Curso de Derecho Civil de los Bienes", (Quito: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 1987), 247.

penal); para consecuentemente determinar si el mismo es válido como tal y susceptible de sanción.

2.1. Análisis del tipo penal según el daño o resultado

Como es conocido los delitos por el efecto o daño que causan, se dividen en materiales o de resultado y de peligro. En relación a los primeros son aquellos que “...la acción destruye definitiva o temporalmente el bien jurídico, esto es, el ejercicio del derecho subjetivo sobre un objeto”⁸, en el caso particular de los delitos de tenencia de sustancias estupefacientes no lesiona o destruye un bien jurídico puesto que “no puede traer ínsita la trascendencia a terceros y que ello constituya una acción que ofende al orden, la moral y la salud pública”⁹; mientras que en los delitos de peligro no se verifica el daño a un bien jurídico específico, los cuales se subdividen en delitos de peligro concreto y abstracto que son los que constituyen la esencia del tipo penal de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

De modo general los delitos de peligro son “Aquellos que para configurarse no requieren de ningún resultado, esto es, de ninguna materialización”¹⁰, por lo que es suficiente que la conducta del presunto infractor ponga en riesgo de provocar una lesión a un bien jurídico tutelado por la disposición normativa, lo expuesto es coincidente con el criterio de Enrique Bacigalupo, quien manifiesta que “En estos tipos penales no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar.”¹¹ Así mismo, podemos concluir que en las acciones realizadas desde la siembra, elaboración, posesión, hasta llegar al tráfico y terminar con la simple tenencia, se verifica una forma imperfecta de ejecución, teniendo en cuenta que todas estas conductas no permiten justificar un resultado directo e inmediato de daño sobre un bien jurídico específico.

⁸ Roberto Atilio Falcone, “Los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro”, en *Revista de derecho penal – Delitos de peligro III*, Edgardo Alberto Donna, Javier Esteban de la Fuente y Roxana Gabriela Piña., Consejo de redacción, (Buenos Aires: Editorial Rabinzal Culzoni, 2008), 255.

⁹ María Mercedes González “La peligrosidad en la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Bien jurídico ¿tutelado?, en *revista de derecho penal*, Edgardo Alberto Donna, Javier Esteban de la Fuente y Roxana Gabriela Piña”, (Buenos Aires: Editorial Rabinzal Culzoni, 2008), 336.

¹⁰ Eduardo López Betancourt, *Teoría del delito*, (México: Editorial Porrúa, 1998), 292.

¹¹ Enrique Bacigalupo Z, *Manual de derecho penal - parte general*, (Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S. A, 1996), 85.

Desde otra perspectiva los delitos de peligro, se clasifican en concreto y abstracto, los primeros son aquellos que están en la posibilidad de poner en un real riesgo al objeto de acción o bien jurídico y causar un daño tangible, los mismos que ostentan una protección especial por parte de los Estados, que a decir de Claus Roxin “en primer lugar ha de haberse creado un concreto "peligro de resultado" en el sentido de un riesgo de lesión adecuado y no permitido”¹². Mientras que en los delitos de peligro abstracto no hace falta que el bien jurídico protegido se encuentre en riesgo de lesión, sino que es suficiente con la presunción de un probable peligro.

Teniendo en consideración los conceptos tratados anteriormente, ahora corresponde adecuar al caso concreto de la tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, de tal manera que la posesión resulta peligrosa dependiendo del uso que se haga del objeto, dicha afirmación se confirma con el criterio de Cornelius Nestler, cuando señala que:

...la posesión de un objeto no representa peligro alguno. Dicha posesión solo resulta peligrosa para los bienes jurídicos en la medida en que la posesión abre la posibilidad de que una persona lleve a cabo una acción que pueda conllevar un riesgo por el empleo de ese objeto, Verbigracia: ni la posesión de gasolina, ni la tenencia de un cuchillo, como tampoco la de una metralleta o de un coche afectan por sí misma a los bienes jurídicos, si no, a lo sumo, el uso que de estos objetos se haga.¹³

En esta lógica podemos decir que el delito de tenencia o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas cuya finalidad es el tráfico, se enmarca dentro de la clasificación de delitos de peligro concreto, pues en los actos de venta, corretaje, distribución se puede evidenciar la existencia del dolo eventual, mientras que en la **tenencia con la intención de tráfico** se halla presente la culpa consciente, considerando que “el dolo es eventual cuando: a) el sujeto se representa el resultado como relativamente probable y b) incluye esa probabilidad (no el resultado a secas sino la probabilidad de resultado) en la voluntad realizadora”¹⁴, en cambio para Don Mario Garrido Montt,

¹² Claus Roxin, *Derecho penal - parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 404.

¹³ Roberto Atilio Falcone, “Los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro”, en *Revista de derecho penal – Delitos de peligro III*, Edgardo Alberto Donna, Javier Esteban de la Fuente y Roxana Gabriela Piña., Consejo de redacción, (Buenos Aires: Editorial Rabinzal Culzoni, 2008), 270.

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 1ª edición, (México: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988), 355.

citando el pensamiento de Kaufman, apunta "...hay dolo eventual cuando el sujeto, si bien no persigue el resultado ilícito, se lo representa como mera posibilidad de su acción"¹⁵; esto ocurre precisamente porque en el tráfico se está lesionando el bien jurídico salud pública.

En cambio en la conducta de tener o poseer cuando no se verifican ninguna de las finalidades descritas anteriormente, podemos decir que se encasilla en los delitos de peligro abstracto, precisamente porque la tenencia de drogas es de mera actividad, de simple desobediencia, o máximo se podría tratar "de un delito de peligro abstracto, que se consuma con la sola acción de tener el objeto prohibido, cualesquiera que hubiesen sido las motivaciones del agente y con independencia de su empleo, y sin interesar si efectivamente se afecta o no el bien jurídico tutelado por la norma"¹⁶, así pues, no es posible considerar a la simple tenencia como una conducta que pone en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado.

No obstante, la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas que está destinada para el consumo personal o grupal, constituye un acto de auto puesta en peligro para el propio individuo, pues no existe un bien jurídico tutelado por el Estado que se encuentre en peligro, en tal sentido es coincidente el criterio de Edgardo Alberto Donna cuando manifiesta que en la "tenencia de drogas para consumo propio. *En nuestra concepción se trata de conductas peligrosas, que es otra cosa distinta, y no de una peligrosidad abstracta*".¹⁷ (Énfasis añadido).

Por su parte necesariamente, debe existir dolo eventual o culpa consiente para que se verifique el delito de peligro, en cambio en la tenencia para el consumo no existe ninguno de estos elementos, debido a que en esta conducta no se evidencia la intervención de terceras personas o la afectación a un bien jurídico, sino la acción directa del sujeto que consume; por otro lado, en cuanto a los efectos del consumo de sustancias se produce un aislamiento del individuo, con lo que no se produce una lesión como consecuencia del consumo de las sustancias.

Sin embargo, para que la conducta resulte peligrosa dependerá del fuero interno del individuo, en razón de que "el peligro sólo existe en la mente del sujeto que tiene una

¹⁵ Montt Garrido, Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 4ª edición, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009), II, p. 74.

¹⁶ Donna, "Derecho Penal - parte especial", 106.

¹⁷ Donna, "Derecho Penal - parte especial", 168.

imagen subjetiva, no real del mundo, basada en la experiencia”¹⁸; el logro u objetivo final que persigue el consumidor es el deseo de saciar su adicción sin pensar en actos contrarios al Derecho. Desde estas posturas podemos afirmar que resulta más peligrosa la tenencia y consumo de alcohol, no solo por las nefastas consecuencias sino porque se cometen más delitos bajo sus efectos, muestra de aquello son los delitos de tránsito, las lesiones por riña e incluso delitos de naturaleza sexual y contra la seguridad pública puesto que al tratarse de una droga lícita sus consecuencias son más evidentes.

En definitiva, en este aspecto debemos comprender que por diversos factores como: la modernización, la constante transformación de la sociedad y la globalización han ejercido influencia sobre el contenido de la noción de sociedad de riesgo; por esta causa de forma exagerada se ha buscado una efectiva protección de los bienes jurídicos, apareciendo así el *derecho penal del enemigo* que prevé una anticipación de la punibilidad sin que exista una conducta. En este contexto según Jakobs.

...no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.¹⁹

Este argumento de seguir una línea de extrema aplicación del *ius puniendi*, ha llevado a tipificar los delitos de peligro bajo la excusa de un adelantamiento de protección a la lesión de bienes jurídicos, sin embargo, con tal extralimitación de un exacerbado proteccionismo de bienes jurídicos colectivos, ha traído como contrapartida un detrimento en los bienes jurídicos individuales como el libre desarrollo de la personalidad, pues según manifiesta Herzog, lo que ocurre es la “puesta en peligro del Derecho penal”²⁰ y concretamente es lo que se refleja al tipificar la tenencia de drogas.

¹⁸ Roberto Atilio Falcone, “Los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro”, en *Revista de derecho penal – Delitos de peligro III*, Edgardo Alberto Donna, Javier Esteban de la Fuente y Roxana Gabriela Piña., Consejo de redacción, (Buenos Aires: Editorial Rabinzal Culzoni, 2008), 258

¹⁹ *Ibíd.*, 38.

²⁰ Roxin, “La estructura de la teoría del delito”, 60.

2.2. Análisis del tipo penal según su estructura

2.2.1. Análisis del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas desde el enfoque de la escuela clásica.

Esta escuela instituye una posición bipartita del delito que incluye el elemento *objetivo* que se refiere al daño o lesión y el *subjetivo* concerniente a la capacidad de delinquir (conciencia y voluntad) los mismos que surgen del reproche social (imputación social) y posteriormente deben ser verificados por el órgano jurisdiccional (imputación civil) a fin de establecer la imposición de una sanción.

Ahora bien para que la imputación social exista se deben reunir cuatro requisitos: a) existencia de imputabilidad moral; b) la acción cometida se debe imputar como acto reprochable; c) la acción debe ser dañosa a la sociedad; y d) la ley que prohíbe una conducta, debe estar promulgada.²¹ En el caso específico de la tenencia de drogas para el consumo, dichos requisitos no se cumplen a excepción del último, lo que paralelamente ha provocado que norma sea válida pero no eficaz, en este sentido la CIDH en reiterada jurisprudencia ha señalado:

... en la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.²²

Respecto de la imputación civil, para la existencia del delito legal, como lo ha denominado Carrara, el juzgador debe observar la existencia del elemento *formal* (definición de la norma) y *material* (condición de dañosidad e imputación), es decir, que la norma debe plasmar el daño que la conducta ocasiona a la sociedad, por consiguiente en el delito de tenencia de drogas para el consumo no es posible evidenciar la imputación civil, debido a que el consumidor no causa un daño a un tercero o contraviene la imputación social. De este modo la tenencia de drogas para el consumo, lleva implícito un daño propio, pues “Si el hombre puede escoger libremente su conducta puede

²¹ Véase el análisis de cada uno de los elementos que conforman el tipo penal en: Nódier Agudelo Betancur, *Curso de Derecho Penal*, cuarta edición, (Bogotá: Ediciones Nuevo Foro, 2001), 30 y 31.

²² Véase las sentencias del caso De La Cruz Flores vs. Perú del 18 de noviembre de 2004.

predicarse de él que sea responsable y que asuma las consecuencias de sus actos... y es a partir de esta distinción que establece las fronteras entre el injusto preponderantemente objetivo y culpabilidad esencialmente subjetiva.”²³ En este mismo sentido Falconi refiere:

En ellos castiga el tener una cosa incriminada, en el caso sustancias estupefacientes... el verbo tener expresa relaciones de determinada clase entre una persona y una cosa “A” tiene una casa, un auto, una empresa; pero “A” también tiene humor, comprensión, un conocimiento extraordinario de la lengua alemana, un gran talento musical, buen gusto... Todos estos significados de la palabra tener no pueden ser considerados una conducta en el sentido de ejecución u omisión.²⁴

Para finalizar este acápite es importante señalar que posteriormente la escuela neoclásica, manteniendo la posición bipartita del delito, divide al elemento objetivo en tres subelementos (acción, tipicidad y antijuricidad) mientras que al elemento subjetivo o culpabilidad en dos (dolo y culpa). En cuanto a la tenencia de sustancias para el consumo, no se verifica el elemento objetivo puesto que la tipicidad no cuenta con el componente valorativo y en la antijuricidad no existe un daño a un bien jurídico; así como tampoco en el elemento subjetivo se verifica el dolo.

2.2.2. Análisis del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas desde el enfoque del esquema finalista.

La escuela finalista con Hans Welzen a la cabeza considera “que el tipo *siempre* tenía un *aspecto subjetivo* y no solo *a veces* como lo pregonaba el esquema neoclásico”²⁵, con este aporte la tipicidad y la antijuricidad cuentan con nuevos elementos, que tienen por función convertirse en verdaderos filtros con mayor valor técnico.

Como primer elemento, la acción mantiene un nexo causal intrínseco con las demás categorías y se vincula como un acontecimiento finalista previsto y querido, es decir, que “la finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos”²⁶. Es

²³ Manuel Salvador Grosso García, “El concepto del delito en el nuevo código penal. Una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito”

²⁴ Falcone, “Los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro”, 251.

²⁵ Agudelo Betancur, “Curso de Derecho Penal”, 90.

²⁶ Hanz Welzel, *Teoría de la acción finalista*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1951), 19 y 20.

así que la acción en el delito de tenencia de sustancias estupefacientes para el consumo, no está direccionada hacia una finalidad delictuosa.

Respecto a la tipicidad se prevé dos modalidades, tipicidad *objetiva* y *subjetiva*, las cuales comprenden subelementos tangibles y concretos que una vez cumplidos sirven para pasar a la antijuricidad, es así que la *tipicidad objetiva*, consiste en la descripción abstracta y genérica de la conducta prohibida, la misma que debe estar redactada en la ley, de tal forma que todos los ciudadanos hacia quienes está dirigida la norma, puedan comprender cuál es el hecho prohibido. “Ahora bien, en virtud de que los elementos integrantes del delito deben ser congruentes con los correspondientes al tipo, siendo estos: el deber ser jurídico, el bien jurídico, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material”²⁷. Como se demuestra a continuación en el tipo de penal tenencia para el consumo estos elementos no se cumplen.

- a) **Sujeto activo:** El tipo penal no refiere “el que tiene para consumo”.
- b) **Sujeto pasivo:** Se encuentra implícito en el tipo, es el titular del bien jurídico, en lo referente a la tenencia de drogas no existe, la sociedad en si no constituye un sujeto en particular.
- c) **Verbo rector:** Es el núcleo del delito, considerado como el comportamiento humano (acción u omisión) con el cual se lesiona el derecho de otra persona. Tener no es una conducta como tal y consumir no ocasiona un daño al bien jurídico.
- d) **Objeto jurídico:** La sustancia material para el consumo no lesiona la salud pública.
- e) **Elemento valorativo:** No se puede afirmar que con la tenencia para el consumo exista el ánimo de causar daño a persona alguna y peor aún a la sociedad, la única intención es la de saciar una adicción o una necesidad personal.
- f) **Elemento valorativo:** No se puede afirmar que con la tenencia para el consumo exista el ánimo de causar daño a persona alguna y peor aún a la sociedad, el único ánimo es el de saciar una adicción, una necesidad personal.

²⁷ Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del Delito*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004), 33.

Por otra parte, desde el punto de vista de *la tipicidad subjetiva*, que hace referencia al sentido de la voluntad, se traslada el dolo desde la culpabilidad hacia la tipicidad y en relación a la *tipicidad subjetiva* se considera que “...al interior de la teoría del delito, el traslado del dolo (dolo avalorado) y de la culpa al tipo, puede sostenerse que el dolo constituye, necesariamente, un elemento subjetivo del injusto de los delitos dolosos (tipo subjetivo)”²⁸, de este modo el análisis del dolo en la tipicidad es necesario pues el conocimiento y voluntad de delinquir, determinará la certeza de una conducta antijurídica, puesto que “...desde el reconocimiento de los elementos subjetivos de lo injusto, admite en el tipo algunos elementos subjetivos (intenciones, tendencias). Sin el dolo, estos elementos están allí en el aire”.²⁹

En este sentido para que la tipicidad subjetiva exista deben concurrir dos elementos, uno cognitivo que implica conocer los elementos objetivos del tipo y otro volitivo que es la voluntad de ejecutar una conducta planificada, es decir, conocer y querer causar daño, bajo estas consideraciones en la tenencia de sustancias estupefacientes para el consumo no se quiere ni se hace daño a la salud pública, puesto que estas personas sea por temor del acto que ejecutan o por los efectos del consumo, mentalmente no pueden planificar un daño debido a que su actuar está encaminado a la satisfacción personal.

En lo que respecta a la antijuricidad, esta cuenta con dos aristas, la antijuridicidad formal y material. “La primera se encuentra referida a la trasgresión del ordenamiento jurídico o también llamado desvalor de acción y la segunda a la existencia del daño, o desvalor de resultado”³⁰, es decir, que esta categoría se complementa con la inobservancia de la norma y el resultado ocasionado.

En lo que atañe a la antijuridicidad formal se considera que “...*hay tantas especies de antijuridicidad como especies de preceptos jurídicos existen...*”³¹, esto es que las conductas típicas en materia de drogas desde la perspectiva de la antijuridicidad en el Ecuador han sido malinterpretadas, así tenemos como conducta antijurídica la tenencia,

²⁸ Hans Welzel, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducido por José Cerezo Mir, (Madrid: Editorial Montevideo – Buenos Aires, 2004), 14.

²⁹ Hans Welzel, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducido por José Cerezo Mir, (Madrid: Editorial Montevideo – Buenos Aires, 2004), 15

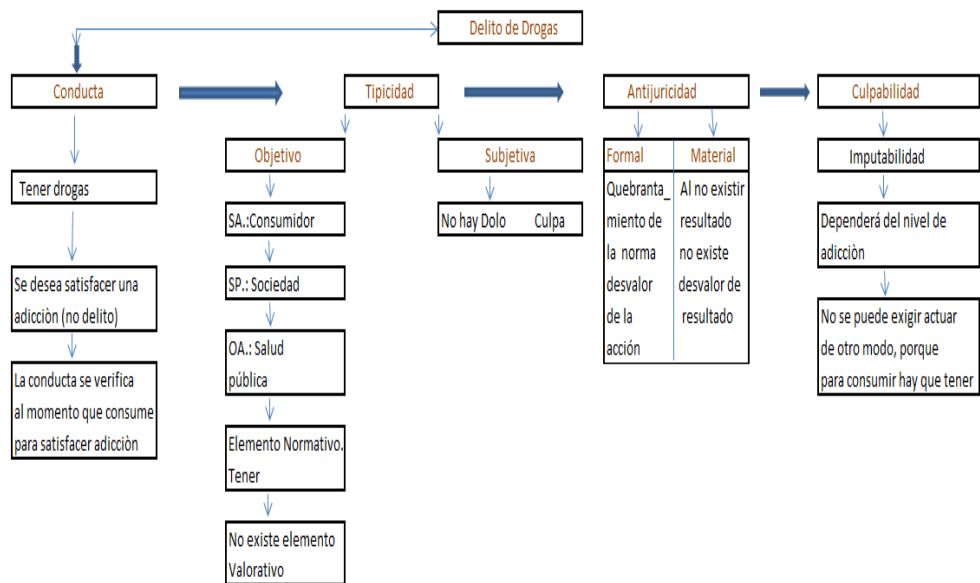
³⁰ Nódier Agudelo Betancur, *Curso de Derecho Penal*, (Santa Fe de Bogotá: Editora La Constitución, 1994), 86.

³¹ Ricardo Núñez, “La Antijuridicidad del Hecho”, en *Imputación Objetiva y Antijuridicidad*, corp. Fernando Quiceno Narváez, (Bogotá: Editorial Jurídica Boliviana, 2002), 406.

posesión, venta, corretaje, transporte, siembra, cultivo, etc.; pero ninguna es el consumo. Finalmente, lo que sucede es que:

La ambigüedad en la formulación de los tipos penales, genera dudas y abre campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad.³²

Tabla 1
Esquema finalista del delito de drogas



Elaborado por: Diana Moya

2.2.3. Análisis del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas desde el esquema moderno.

Posterior a la escuela finalista, en el intento de dar una respuesta a la creación de delitos de peligro, las escuelas funcionalista y post funcionalista han creado sistemas abiertos y cerrados, así tenemos por un lado a Gunther Jakobs con el funcionalismo

³² Véase, las sentencias de los casos: J. VS. Perú del 27 de noviembre del 2013 (FJ 287); Cantoral Benavides Vs. Perú (Fj 157), Castillo Petruzzi Vs. Perú (FJ 121) de fecha 30 de mayo de 1999; Fermín Ramírez Vs. Guatemala del 20 de junio de 2005; García Asto Y Ramírez Rojas Vs. Perú del 25 de noviembre de 2005; del caso RICARDO CANESE VS. PARAGUAY del 31 de enero del 2004 (FJ 174); caso Kimel VS. Argentina del 02 de mayo del 2008 (FJ 63).

radical o derecho penal del enemigo y por otro a Claus Roxin con el funcionalismo moderado; al respecto es muy difícil encontrar un punto intermedio que satisfaga las dos nociones, sin embargo, lo que pretendemos demostrar es que desde ninguna de estas perspectivas la persecución y sanción del delito de tenencia de sustancias estupefacientes para el consumo tiene una razón de ser lógica y válida.

La escuela funcionalista concibe a la estructura del delito como un mecanismo para mantener el orden y la paz social, pues la función del derecho penal es brindar solución a los conflictos sociales (individuo – sociedad), por medio de la protección de bienes jurídicos fundamentales que no sea posible proteger por otras ramas del derecho y así asegurar las condiciones que logren una vida ordenada y una convivencia pacífica.

Para una mejor comprensión de este esquema, es necesario recurrir en primer lugar al funcionalismo moderado de Claus Roxin, quien parte del concepto de adecuación social para explicar que la teoría general del delito debe ordenar los preceptos legales y los conceptos abstractos en su innegable conexión, a lo que se conoce como sistema; al respecto manifiesta lo siguiente:

... que no es una característica del tipo, pero sí un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conductas socialmente admisibles. A esto pertenece además el llamado principio de la insignificancia que, permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal, sino solamente uno relevante; análogamente deshonesto en el sentido del Código Penal.³³

En esta corriente se sustituye la categoría lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a valoraciones jurídicas, a las que comúnmente se conoce como principios, que regulan el procedimiento, es decir que la imputación de un posible resultado dependerá de la puesta en peligro. De otro lado, la categoría de la culpabilidad debe limitarse con la necesidad de prevención para dar origen al nuevo concepto de responsabilidad o como nuestro sistema lo ha denominado conducta penalmente relevante, que es la base para la imposición de la pena.

³³ Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde, segunda edición, (Buenos Aires: Editorial José Luis Depalma, 2002), 74.

La extensión de lo que, bajo la amenaza de una pena, se está obligado a prever y a evitar es en verdad mucho más pequeña y debe determinarse por deberes de conductas constatables. Instituciones jurídicas como el riesgo permitido o el principio de confianza, que se han desarrollado al margen de las categorías sistemáticas, muestran el camino obligado para la tipificación de los deberes, cuya elaboración sistemática únicamente puede dar a los tipos culposos la firme estructura que nos es evidente en los delitos dolosos. Hasta aquí los efectos dogmáticos que se derivan de una sistematización del tipo regida por el principio *nullum crimen*.³⁴

En este contexto, algunos de los principios como el de objetividad y presunción de inocencia que regulan nuestra normativa, permiten justamente impedir la exagerada punibilidad en los delitos de peligro, es así que, al sancionar la tenencia para el consumo, se estaría violentando el conjunto de reglas de carácter general. Estos principios deben emanar de una política criminal que se encargue de plantear estrategias sociales en donde la pena a imponerse, sea proporcional con el acto ejecutado (principio de proporcionalidad), en el que la resocialización respete primordialmente la dignidad humana y los derechos fundamentales; es así que, en los límites del principio de culpabilidad, la finalidad de la pena es la prevención, sobre este particular Claus Roxin manifiesta:

En mi opinión, la responsabilidad penal supone dos cosas: la culpabilidad del autor y, además, la necesidad de pena desde el punto de vista preventivo general y especial. La culpabilidad y la prevención se limitan así recíprocamente: las necesidades preventivas nunca pueden conducir a la imposición de una pena sin culpabilidad. Pero la culpabilidad humana tampoco puede legitimar por sí sola la imposición de una pena, si ésta no es necesaria desde el punto de vista preventivo.³⁵

Bajo las consideraciones expuestas, surge el planteamiento de la siguiente interrogante, ¿Es necesario penar a un enfermo que no provoca un daño a la estructura social? De acuerdo a este esquema al sancionar la tenencia no solo que se comprueban ilegalidades, sino que se transgreden bienes jurídicos importantes, como es el libre tránsito, desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, entre otros.

³⁴ *Ibíd.*, 71.

³⁵ *Ibíd.*, 6.

La teoría desarrollada por Gunther Jakobs, es la otra cara de la moneda del Funcionalismo, que parte de dos presupuestos, el primero, el derecho penal del ciudadano que considera a las personas como individuos; y el segundo, el derecho penal del enemigo que admite a las personas como excluidos, a lo que se denomina normativismo. “Así, en el Derecho Penal, la “imputación objetiva” permitiría definir específicamente cuándo se ha producido una “defraudación de expectativas”, o sea cuando la persona ha quebrantado su rol.”³⁶

Siguiendo esta línea argumentativa a efecto de puntualizar el tema que nos ocupa, debemos señalar lo siguiente: a) El enfermo no tiene un rol definido de protección a un bien jurídico y si lo tiene no comprende cual es; b) El consumidor al no tener un rol no lo puede quebrantar; c) No se encuentra establecida en la norma la comunicación del rol que le atañe al consumidor (normativismo); y, d) El consumidor no ha sido comunicado adecuadamente sobre el rol y su quebrantamiento (comunicación instrumental y comunicación personal).

De esta manera ¿la satisfacción de una necesidad que en ocasiones se considera vital (consumo de sustancias), es inadecuado o quebranta un rol en la estructura social? La respuesta es que lo inadecuado para la sociedad es sancionar a estas personas, que según la Política Criminal y Criminológica su rehabilitación no corresponde a la esfera punitiva sino de rehabilitación con la adopción de medidas de seguridad. Partiendo de esta premisa, Jakobs reconoce el hecho de que:

Esta suposición es cómoda porque exime de la necesidad de empezar por comprobar en qué casos se trata en realidad de una relación jurídica y en cuáles otros de una situación jurídica... Es ilusoria porque un vínculo jurídico, si se pretende que concurra no sólo conceptualmente, sino en realidad, ha de conformar la configuración social; no basta, con el mero postulado de que tal conformación debe ser. Cuando un esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social.³⁷

En este contexto Jakobs ha considerado

³⁶ Günther Jakobs, “Sobre la teoría de la pena”, en *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, traducido por Manuel Cancio Meliá, (Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998), 40. (faltan datos, revisar en archivo original)

³⁷ Günther Jakobs, catedrático emérito de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Bonn, *Derecho Penal del enemigo*, traducido por Manuel Cancio Meliá, Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid, (Madrid: Editorial Thomson Civitas, 2003), 11.

...que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.³⁸

Nuestra intención no es ahondar profundamente en el tema, pero es importante manifestar que el derecho penal del enemigo es aplicable al ámbito de la delincuencia organizada (tráfico de drogas), en donde son notorios los daños que se pretenden ocasionar a futuro en la estructura de la sociedad, con la cual se generan un sinnúmero de delitos que van desde del contrabando, cohecho, hasta incluso llegar al sicariato.

3. Breve análisis de constitucionalidad en el delito de tenencia de drogas

Con el apareamiento de bienes jurídicos colectivos, surge la necesidad de dotar de racionalidad al Derecho Penal, para tal fin se crean garantías básicas que se plasman a través de axiomas, entre estos se encuentran los desarrollados por Luigi Ferrajoli, como son: "...retributividad, legalidad, necesidad, lesividad, materialidad y culpabilidad, estos han recibido un tratamiento especial como garantías sustanciales, es decir, que permiten identificar cuándo prohibir una acción u omisión cuya trasgresión merezca sanción penal, a los que se los denomina *principios de estricta legalidad*³⁹, a diferencia de los *principios de mera o lata legalidad*, que con su aplicación posibilita garantizar la vigencia de la ley penal; así tenemos los siguientes *No hay necesidad sin daño, No hay daño sin conducta y No hay acción sin culpa*.

Lo anterior abre la posibilidad para deducir que, si no hay una conducta que produzca daño y si la misma se realiza con ausencia de voluntad, obviamente no es necesario la imposición de una pena; concretamente lo que ocurre en la tenencia de drogas para el consumo es que se sancionan conductas que no ingresan en la esfera penal, conductas que requieren ser analizadas y resueltas por otras ramas del conocimiento, puesto que:

³⁸ *Ibíd.*, 38.

³⁹ Ampliar en Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 94 y 95.

...las ciencias de la conducta tratan de explicar aspectos parciales del ser de la conducta humana, la ciencia jurídico penal intenta individualizar las conductas desvaloradas por el derecho. Estas ciencias de la conducta son, fundamentalmente la biología, la psicología y la sociología.⁴⁰

En las legislaciones antidrogas solamente se cumplen los últimos principios de mera o lata legalidad, por lo que “Gracias a esta estructura normativa, no sólo las resoluciones judiciales sino también las leyes son virtualmente excepcionales como inválidas, cuando se entiende que entran en conflicto con normas superiores”⁴¹, en nuestro caso, al ser la Constitución la norma superior que justifica el consumo, la norma es legal pero no válida, es aquí donde concurre el axioma *no hay necesidad sin daño*.

Finalmente podemos señalar “...que el derecho penal es la forma de control social más grave institucionalizada por el Estado, pero de allí no puede seguirse que el Estado goce de un derecho subjetivo a incriminar conductas de los habitantes de la Nación a penarlas”⁴², de este modo se ha instaurado un *derecho penal subjetivo*, en donde el Estado por cuenta propia se atribuye el poder de castigar las conductas que no lesionan un bien jurídico, lo cual deviene en peligroso y arbitrario, por lo tanto bajo el criterio de prevención se ha establecido sanciones desde la esfera de satisfacción del gobierno y no de la sociedad, en consecuencia se está aplicando una norma **subjetivamente ineficaz**.

3.1. Bienes Jurídicos protegido por el tipo penal

Para crear tipos penales su fundamentación está en la protección de Bienes Jurídicos contemplados en la Constitución y su función es otorgar al legislador la facultad para crear leyes justas y justificar la razón de ser de la sanción, en este sentido el funcionalismo radical concibe al Bien Jurídico como “...una situación o hecho valorado positivamente. El concepto de situación se entiende, en este contexto, en sentido amplio comprendiendo no solo objetos (corporales y otros), sino también estados y procesos. Un bien llega a ser bien jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica”⁴³, en esta misma línea en complemento el Funcionalismo Moderado, considera que: “... *los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su*

⁴⁰Zaffaroni, “Tratado de Derecho Penal - Parte general”, 264.

⁴¹Ibíd., 695.

⁴² Ibíd., 33.

⁴³ Gunther Jakobs, *Derecho penal - parte general. Fundamento y Teoría de la Imputación*, segunda edición corregida, (Madrid: Editorial Marcial Pons, 1997), 50.

libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a "circunstancias dadas y finalidades" en vez de a "intereses" de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa.⁴⁴ (Énfasis añadido)

En igual sentido al referirnos a los delitos de peligro, en el riesgo permitido debemos tomar en cuenta que para Claus Roxin los delitos que se sancionan en el Código Penal, deben estar acorde a la estructura de la sociedad, en nuestro caso específico, tenemos una sociedad regida por un estado constitucional de derechos y justicia, la misma que observa y defiende el respeto irrestricto de las garantías básicas de los ciudadanos, en cuanto a los delitos de tenencia de drogas para el consumo (adicciones) y su sanción, no tienen esa conjunción con la sociedad y consecuentemente con la estructura de la misma, ya que desde la Constitución se justifica la adicción como enfermedad, por lo que las normas inferiores están realizando un total desorden al tipificar este delito.

En este orden de ideas el consumo de drogas es reprochable desde varios ámbitos como: el moral, social y religioso porque atenta contra la salud y el bienestar individual, sin embargo, bajo ningún concepto constituye delito, en este sentido Zaffaroni manifiesta que:

... no se deben confundir los pecados, los delitos y otras conductas... Luego, delito e injusto es sólo aquello mediante lo que perjudico a alguien y sólo éste es el objeto de la ley penal civil. No se puede confundir pecado y delito, error y vicio; las cosas teológicas deben quedar fuera de la administración de justicia.⁴⁵

3.2. Estudio del tipo penal desde el bloque de constitucionalidad.

3.2.1. Debido proceso

Los derechos y garantías de los ciudadanos que están contemplados en el Bloque de Constitucionalidad que incluyen Convenciones Internacionales de Derechos Humanos

⁴⁴ Roxin, "La estructura de la teoría del delito", 54.

⁴⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal - Parte general*, (Buenos Aires: Editora Canacid, año), 39.

y en la Constitución deben aplicarse de manera inmediata, directa y prioritaria⁴⁶ y no como erróneamente se acostumbra hacerlo, limitando la aplicación a los artículos 76 y 77 de la Constitución y más aún cuando se trata de personas con doble vulnerabilidad como en el caso de los consumidores que padecen una enfermedad y que además se encuentran privados de su libertad.

Respecto a la aplicación del debido proceso, la CIDH no solo busca que las normas internas se adecúen a la Convención, sino que además ejerce un poder de control, por esta razón el Ecuador en el caso Suárez Rosero Vs Ecuador, en el que procesó y sancionó al señor Rafael Iván Suárez Rosero, como encubridor del delito de tráfico de drogas, fue demandado ante la CIDH por violentar el debido proceso. Al determinar que entre las normas violadas se encuentran los artículos 2, 5, 7 y 8 de la Convención y en consecuencia se le dispuso la estricta observancia del debido proceso en los siguientes términos:

Esta determinación sentó un precedente en el Sistema desde el cual la CIDH y los peticionarios pueden pedir la violación del Art. 2 de la CADH por el hecho de que los Estados legislen en contra de los preceptos de la CADH... “La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.”⁴⁷

Respecto de los consumidores, se percibe con toda exactitud que con la aplicación de la normativa interna se está violentando el debido proceso, tal es el caso de la presunción de inocencia, pues en la gran mayoría de causas relacionadas con drogas, la tendencia es la aplicación de la prisión preventiva, como medida cautelar prioritaria. Consecuentemente se vuelve inaplicable el principio de favorabilidad o la ley más benigna, pues a pesar de que la Constitución justifica las adicciones, el juzgador en el evento que se sobrepasen los límites mínimos permitidos y a pesar de que exista acusación fiscal está obligado a declarar extinguida la acción penal en obediencia al bloque de

⁴⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre 2008 Numeral 3 del Art. 11

⁴⁷ Corte IDH, “Resolución del 10 de julio de 2007 sobre el cumplimiento de la sentencia del Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador”, parte resolutive.

constitucionalidad (aplicación del Principio de *Iura Novit Curia*) y disponer que el adicto sea sometido a un tratamiento, más no por el contrario condenarlo como un delincuente.

3.2.2. Seguridad Jurídica

El Ecuador con la suscripción de los Tratados de Derechos Humanos de la ONU y OEA, instituyó el principio de la seguridad jurídica el mismo que se encuentra plasmado en el Art. 82 de la Constitución y que se traduce en el “...respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas...”

La ONU respecto de la tenencia de drogas considera que los Estados partes se encuentran obligados a regular el tráfico de drogas como delito, siempre que haya sido cometido con dolo más no cuando esté destinada para el consumo, esto es que la disposición normativa debe fijar con exactitud las circunstancias de la tenencia, los parámetros para los consumidores, respecto de la cantidad y demás elementos que sirvan para determinar la adicción, lo que clarificaría la aplicabilidad del artículo 220 del COIP, eximiendo de responsabilidad a los consumidores y en consecuencia garantizando la aplicación del principio de seguridad jurídica, sin embargo en la forma que se encuentra redactada la norma es demasiado abierta y ambigua.

En lo que concierne a este principio la ONU considera que “El consumo de drogas ilícitas y la posesión de las mismas para ese propósito, debe ser materia de acción por parte de la sociedad pero no a través de la costosa y, para este efecto, inefectiva represión penal.”⁴⁸ En igual sentido la OEA en el año 2012 manifiesta que “A pesar de existir un fuerte consenso a nivel internacional respecto a que el consumo no es un asunto de índole penal, sino uno de salud”⁴⁹; razón por la cual el Ecuador desde el bloque de constitucionalidad debe crear políticas públicas y tratar a las adicciones como una problemática social que cumpla con el propósito de restablecer la salud psicológica y fisiológica de la sociedad.

⁴⁸ United Nations Office on Drug and Crime. World Drug Report. 2009. New York, 2009. En este informe se señala que “In the case of casual users, the sanction of imprisonment is excessive; since many are more mainstream than marginal, considerably less expensive options exist for deterring casual use behaviour, such as the measures currently taken when underage drinking and smoking are encountered” (pág. 167).

⁴⁹ Organización de los Estados Americanos (OEA) Equipo Escenarios (2012), *Escenarios para el problema de drogas en las Américas 2013 – 2025*, OEA, Washington DC: OEA

La inseguridad jurídica también se ve afectada en la aplicación de la norma, pues en los casos de consumidores que sobrepasen los límites de tenencia, el juzgador está facultado para aplicar directamente la Constitución y Tratados Internacionales, es por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, en la sentencia de 2 de julio de 2004, expuso “que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.”⁵⁰

3.2.3. No discriminación

Otro de los principios que ha sido reconocido a nivel internacional es el de igualdad y no discriminación, respecto del cual la Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, considera que:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.⁵¹

En cuanto al procedimiento de la tenencia de drogas, se ha observado discriminación al grupo de consumidores – adictos, pues la policía antinarcoóticos durante el desarrollo del trabajo investigativo busca obtener resultados cuantitativos más que cualitativos trayendo como consecuencia la aprehensión y procesamiento de forma excesiva de los consumidores.

3.2.4. Derecho a la libre determinación.

En los derechos humanos, el derecho a la protección de la salud es elemental para el desarrollo de las personas dentro de un Estado, por tal razón el gobierno está en la

⁵⁰ Corte Nacional De Justicia, Precedente Jurisprudencial “Fallos de triple reiteración al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el art. 220.1 del COIP, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos retores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del COIP”, Resolución No. 12-2015, Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015. Quito – Ecuador, pág. 8.

⁵¹ Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79

obligación de garantizar servicios de salud a través de la creación de una cultura sanitaria a nivel individual y colectivo que esté orientada a la prevención de enfermedades. Es por ello que en lo referente a las adicciones la ONU, concibe a este como un problema de salud pública, por lo que se estima que el número de consumidores de drogas ilícitas corresponde alrededor de 200 millones de personas, que equivale al 5% de la población mundial entre 15 y 64 años. Así mismo, existe un aproximado de 25 millones de personas que han sido considerados como toxicómanos o consumidores problemáticos de drogas y por otro lado 200.000 personas a nivel mundial mueren al año por enfermedades relacionadas con dependencia a las drogas.⁵²

Al ser la salud pública un derecho de la colectividad, guarda estrecha relación con el derecho de libre o auto determinación de los pueblos y que según el Art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este Derecho establecen libremente su condición política y proveen así mismo su desarrollo económico, social y cultural”, por lo tanto, la autodeterminación es el instrumento que sirve para fijar políticas de consumo de drogas que permitan alcanzar el desarrollo social y colectivo, pues de llegarse a sobrepasar del consumo a la adicción se incurre en un problema de salud pública, que se trata en otra esfera.

Este criterio se ha visto reflejado en el contexto del consumo de drogas pues en el 2008, la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas dio inicio a un período de reflexión global, considerando que las políticas prohibicionistas habían fracasado, de esta forma se limitó la persecución al traficante mientras que al consumidor se lo separa del concepto de delincuente, tales metas fueron propuestas diez años atrás en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (UNGASS), posteriormente en julio del 2009 en la 5ta. Conferencia Latina celebrada en Oporto, Portugal, un grupo de jueces de países latinos elaboraron la Declaración sobre Políticas Públicas en materia de Drogas y Derechos Humanos quienes expusieron lo siguiente:

⁵² Cooperación internacional contra el problema mundial de las drogas. Informe del Secretario General (A/61/221/) y Montes, Rodolfo, “Mueren al año 200 mil por consumo de drogas: ONU”, Milenio Diario, información política, p. 14, 01 de julio de 2009.

Las críticas al prohibicionismo desde el ámbito judicial. El documento señaló que el procesamiento de —pequeños casos había distraído recursos para la persecución de los narcotraficantes y que la intervención del sistema penal en la atención de sanitaria de los usuarios de drogas —resultaba violatoria del derecho del acceso a la salud. Consideró que la imposición de una determinada terapia violaba el principio de autonomía personal en la atención de la salud e instaba a los gobiernos a brindar un amplio abanico de alternativas en materia de asistencia. La posición de los actores en torno al proyecto gubernamental de despenalización de la tenencia para consumo personal.⁵³

En este contexto se observa con claridad que a nivel del Derecho Internacional el Ecuador está obligado a respetar el consumo de sustancias ilícitas, como un derecho a la libre determinación de los pueblos.

3.3. Contraste del Derecho a la libre determinación vs. Derecho a la salud pública.

Tomando en consideración que los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo, la decisión libre de las personas de consumir sustancias, se encuentra dentro del bien jurídico al *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, el mismo que se encuentra establecido dentro de los derechos de libertad, en el artículo 66 numeral 5 de la Constitución, lo que conlleva que se está transgrediendo la misma, de tal modo que no estamos únicamente frente a la inexistencia de lesión a un bien jurídico, sino que en pretexto de protección de la salud pública se está transgrediendo el libre desarrollo de la personalidad y por ende aplicando un tipo penal inconstitucional.

Por otro lado, al encontrarse el derecho a la salud consagrado en el Art. 32 de la Constitución, como un derecho fundamental, nace para el estado la obligación de desarrollar programas encaminados a la cura y prevención de enfermedades, y no por el contrario establecer un castigo a través de la imposición de penas.

En definitiva en este tipo penal no se estaría contrariando bien jurídico alguno, pues la pretensión de tener para el consumo no implica daño concreto en perjuicio de

⁵³ Fernández, Aníbal (2010), El cambio de paradigma no tiene vuelta atrás. En: Touze, Graciela; Goltzman, Paula (comp.) Aportes para una nueva política de drogas. V y VI Conferencia Nacional sobre Políticas de drogas. Buenos Aires, Intercambios Asociación Civil y Facultad de Ciencias Sociales, UBA. p. 6

terceros; sin embargo, por estar descrito como delito de peligro abstracto, bajo el argumento de proteger a la sociedad en su conjunto, se genera un cambio de esquema en la política criminal, provocando un adelantamiento de la intervención estatal; lo cual es digno de criticar pues se está distorsionando la esencia del Derecho Penal que está encaminada a sancionar actos y no meras intenciones o posibles eventualidades, con estos análisis podemos ver que la sanción a los consumidores obedece a las intenciones políticas del momento, puesto que “... un *derecho penal del enemigo* deja de ser conducta banal de los penalistas que casi siempre lo postularon, para recuperar su verdadera naturaleza, que es política,”⁵⁴ entonces el hecho de codificar acciones no peligrosas como la tenencia de drogas para el consumo, no es una cuestión de dogmatismo penal, sino de ilegalidad constitucional.

El sustento que ha encontrado del Derecho Penal para sancionar la tenencia de sustancias estupefacientes se fundamenta que el bien jurídico protegido es la Salud Pública. Sin embargo, para apreciar la peligrosidad de la acción en el caso de la tenencia de estupefaciente debemos precisar cuál es el bien jurídico tutelado por la norma, existiendo el consenso que es la salud pública. Más por el contrario en un Estado de Derecho democrático, la posesión de drogas pondrá en peligro a la salud pública cuando se abra la posibilidad de una transmisión no controlada y discriminada a terceras personas y no cuando la adquisición y la posesión desde la representación del autor resulte un acto preparatorio de su propio consumo, en tanto no afecte la salud de otros, será atípica. Y esto se observa claramente cuando se tienen pequeñas cantidades de estupefaciente para ser consumidas en un ámbito privado.⁵⁵

En este contexto podemos afirmar que en la tenencia de drogas para el consumo no se está contrariando bien jurídico alguno, debido a que la salud pública

... no es un bien jurídico colectivo, sino la suma de la salud de todos los miembros de la sociedad. No se trata de un bien jurídico colectivo sino la suma de bienes jurídicos individuales. Este descubrimiento tiene efectos decisivos, puesto que sobre un bien jurídico individual puede el propio titular del mismo disponer y

⁵⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, “Dogmática y Criminología - Dos fenómenos complementarios del fenómeno delictivo”, en *La legitimación del control penal de los extraños*, homenaje a Alfonso Reyes Echandía, (Bogotá: Legis Editores, 2005), 627. (editores ¿?)

⁵⁵ Falcone, “Los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro”, 265.

decidir. La decisión de una persona de llevar una vida insana no justifica la intervención del Derecho Penal.⁵⁶

El delito de tenencia y posesión de sustancias ilícitas, así como el riesgo que éstas representan a la salud de la población, doctrinariamente han sido catalogados como delitos de peligro abstracto, siendo esta la razón principal que tuvo el legislador para reprimir estas conductas antes que se consume el peligro; de ahí que algunos tratadistas a esta clase de hechos los denominan como delitos de resultado cortado, de este modo, el legislador parte de una presunción *jures et jure* para el peligro que representa el tráfico, posesión y tenencia de estupefacientes.

En este contexto, surgen algunos cuestionamientos, si bien es cierto que en los tipos penales relacionados con estupefacientes, el bien jurídico protegido es la salud pública, es necesario recurrir a una de sus características principales como la divisibilidad, para explicar que dicho bien jurídico se encuentra circunscripto al bienestar individual, de este modo, cada sujeto en pleno uso de su libre albedrío está en plena capacidad de decidir si consume o no estupefacientes y si actúa o no en perjuicio de su propia salud (libre determinación); consecuentemente el Derecho Penal no debe realizar un juicio de reproche ante el daño o peligro provocado directamente por el titular, de igual forma la actuación del estado se halla legitimada por la protección de bienes jurídicos supraindividuales o de carácter general, pues lo contrario significaría un exagerado proteccionismo. Respecto de este punto, sería temible pensar en un *derecho penal subjetivo*, en donde el Estado por cuenta propia se atribuya el poder de castigar las conductas, lo cual devendría en peligroso y arbitrario.

De este modo, se genera un debate, en el sentido de que, por lo general en los delitos de drogas, el bien jurídico que se pretende proteger es la salud pública, el mismo que tiene un carácter difuso, siendo analizado desde una perspectiva política y no desde el punto de vista de la técnica jurídica. Mientras que, en el caso concreto del delito de tenencia de drogas para el consumo, se estaría sacrificando el derecho personalísimo a la libre determinación que es más concreto y específico.

El derecho a la libre determinación se encuentra reconocido en el Art. 66 numeral 5 de la Constitución, que consiste básicamente en la libertad del ser humano para tomar

⁵⁶ Marcial Pons, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?*, (Barcelona: Editorial Jurídicas y Sociales, 2007), 197.

decisiones y actuar en todos los ámbitos de su vida, sin embargo, en la forma que se encuentra regulado el delito de tenencia de drogas, sin distinción alguna en cuanto a las dosis y a las conductas desarrolladas, se está criminalizando el consumo, y en consecuencia el consumidor o drogodependiente no puede hacer efectivo el derecho consagrado por la norma constitucional, para elegir entre lo que está bien o está mal, porque la ley simplemente estaría reprimiendo su conducta, tratándolo como delincuente.

3.4. Estudio de principios, garantías constitucionales y procesales aplicables en el delito de tenencia.

3.4.1. Principio de presunción de inocencia.

En el ordenamiento jurídico la presunción de inocencia ha sido concebida, como un principio fundamental⁵⁷, la diferencia radica que en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución, equivale a una presunción, mientras que en el Art. 5 del COIP es el estado que mantiene toda persona durante el proceso; específicamente en el delito de tenencia de drogas, el referido principio se violenta desde el inicio de la investigación, a través del parte policial en el que se afirma que los consumidores se hallan realizando micro tráfico, denominación que en la ley no existe, pues nace del imaginario policial.

Un claro ejemplo es lo que sucede en los delitos flagrantes donde la policía con pleno conocimiento de que se trata de dependientes de sustancias, los interceptan, realizan registros corporales y con el criterio de que una persona se encuentra en actitud sospechosa, los detienen con una ínfima cantidad destinada al consumo y posteriormente se inicia a un proceso penal, de este modo se transgreden derechos constitucionales básicos como el libre tránsito y la intimidad, pues están obligados a observar el procedimiento previsto en el Art. 478 del COIP o en el mejor de los casos contar con el consentimiento de la persona a la que se realiza el registro. Por lo tanto, para desvirtuar el estado de inocencia en este tipo de delitos, se requiere de la imparcialidad del juzgador y de la correcta valoración de las pruebas controvertidas para determinar la responsabilidad de los procesados, caso contrario la persona es inocente.

⁵⁷ El Ecuador suscribió y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 8.2 manifiesta “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

3.4.2. Principio non bis in ídem

El principio del Non Bis In Ídem, conocido con la máxima no dos veces por los mismos hechos, se halla regulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana y las sentencias de los organismos internacionales; al disponer que debe estar presente en la norma y aplicarse en todo proceso y materia, en igual sentido los Estados no permitirán la supresión del goce o ejercicio de este derecho por parte de grupos, personas e incluso el mismo Estado.⁵⁸

El Ecuador ha incumplido este principio previsto en el art. 76, numeral 7, letra i) de la Constitución, que busca proteger a las personas del doble enjuiciamiento por la misma causa y materia, de este modo la Corte Nacional de Justicia el 22 de septiembre de 2015, un año después de la creación el COIP realiza una indebida interpretación del concurso de delitos en el tipo penal de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, puesto que manda a los jueces y fiscales que en el supuesto de encontrar a una persona con diferentes tipos de sustancia, inicien procesos penales por cada una de estas, sin tomar en cuenta la existencia de identidad objetiva y subjetiva de delito; criterio que es aceptado especialmente en delitos flagrantes.

Así también violenta el artículo 14, párrafo 7, de la Convención de Ginebra⁵⁹, pues este principio prohíbe, hacer comparecer a una persona una vez declarada culpable o absuelta ante el mismo tribunal o ante otro por el mismo delito, a pesar de esto en el caso

⁵⁸ La sentencia de 17 de septiembre de 1997 en el caso Loayza Tamayo vs. Perú, que fue introducido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que tiene como antecedentes la detención de la señora María Elena Loayza Tamayo, peruana, profesora de la Universidad San Martín de Porres, el 6 de febrero de 1993 por miembros de la División Nacional contra el terrorismo de la Policía Nacional del Perú, por ser presunta colaboradora del grupo subversivo Sendero Luminoso; que fue procesada en el fuero militar por delito de traición a la patria y que jueces militares sin rostro, la absolvieron el 5 de marzo del año 1993; que posteriormente, el Consejo de Guerra Especial de Marina, el 2 de abril, la condenó. Con posterioridad el Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar en sentencia de 11 de agosto del año 1993 declaró sin lugar un recurso de nulidad que interpuso, absolviéndole por ese delito y ordenando remitir lo actuado al fuero común para el estudio del delito de terrorismo, por lo que se la procesó en la jurisdicción ordinaria pese a que alegó la excepción de cosa juzgada de acuerdo con el principio non bis in ídem, alegación que fue desestimada por el Tribunal Especial sin rostro condenándole a la pena privativa de libertad de 20 años. ¿En la Corte advierte que? Ninguna disposición de la Convención Americana ha de interpretarse en el sentido de permitir sea a los Estados Partes, sea a cualquier grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos consagrados, o limitarlos? Agrega que el principio non bis in ídem busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos.

⁵⁹ **El Comité de Derechos Humanos**, en el período de sesiones que tuvo lugar en Ginebra en julio del 2007 al referirse al principio ne bis in ídem lo equipara a la Cosa Juzgada e interpreta que según el citado artículo 14, párrafo 7, ese principio prohíbe, hacer comparecer a una persona una vez declarada culpable o absuelta por un determinado delito ante el mismo tribunal o ante otro por ese mismo delito y que no se aplica si un tribunal superior anula una condena y ordena la repetición del juicio.

de la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, cuando la persona es encontrada culpable y sancionada en uno de los procesos, en el subsiguiente se aplica otra pena por los mismos hechos, imputando así un doble juzgamiento.

Por otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.4 es más determinante cuando señala que “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”; de esta forma en este tipo penal se transgrede el referido principio cuando en uno de los procesos se ratifica el estado de inocencia sin que cause efecto alguno en el otro proceso, pudiendo declarar la culpabilidad a pesar de existir identidad objetiva y subjetiva.

Finalmente, en la dogmática el principio de Non Bis In Ídem tiene dos aristas: 1.- *la formal* que prohíbe la implementación de dos procedimientos sancionadores por los mismos hechos y causa, es decir, lo que se prohíbe aquí es un doble procesamiento hacia la misma persona y por las mismas circunstancias; y, 2.- *la material* que prohíbe que una misma persona pueda ser sancionada dos veces por el mismo hecho y el mismo fundamento.

En este contexto para que se aplique el non bis in ídem, tanto formal como material es necesario que exista identidad sobre tres aspectos esenciales: sujeto, hecho y fundamento; de este modo se observa que en la tenencia de drogas existe esta triple identidad porque se trata del mismo sujeto, que posee la droga en el mismo lugar y tiempo (hecho) y las dos sustancias son prohibidas (fundamento) y a pesar de esto se aplica una pena por cada sustancia.

3.4.3. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad guarda relación con otros principios como el de razonabilidad e imparcialidad porque pretende evitar enfrentamientos entre principios, valores y normas, siendo este el elemento definidor en la eficacia de una garantía, minimizando el ejercicio del ius puniendi y de esta manera asegurar que la intensidad de la sanción y su límite cumplan con la función de protección constitucional de derechos individuales.⁶⁰

⁶⁰ Villaverde I, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad en Carbonell, M. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Serie de Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad” (Quito: editorial V&M Graficas, (2008), 182.

Este principio está contemplado en el Art. 76, numeral 6, de la Constitución de la República, el cual establece la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, así como en el Art. 66, numeral 3, literal c), que prohíbe las penas crueles; de tal modo que al establecer penas cuando se justifica la tenencia por adicción, resulta contrario al espíritu de la Constitución.

En cuanto a la tenencia de drogas es importante aclarar que el “objeto del principio de proporcionalidad siempre será examinar si la utilización de un determinado medio (la limitación de ámbito de autodeterminación individual) es proporcional para la consecución de un cierto fin (el bien público al que aquella limitación se ordena)”.⁶¹ Es así que este principio conjuntamente con el de legalidad, necesidad, adecuación, idoneidad, razonabilidad, ponderación y demás pueden romper el límite mínimo establecido para la pena, así como la extinción de la acción penal si la cantidad de droga encontrada en poder del procesado resulta proporcional para la satisfacción de su adicción y por consiguiente insignificante e inofensiva contra la salud pública.

La proporcionalidad sirve como piedra angular en la ponderación de principios constitucionales, esto es, cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, correspondiéndole al juez constitucional determinar esa reducción. Es así que nuestro análisis radica en que, siguiendo la letra del artículo 220, literal a), en concordancia con la tabla de gramaje de sustancias catalogadas aprobada por el CONSEP, el Juez está obligado a calificar y sancionar la tenencia en el porte de inofensivas cantidades de droga, pues la tabla tiene en la escala mínima como límites de 0 a 02 gramos en el caso de cocaína que es la sustancia de mayor consumo, sin embargo, en cualquiera de las sustancias catalogadas estaríamos frente a un delito de tráfico de drogas a mínima escala.

Ante este contenido, el Juez debería extinguir la acción o en su defecto eximir al acusado, en razón de que la Constitución como el último párrafo del art. 220 del COIP, prevé que tener para uso o consumo personal en las cantidades establecidas constituye una causa que excluye la punibilidad, por lo que cabe realizar las siguientes interrogantes: ¿cuál es la normativa correspondiente? y ¿cuál es la cantidad, si la normativa vigente que establece la tabla de gramaje, comienza a contar a partir de cero gramos para calificar en

⁶¹ Baquerizo J y Leuschner E “Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación. Notas desde la teoría y la filosofía del derecho” primera edición, (Guayaquil: editorial Edilex S.A.2011), 131

mínima escala este delito?; la respuesta es simple, la tabla no es una norma, es el complemento de la norma en blanco y al no haber un mínimo para consumidores se debe obedecer los criterios establecidos para cada persona en su límite de adicción.

4. Clasificación de las teorías que sustentan la tenencia para el consumo

4.1. Teoría del consumo propio, consumo personal o tenencia atípica

En un estado constitucional de derechos y de justicia como el nuestro, teniendo en consideración el principio de presunción de inocencia debemos partir de la premisa que el adicto tiene o posee cantidades mínimas específicamente para el consumo, en este sentido es importante manifestar que la tenencia de drogas para el consumo propio o autoconsumo tiene características que están dirigidas al objeto (diferenciando consumo de cocaína vs marihuana) “Es distinto que esté penalizado y escrito en la ley que no se puede consumir determinadas sustancias.”⁶²; y otras al sujeto, su cumplimiento permitirá determinar si la conducta realizada por un individuo tiene fines de consumo o delictivos.

Con relación a las características del sujeto deben estar presentes los elementos que se detallan a continuación:

- a) El individuo que tiene la sustancia debe ser una persona que acostumbre a consumir o en el peor de los casos que se trate de un adicto.
- b) Un factor importante es la edad de la persona que se encuentra en posesión de la sustancia, pues no es lo mismo el consumo de una persona que lleva años e inclusive décadas consumiendo, al de una persona joven que inicia en el consumo.
- c) Así mismo, el estado emocional, la situación familiar o el proceso de vida por el que se encuentra atravesando el consumidor son situaciones difíciles en las que el ser humano se ve obligado a buscar una salida, inclinándose muchas veces por el consumo de sustancias en mayor cantidad de la habitual.

⁶² Rodrigo Tenorio Ambrossi, *Ecuador Academia y Drogas*, (Quito: Editorial El Conejo, 2010), 51.

- d) Debe atenderse también al síndrome de abstinencia y tolerancia, pues entre más alto sea el consumo de la sustancia, mayor es la cantidad de esta forma se comprueba la incapacidad de abandonar la adicción.
- e) Establecer el fin del consumo si es instantáneo o paulatino - consecutivo, pues de esto dependerá el riesgo que corre el consumidor, así "... la tenencia de estupefacientes sería un riesgo permitido, y sólo la distribución de estupefacientes para el consumo masivo excedería ese riesgo, siempre y cuando esa distribución sea detectada por el subsistema penal."⁶³

4.2. Teoría del consumo grupal

En la tenencia para el consumo grupal deben estar presentes otros elementos específicos, porque las cantidades excesivas de droga pueden tener como propósito el consumo grupal, en tal sentido al momento de realizar la investigación no es suficiente demostrar la cantidad, sino además verificar la existencia de aspectos específicos del consumo grupal como los siguientes:

- a) Los individuos que se agrupan deben ser consumidores o adictos de drogas.
- b) Los consumidores deben conocerse con anterioridad y mantener un aspecto en común (compañeros de colegio, universidad o trabajo, amigos del barrio, amigos de familia o incluso familiares).
- c) "El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado."⁶⁴
- d) De por medio deben existir "... acuerdos de voluntades con aportación común de dinero, procediéndose a adquirir la droga, conjuntamente o con alguno de ellos al que se encomienda la tarea por encargo de los demás."⁶⁵
- e) "Por otra parte, en los supuestos de *convivencia familiar*, en principio, no implica por si sola coautoría en el tráfico de drogas o en tenencia de estas para el mismo... en efecto, aunque la convivencia matrimonial o familiar –en su

⁶³ Jorge Vicente Paladines, "Serie justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad. Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas" en *La sociedad del riesgo en la dogmática penalizadora de las drogas*, Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, editores, (Quito: 1ra. edición, 2009), 59.

⁶⁴ Fernando Sequero Sazatornil, "Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro III" en *Las restricciones impuestas al tráfico de drogas como modalidad de delito de peligro abstracto*, Edgardo Alberto Donna, director, (Buenos Aires: editorial Rubinzal Culzoni, 2008), 367.

⁶⁵ *Ibíd.*, 368.

sentido más amplio-, en un mismo domicilio, puede dar lugar a la existencia de una coposesión o posesión compartida de la misma.”⁶⁶

Para una mejor comprensión recurrimos al siguiente supuesto, en un domicilio se encuentran cantidades que superan los límites científicos máximos y el sujeto que lo habita refiere que en este lugar consume el grupo, en estas circunstancias, será necesario recabar otros elementos con los cuales se determine la relación que existe entre los demás consumidores, (fotografías, mensajes, llamadas, etc.) pero sobre todo que la salud pública no se encuentra en riesgo.

En el ámbito de la jurisprudencia se han desarrollado varios argumentos para justificar que el consumo grupal, consumo compartido equiparable al autoconsumo no constituye una conducta punible. “El fundamento está en excluir el castigo cuando de las concretas circunstancias del caso se acredite la exclusión de todo peligro para el bien jurídico protegido. Esa exclusión solo podría afirmarse cuando se aprecien determinados requisitos”⁶⁷; mientras que la función de los intervinientes en el consumo grupal, se lo considera.

Como conducta lícita (de consumo), al no estar determinada claramente la calidad de suministrador en una persona diferente del suministrado. Por lo tanto, es esta *ausencia de distribución de roles claramente diferenciados* lo que permite valorar a la conducta del grupo como la de un consumo mutuo, y por tanto no punible.⁶⁸

⁶⁶ *Ibíd.*, 353.

⁶⁷ José Ignacio Gallegos Soler, “Política criminal y reforma penal” en *Contexto del tratamiento jurídico – penal del tráfico de drogas*, Santiago Mir Puig – MirentxuCorcoyBidasolo, directores, Víctor Gómez Martín, coordinador, (Buenos Aires: editorial, 2007), 527.

⁶⁸ Diego Caamaño Viera, “Serie justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad. Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas” en *Legislación antidrogas: ¿una amenaza para el estado de derecho?*, Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, editores, (Quito: 1ra. edición, 2009), 59.

Capítulo segundo

1. Generalidades de la investigación penal del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas

En este acápite vamos a tratar la deficiente investigación que realiza la Fiscalía General del Estado, tanto en los delitos flagrantes como en el procedimiento ordinario llevado en FEDOTI, en los cuales los fiscales siguen una línea investigativa apegada al funcionalismo radical pues solamente se limitan a realizar diligencias de cargo y que en su mayoría son solicitadas por la policía mediante los partes policiales que procesalmente son sobrevalorados; estos últimos tienen la concepción de presentar a todo consumidor como delincuente y son los que a la postre terminan dirigiendo la investigación, todo lo cual trae como resultado un proceso injusto y alejado de la verdad.

2. Breve análisis de delito flagrante

Con relación a los procedimientos que se realizan en la aprehensión por delito flagrante, no constituyen una investigación penal, pues los procedimientos que realizan tanto la policía de servicio urbano como las unidades especiales de investigación (UIPA, Antinarcóticos, UIAD) son injustos y violatorios de los derechos del debido proceso.

Es así que para verificar la comisión de un presunto delito flagrante según los lineamientos del Art. 527 del COIP, deben concurrir los siguientes elementos básicos: a) acción en presencia de una o más personas; b) descubrimiento inmediatamente después de su supuesta comisión; c) cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida y d) persecución ininterrumpida⁶⁹, por lo tanto, los actos que se realizan para determinar un presunto delito flagrante de tráfico de drogas debe poseer estos elementos como mínimo.

En este sentido los dos primeros elementos son facultativos, porque la norma tiene inmersa la preposición disyuntiva *o cuando*, es decir, que puede aparecer el uno o el otro, pero los dos últimos elementos son imperativos para la configuración de un delito flagrante. Esto es que cuando se comete un delito en presencia de una o más personas

⁶⁹ Ecuador, Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 180* (Quito, 10 de febrero, 2014).

estamos frente a un delito flagrante propio y cuando es descubierto inmediatamente después de su supuesta comisión estamos frente a un delito flagrante impropio o cuasiflagrante.⁷⁰

Resulta preciso aclarar que, en los delitos de tenencia por parte de los consumidores, los mismos son aprehendidos, una vez que se ejecuta la trasmisión, corretaje, transferencia o cualquier otro verbo rector similar, esto es, en el momento que el individuo se encuentra con la sustancia destinada para el consumo; en ningún momento se podría invocar que se trata de un delito flagrante sino de una cuasiflagrancia. En consecuencia y considerando los pasos del itercriminis, la persona que distribuyó la droga a cambio de dinero es quien consumió y agotó el delito de tráfico, por lo tanto, carece de toda lógica alegar un delito para el consumidor pues únicamente está satisfaciendo su adicción.

A continuación, se enunciarán varios ejemplos prácticos para aclarar la diferencia entre flagrancia y cuasi flagrancia en este tipo de delitos, A vende a B cierta cantidad de droga, si en el momento específico de la venta se le aprehende a A con drogas individualizadas para el corretaje aparte de la que ya transfirió a B y con el dinero, nos encontramos frente a un delito flagrante, además de esto B debe aportar que la droga le fue entregada por A. Entonces se encontrarían reunidos los elementos de un delito flagrante en contra de A por tráfico y B debería ser absuelto por tratarse de un consumidor, al existir unidad de tiempo y de sujetos.

Ahora bien, un ejemplo de delito cuasiflagrante sería el siguiente: A vende drogas a B, este se retira con la sustancia, posterior a esto dentro de las 24 horas, A es detenido con la droga individualizada para transferir y el dinero que entregó B; de igual manera B, C, D y subsiguientes aportan con elementos que indican que la droga entregada fue por parte de A a cambio de dinero y esto se verifica porque no existe unidad de tiempo, sino

⁷⁰ El tema de la flagrancia ha sido tratado en la doctrina por varios autores, sin embargo, debemos establecer que la cuasiflagrancia recibe, al igual que la flagrancia, un tratamiento de excepción en la ley, las condiciones en que opera, están de igual modo, limitativamente establecida en la propia norma. Ambas, flagrancia y cuasiflagrancia, -esta última como un grado que es de aquella-tienen diferencias solo conceptuales, pues es idéntico el tratamiento legal que reciben según veremos a continuación... a) que el inculpado sea señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito; b) que se encuentren en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; que haga aparecer huellas o indicios que hagan presumir fundamentadamente su participación en el delito.

Julio A. Hernández Barros, *Aprehensión, detención y flagrancia*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer. 2013).

inmediatez en la presunta comisión. Por lo tanto, en este caso B, C, D y subsiguientes deberían ser absueltos y A condenado.

Por lo tanto, lo que sucede en los casos de drogas es lo siguiente: A vende drogas a B, C, D, E, F... la Policía Nacional persigue a B, C, D, E, F... los aprehende con la droga destinada al consumo y es con el parte policial que se inicia un proceso penal en contra de B, C, D, E, F... y permiten que A continúe haciendo lo mismo con AA, BB, CC, DD..; como puede verse no existe un orden lógico en el procedimiento flagrante, lo que es permitido por el fiscal de turno.

Conforme a los criterios que se han manejado, puede decirse que:

Tiene su justificación en la necesidad de persecución del hecho delictivo, pero también en el equilibrio de los intereses en conflicto, aunque existen otros valores recurrentes que se han de medir, y todos ellos son los que se han de tener en cuenta para justificar la injerencia no controlada <<ex ante>> por el Órgano Judicial. Junto al equilibrio de esos valores, la flagrancia debe ser siempre interpretada de forma restrictiva.⁷¹

2.1. Registros personales en los delitos flagrantes de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas

Es importante analizar las diligencias que realiza la policía, en este tipo penal en torno a los delitos flagrantes, para tal efecto recurrimos al criterio de Luis A. Schiappa Pietra y Víctor Moloeznik, quienes consideran lo siguiente:

Existe toda una serie de actividades que cotidianamente realiza la policía cuyo objetivo es registrar actos y procedimientos de investigación penal... Con esto queremos decir que la tarea de registración de la intervención policial no está marcada por las dificultades de las investigaciones de las que se trata, la complejidad de las causas, etcétera. Aquí queríamos poner de resalto que la tarea que venimos describiendo se refiere a hechos simples desde lo probatorio y grosero desde la forma de su comisión.⁷²

⁷¹ Teresa Molina, *La entrada y registro practicado por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en el domicilio particular*, (Madrid: Editorial San Lorenzo de Escorial, Real Centro Universitario Escorial – María Cristina, 2004), 141.

⁷²Ibíd., 274 y 275.

De acuerdo al criterio de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-822-2005 sobre este tema, a efectos de determinar si el registro personal que realiza la Policía es legítimo y respetuoso de los derechos fundamentales de las personas, debemos tomar en cuenta la siguiente definición.

El registro personal es un acto policial dentro de un programa metodológico que procede, cuando de los medios cognoscitivos pueden inferirse razonablemente que alguna persona relacionada con un hecho delictivo está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física. El registro personal se diferencia de la inspección corporal en cuanto a esta se reduce a una inspección de la superficie del cuerpo que puede implicar la exploración superficial del área genital y los senos, pero no puede abordar los orificios naturales. El objeto del registro personal es la relevancia del elemento probatorio de la evidencia que se puede encontrar, y dicha evidencia debe ser necesaria que sirva para esclarecer y sancionar el delito, por eso el funcionario policial debe establecer la trascendencia de la evidencia que se espera encontrar en un procedimiento de esta naturaleza.

En estricto sentido, el registro personal es un procedimiento policial que de acuerdo a la formación y experiencia de los policías consiste en realizar una marcación discriminatoria de las personas como delincuentes, sin embargo, debemos tener presente que este criterio resulta riesgoso y sumamente peligroso, porque no cuenta con un aval técnico que respalde dichas actuaciones, considerando que la única razón por la que el agente de policía debe realizar el registro es únicamente cuando cuente con razones fundamentadas de que una persona específica tenga en su poder el elemento del delito y en el caso de tráfico de drogas se encuentren involucradas dos o más personas, sin perjuicio de que una de ellas tenga el elemento.⁷³

Para que el registro personal en este tipo de delitos sea realizado correctamente y de este modo garantizar el debido proceso, deben encontrarse reunidos los siguientes elementos:

⁷³ En este sentido, las actuaciones de la Policía deben estar orientadas por los parámetros del Art. 163 de la Constitución que manifiesta, “La Policía Nacional es una institución estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, disciplinada, profesional y altamente especializada, cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público, y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional. *Los miembros de la Policía Nacional tendrán una formación basada en derechos humanos, investigación especializada, prevención, control y prevención del delito y utilización de medios de disuasión y conciliación como alternativas al uso de la fuerza...*” (énfasis añadido).

- a. A todos los ciudadanos nos es inherente el derecho de libre circulación o libre tránsito, el cual forma parte de los derechos humanos⁷⁴, y se encuentra reconocido en nuestra Constitución en el Art. 66 numeral 14, cuando establece, “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional”, por este motivo antes de obstruir la libre circulación, necesariamente deben concurrir elementos suficientes que permitan inferir que la persona tiene en su poder la droga, debe corroborarse con la presentación de una denuncia, al igual que con acciones tendientes a demostrar que la persona está realizando la entrega de la droga y recibiendo dinero a cambio. El nerviosismo no es una actitud sospechosa, que permita catalogar a un sujeto como presunto delincuente, pues los seres humanos tenemos diferente capacidad de reacción para afrontar situaciones difíciles.
- b. Posteriormente el policía debe realizar una entrevista previa, acerca de los actos que observó y la razón por la que se están realizando, por ejemplo, preguntar acerca de las sustancias que se extraían del bolso, el mecanismo a través del cual se realiza la entrega a uno o varios individuos y como la contraprestación correspondiente; de esta manera, el presunto sospechoso puede dar respuesta a las inquietudes del agente.
- c. Deben atenderse preceptos como: idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, porque el registro personal conlleva diferentes niveles de afectación de derechos fundamentales, por lo tanto, tiene que prestarse especial atención al alcance de la diligencia, prendas de vestir, efectos personales, inspección de partes del cuerpo frente a las que no existe mayor expectativa de intimidad, si la evidencia es importante para el esclarecimiento y la sanción del delito.
- d. El consentimiento previo de la persona a ser registrada, a quien se le requerirá que extraiga todo lo que tenga en sus prendas o demás partes del cuerpo,

⁷⁴ La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 13 dispone: “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”; La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), señala: “Artículo VIII.- Derecho de residencia y tránsito. Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 12 reconoce: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia”

advirtiéndole que esta colaboración será considerada como circunstancia atenuante. Cabe mencionar que la persona afectada, deberá ser capaz y mayor de edad, pues en el supuesto que se trate de un menor de edad, necesariamente deberá estar acompañado de un tutor o curador.

2.2. Legalidad de la investigación penal en delitos flagrantes

En los casos flagrantes la policía realiza investigaciones por cuenta propia, violentando algunas garantías del debido proceso, es así que, al tener conocimiento sobre la existencia de un posible delito de tenencia de sustancias estupefacientes, acude hasta el lugar en el que presuntamente se está cometiendo el delito, realizan seguimientos, vigilancias y filmaciones sin la dirección del ente persecutor y sin la correspondiente autorización judicial, invadiendo el derecho a la intimidad.⁷⁵

En relación a este derecho debemos citar el criterio de la Corte Interamericana en el caso *Escher y Otros vs. Brasil*, de 06 de julio del año 2009, serie C n.200, párrafo 2. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, en el que refiere lo siguiente:

...Al lado de la vida, la integridad, la libertad, entre otros bienes de entidad mayor, se halla el extenso ámbito de la intimidad, región de la existencia que el orden jurídico de los derechos humanos tanto el interno, desenvuelto en la perspectiva constitucional, como el internacional, depositado en el derecho internacional de los derechos humanos, pone a cubierto de injerencias indebidas. Se trata de un espacio que sólo gobierna el individuo, en el que éste asegura o confía su desenvolvimiento, labra su destino, cultiva sus libertades. Constituye una zona reservada, personalísima, solo transitable para su titular, que la preserva y gobierna, se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias *por parte de terceros o de la autoridad pública* (...). [Énfasis añadido]

En principio ninguna persona puede ser fotografiada o filmada a escondidas por otra, salvo que exista el consentimiento del titular de este derecho, sin embargo, la única razón por la que podría verse limitado este derecho es durante la investigación de un delito penal, siempre y cuando sea realizada con la correspondiente orden judicial, puesto que

⁷⁵ Art. 66 de la Constitución de la República vigente desde el 20 de octubre de 2008, señala en su parte pertinente “**Se, reconoce y garantizará a las personas: ... numeral 20. El derecho a la intimidad personal y familiar**”..... Convención Americana de Derechos Humanos en lo que respecta a la privación de la libertad personal en el numeral 2 del Art. 7; Así el “Principio 12, de la Asamblea General de la ONU, Resolución No. 43/173, de 09 de septiembre de 1988.

el COIP faculta al fiscal realizar varias diligencias investigativas, entre ellas, disponer a la policía que realice entrevistas, vigilancias, manejo de fuentes y otros, que pueden ser registradas mediante grabaciones magnetofónicas o de video pero bajo la advertencia de que “Siempre que se limiten los derechos de alguna persona se requerirá autorización de la o el juzgador.”⁷⁶

Efectuados los actos investigativos y con la presunta evidencia del delito de tráfico de drogas, la Policía acude hasta el fiscal de turno de la Unidad de Flagrancia, con el objeto de mostrar las grabaciones que fueron obtenidas al margen de la ley, para acto seguido a través del parte informativo poner en conocimiento el presunto delito, omitiendo mencionar las grabaciones y precisando todas las características físicas del presunto infractor y finalmente solicitar a este, quien a su vez en calidad de acto urgente⁷⁷, requiere al juez de garantías penales una orden de allanamiento del domicilio.

En el supuesto de encontrar drogas se inicia la instrucción fiscal como delito flagrante, caso contrario, ese acto urgente no cumple con su objetivo, quedando registrado mediante un parte informativo, sin embargo, es importante mencionar que esta práctica resulta por demás peligrosa, pues se transgreden los derechos de las personas a vista y paciencia del órgano persecutor, el mismo que no adopta ningún mecanismo para corregir tales actuaciones. Esta es una práctica que adolece de vicios por consiguiente debería ser declarada nula.

Por otra parte, los problemas se producen básicamente por la falta de preparación y la costumbre de los procedimientos policiales en la investigación penal de drogas como delito flagrante, estas opiniones quedan confirmadas cuando:

... la policialización de la investigación criminal ha sido un derivado del modelo inquisitorial en donde, tanto fiscales como jueces de instrucción, operan con una *concepción institucional marcadamente formalista y conservadora* de un conjunto de prácticas y ritos tradicionales y profundamente anacrónicos con

⁷⁶ Ecuador, Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 180* (Quito, 10 de febrero, 2014). **Art. 444.**- Atribuciones de la o el fiscal.- Son atribuciones de la o el fiscal, las siguientes:... Numeral 4. Disponer al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o al personal competente en materia de tránsito, la práctica de diligencias tendientes al esclarecimiento del hecho, salvo la recepción de la versión del sospechoso; penúltimo inciso, Siempre que se limiten los derechos de alguna persona se requerirá autorización de la o el juzgador.

⁷⁷ *Ibid.* **Art. 583.**- Actuaciones fiscales urgentes. - En los casos de ejercicio público o privado de la acción en que se requiere obtener, conservar, preservar evidencias o impedir la consumación de un delito, la o el fiscal podrá realizar actos urgentes y cuando se requiera autorización judicial se solicitará y otorgará por cualquier medio idóneo como fax, correo electrónico, llamada telefónica, entre otros, de la cual se dejará constancia en el expediente fiscal.

relación a algunos caminos en el diseño procesal llevados a cabo en la mayoría de las jurisdicciones del país... Como consecuencia de estas deficiencias en la etapa de la investigación preliminar, gran parte de las actividades propias de ésta... ha sido entera o parcialmente delegada por los jueces de instrucción y/o por fiscales a las propias instituciones policiales, dando forma a una suerte de *policialización de las labores investigativas durante la instrucción*.⁷⁸

2.3. Pautas para determinar delitos flagrantes de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización.

Con el procedimiento policial, se presume que inicia la investigación penal, lastimosamente su desarrollo se ve condicionado por el parte de aprehensión que cumple un papel protagónico, al fijar la línea de investigación a la que se ceñirán todas las diligencias, lo cual se pone en evidencia en la Unidad de Delitos Flagrantes en donde existe una oficina de antinarcoóticos que se encarga de solicitar todas las diligencias previas a la petición del fiscal de turno para formular cargos, en definitiva, Fiscalía con su personal de apoyo viene a convertirse en un tipo de secretarios de la unidad antinarcoóticos, viéndose condicionado a demostrar lo que ellos consideran.

Como puede verse, este procedimiento se lo ha realizado tanto con el Código de Procedimiento Penal como con el COIP, pues lo único que ha cambiado es la sede, porque anteriormente la Fiscalía se encontraba ubicada en las oficinas de antinarcoóticos, situación que inclusive fue conocida a nivel internacional, tal como lo afirma Zaffaroni

Resulta especialmente relevante el caso de la República del Ecuador, donde los fiscales no sólo toman declaraciones al imputado en sede policial, sino que los fiscales antinarcoóticos tienen sus despachos en dependencias de la Policía Antinarcoóticos y es esa misma dependencia policial quien elabora los informes.⁷⁹

Para confirmar lo manifestado en párrafos anteriores existe la disposición de la Fiscalía Provincial de Pichincha para los casos de delito flagrante por tráfico de drogas, por la cual el agente aprehensor antes de elaborar el parte policial debe tomar contacto con el Fiscal de turno para la entrega de los oficios de las diligencias de rigor que se

⁷⁸ Luis A. SchiappaPietra y Víctor Moloeznik, "Revista de Derecho Penal. Garantías constitucionales y nulidades procesales - II" en *El legajo de investigación policial en un sistema acusatorio*, Edgardo Alberto Donna, director, (Buenos Aires: editorial Rubinzal Culzoni, año), 270 y 271.

⁷⁹ Jorge Vicente Paladines, *La (des)proporcionalidad de la ley y la justicia antidrogas en Ecuador*, Cuadernos Defensoriales 1, (Quito: Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, Defensoría Pública del Ecuador, 2012), 32.

realizaran y así calificar la flagrancia y legalidad de la aprehensión, como son: a) Oficio para la entrega-recepción de todas las evidencias, es decir, enumera taxativamente los objetos con los que fue aprehendido el sospechoso y con el cual se efectúa el pesaje de la droga (peso bruto y peso neto), b) solicitud para la realización de la pericia química, c) avalúo y reconocimiento de evidencias, cuando existen evidencias diferentes a la droga como son: dinero, celulares, pipas, etc., d) versión de los agentes aprehensores que se resume en la transcripción del mismo relato que fue elaborado para el parte policial.

En la esfera de investigación para este tipo de delitos podemos evidenciar un retroceso en el poder estatal, regresando a lo que se denomina poder de policía.

En el Estado de policía se hablaba de un “*poder de policía*,” que era un poder estatal jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que el soberano creyera conveniente; al pasarse al Estado de Derecho la noción fue limitada en cuanto al empleo ilimitado de la coacción, pero de todos modos se mantiene como instrumento jurídico no fundado conceptualmente y que frecuentemente desemboca en abusos.⁸⁰

2.4. Procedimientos policiales realizados en la investigación previa en la Fiscalía especializadas en delitos contra la delincuencia organizada.

La Fiscalía General del Estado, inicia la investigación de un delito, con el conocimiento de la noticia criminis o NDD, que llega a través de distintas fuentes tales como: 1) Denuncia formal sea verbal o escrita, presentada por el ofendido o la víctima, en este caso son presentadas por los directores de las unidades educativas; 2) Oficios por delegación, sean estos, memos o informes de instituciones públicas o privadas; 3) Partes policiales elaborados y suscritos por los agentes de las distintas unidades policiales quienes llegan a tener conocimiento a través de presuntas denuncias anónimas.⁸¹

En el caso de consumo en los planteles educativos, se puede verificar las dos clases de tenencia, *la típica*, en la cual las personas tienen como finalidad inducir al consumo y posteriormente desarrollar una actividad comercial (tráfico); y *la tenencia atípica para el*

⁸⁰ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, (Buenos Aires: Editorial Fundación de Derechos Administrativos, 2013), 43.

⁸¹ Información obtenida en el Servicio de Atención Integral de la Fiscalía de Pichincha - SAI.

consumo, que se traduce en el consumo compartido, en donde los adolescentes tienen cantidades consideradas como excesivas, llegando incluso a procesarlos.⁸²

Las investigaciones en las instituciones educativas se realizan bajo la supervisión y control de la DINAPEN, organismo especializado en la protección de los menores, investigación que consiste en requisas en los planteles educativos, logrando encontrar a los estudiantes con mínimas cantidades de sustancias ilícitas, en estos casos se impone medidas socioeducativas y el círculo vicioso continúa, sin lograr desarticular estas organizaciones.⁸³

Precisamente por este microtráfico dentro y fuera de los planteles y por las denuncias de menores usando las sustancias, el Ministerio del Interior e instituciones como el Ministerio de Educación ejecutan la campaña ‘Revolución Preventiva contra las drogas’... Los estudiantes que dijeron consumir drogas, al ser consultados sobre dónde y cómo consiguen el alcaloide, el 18,3% señaló que le proporcionan ‘amigos’; el 18% dijo tener un proveedor; el 16,1% en la calle o alrededores de los colegios y el 7,4% al interior de su institución educativa.⁸⁴

Otra de las formas de conocer la NDD es el parte policial elaborado por la Policía Antinarcóticos, quienes llegan a tener conocimiento del ilícito por medio de denuncias anónimas o informantes,⁸⁵ a estos últimos la doctrina los define como “...cualquier persona, no agente de la autoridad, que suministra información sobre actividades delictivas, ello puede ser ocasionalmente o en forma constante”⁸⁶; que generalmente son los integrantes de organizaciones delictivas. Este término ha sido manejado desde dos perspectivas: a) *La subjetiva*, se refiere a la persona cuyos datos son reservados, mantienen cercanía o amistad con los agentes policiales, generalmente son delincuentes de otras organizaciones que reciben algo a cambio; y, b) *La objetiva*, conocida como la

⁸² Se puede ampliar la información en el diario el comercio, sección noticias, “El microtráfico de drogas en los colegios”, sábado 20 de agosto del 2016.

⁸³ Información proporcionada por la Dra. Patricia Bastidas, Fiscal Especializada de la Unidad de Adolescentes Infractores de Pichincha.

⁸⁴ Diario El Telégrafo, sección Jueves, 31 Julio 2014 00:00 Sociedad, Tema de la noticia “El consumo de drogas en colegios, un asunto ‘multicausal y complejo’

⁸⁵ Tnte. Santiago Nieto, agente de antinarcóticos, (UIPA), quien manifestó que la información generada por el informante en más del 90% de los casos es verídica, motivo por el cual se le presta gran credibilidad, el informante casi nunca se equivoca, ya que vive en el medio y conoce muy bien a la persona u organización sobre la cual está delatando.

⁸⁶ Mario Daniel Montoya, *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*, (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2001), 200. En relación a las características y aspectos negativos de la figura jurídica del informante, véase también en Guía para la conducta y el comportamiento de la policía, basado en el *Código de Conducta de las Naciones Unidas para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, Art. 4, (Ciudad, fecha), 3.

técnica que utilizan los agentes policiales para usar la información a ellos proporcionada, respecto de delitos cometidos e investigados.

Sin embargo, reciben protección por parte de la Policía Nacional a cambio de información, esta situación ha dado paso a la impunidad de delitos cometidos por estas personas. A pesar de que esta figura se encuentra contemplada en el artículo 495 del Código Orgánico Integral Penal, como una técnica especial de investigación⁸⁷, no ha sido manejada de forma adecuada, no obstante, de existir doctrina al respecto, convirtiéndose en una información sesgada y parcializada a los intereses del informante, incurriendo en un segundo error gravísimo.

En igual sentido, el Ministerio del Interior ha creado como política la persecución del denominado microtráfico, ocasionando obtener resultados inclusive de manera forzada, procesando a los consumidores.⁸⁸

2.5. Tratamiento de los partes policiales antinarcóticos en la investigación penal.

2.5.1. Partes policiales de alimentación en la Fiscalía Especializadas en Delitos contra la Delincuencia Organizada.

Una vez que la policía antinarcóticos maneja una teoría del caso inicial, entregan al fiscal un nuevo parte con datos adicionales de los sospechosos y realiza las primeras solicitudes, con el propósito de que Fiscalía requiera al juez la autorización de seguimientos y vigilancias,⁸⁹ diligencias que ya fueron realizadas, incluso antes de que la Fiscalía tuviera conocimiento de la NDD.

La policía por medio de la unidad investigativa conoce con anterioridad los datos personales de los sospechosos, esta información es obtenida de diferentes medios como: el informante, la interceptación en las calles, registros e interrogatorios a los sospechosos,

⁸⁷ Ecuador, Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 180*, (Quito: 10 de febrero, 2014), 80.

⁸⁸ Información proporcionada por el Capitán de Policía Jorge Andrade Espinoza, Jefe de los Grupos Operativos del Sector Norte de la Jefatura Provincial Antinarcóticos de Quito.

⁸⁹ Ecuador, Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 180* (Quito, 10 de febrero, 2014), 70. **Art. 449.- Atribuciones.-** Son atribuciones del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses:.. 3. Realizar las primeras diligencias investigativas, tales como: entrevistas, vigilancias, manejo de fuentes y otros, las que serán registradas mediante grabación magnetofónica o de video.

de los cuales obtienen los siguientes datos: nombre, cédula, profesión u ocupación, domicilio, edad, entre otros; sin contar con el direccionamiento del fiscal.⁹⁰ Paralelamente dentro de la investigación penal se presentan partes informativos o de alimentación, en los que los investigados están identificados sin embargo solamente proporcionan los alias con el fin de no notificar a los sospechosos, para que no se evidencie la violación del debido proceso y así limitar el derecho a la defensa.⁹¹

En los subsiguientes partes de alimentación se solicitan ciertas diligencias como: reportes telefónicos, datos biográficos de los abonados e interceptación de llamadas, de los teléfonos que fueron utilizados por los sospechosos, datos que se obtuvieron de los presuntos controles policiales de rutina consiguiendo el número telefónico e IMEI y así también conocer los chips que han sido utilizados en los teléfonos referidos y de ser pertinente requerir nuevas interceptaciones; en los partes policiales que constan en el expediente, solamente se hace conocer la solicitud sin determinar la fuente de la información y el fundamento del requerimiento.

2.5.2. Parte policial integral en la Fiscalía Especializadas en Delitos contra la Delincuencia Organizada.

Previo a iniciar la formulación de cargos la Policía entrega al fiscal un parte policial con un sin número de anexos, en el que se registran todos los trabajos realizados y al que se le ha denominado parte integral, previo a esto se incorpora en el expediente un parte requiriendo al Fiscal que a su vez solicite del Juez de Garantías Penales la orden de allanamiento e incautación, para lo cual Fiscalía transcribe lo reseñado en el parte y cita el artículo 480 del COIP. Con este antecedente el Juez sin exigir ningún otro elemento confiere la orden, evidenciándose una vez más la violación al debido proceso contemplada en el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución, que hace referencia a la motivación de los poderes públicos.⁹²

⁹⁰ Información proporcionada por el Capitán de Policía Jorge Andrade Espinoza, oficial operativo antinarcóticos de Pichincha.

⁹¹ Información proporcionada por el Ab. Henry Benalcázar, Secretario de Fiscales de la Fiscalía Especializada en Delincuencia Organizada, Transnacional e Internacional No.1.

⁹² Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Posteriormente se realiza el operativo y una vez que los presuntos sospechosos se encuentran detenidos, los agentes antinarcóticos presentan el parte policial integral que contiene un sin número de fotografías de los presuntos sospechosos, datos personales y sinopsis de los seguimientos realizados durante varios días; así mismo se hace referencia a lo que ellos denominan el cruce de manos, se puede observar que en la vía pública se encuentran varias personas y en ocasiones únicamente las fotografías obtenidas del sistema SIPNE, mencionando la perpetración del delito de tráfico. Con este parte y si durante el operativo fue posible encontrar sustancias estupefacientes y psicotrópicas se contaría con un delito para que Fiscalía inicie la imputación de todas las personas que se detuvieron, incluso de aquellos que son compradores.

En el peor de los escenarios cuando se encuentran pequeñas cantidades de droga, se busca cuál es la persona idónea para procesar, pues a sabiendas que en el domicilio se encuentran varios sujetos e incluso todas afirman ser consumidoras, los agentes sugieren al Fiscal a quien se debe detener e iniciar la instrucción fiscal, en ocasiones induciendo a una de las personas para que acepte la responsabilidad y a futuro se someta a un procedimiento abreviado y así la Jefatura Provincial Antinarcóticos justifique su trabajo, sacrificando los derechos de las personas.

Del análisis realizado se concluye que la Policía tiene el control absoluto de la investigación lo que es contrario a lo que establece el Art. 442 del COIP, pues es la Fiscalía la encargada de dirigir la investigación, por esta razón podemos afirmar es determinante el valor del parte policial en la investigación. En esta virtud se puede concluir que la misma Policía que custodia a los detenidos por narcotráfico y quienes participaron en la aprehensión son los que interrogan e investigan, y los que finalmente redactan los informes.

2.6. Naturaleza jurídica del parte policial antinarcóticos.

Es necesario manifestar que la Policía Nacional no cuenta con un concepto claro del parte policial, limitándose únicamente a describir en qué casos se deben elaborar los mismos.⁹³ Por lo tanto hay que establecer la diferencia entre el valor y naturaleza jurídica

⁹³ Entre las distintas funciones que cumple el parte policial se encuentran las siguientes: a) obtener información suficiente acerca de los lugares en que más se delinque y que tipos de delitos; b) verificar los resultados que se cumplen por los planes que realizan la policía nacional; c) informar sobre el avance de cierto procesos (cursos policiales, patrullajes, etc.); d) informar sobre las labores que diariamente realizan

del parte policial dentro del proceso, partiendo de que el parte policial es un documento oficial, mediante el cual el servidor policial informa a sus superiores sobre las acciones que realizan en sus labores cotidianas, así como los posibles problemas y respectivas soluciones.

En otras legislaciones a los partes policiales se los conoce como atestado policial, que, según el significado del diccionario de la Real Academia, es un instrumento oficial en el que una autoridad o sus delegados hacen constar como cierta alguna cosa. “Es frecuente identificar el atestado con “diligencias”, ya que el atestado está compuesto de distintas diligencias que describen las diversas actuaciones, con unidad temporal y coherencia en su contenido, que lleva a cabo la Policía Judicial en orden a la investigación y esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos.”⁹⁴

De lo anterior se desprende que la naturaleza jurídica del parte policial según la función que cumple es un documento, instrumento o elemento referencial meramente administrativo de carácter informativo, el cual contiene información destinada a varios fines, entre ellos dar a conocer las circunstancias de las diligencias que cumple la Policía. En estricto sentido sobre el parte policial de aprehensión, podemos decir que “Debido a ese carácter previo al proceso penal, es de *naturaleza administrativa*; pero como todo atestado policial tiene la vocación de servir a un procedimiento y posteriormente ser integrado en él.”⁹⁵ (Énfasis añadido)

Por lo tanto, la función de este instrumento no es determinante, pues

El atestado constituye, normalmente, la fase preliminar del procedimiento penal, teniendo el valor procesal de denuncia y no dan fe pública, es decir, no son decisorios por sí mismos, lo contenido en los mismos puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario y, en todo caso, la decisión definitiva corresponde al Juez o Tribunal.⁹⁶

los policías; e) como instrumento de control a los servidores policiales; incluso parte se considera saludar y rendir honores a los oficiales de mayor antigüedad, entre otras. Reglamento de Instrucción Policial Aprobado 2014 - Dirección de Nacional de Educación de la Policía Nacional del Ecuador. Art. 24.

⁹⁴ Beatriz de Vicente de Castro, *Intervención Policial ante los Tribunales. El Atestado Policial*, Apuntes de Criminología, (Madrid: edición Dirección General de Policía, año), 3.

⁹⁵ de Vicente de Castro, *Intervención Policial ante los Tribunales. El Atestado Policial*, 6.

⁹⁶ Cuerpo de seguridad de España, “El atestado. concepto, naturaleza y valor procesal. requisitos de fondo y forma. actuaciones sumariales. inspección ocular. cuerpo del delito. identificación del delincuente. declaraciones de los procesados y de los testigos”:

Esto demuestra con mayor claridad que el parte policial de aprehensión es un documento de carácter administrativo, mediante el cual el servidor policial que realizó la aprehensión por delito flagrante pone en conocimiento del fiscal lo que observó, pues las diligencias efectuadas no tienen ningún valor como elemento de convicción en el proceso penal.

Además, cuando se realiza una aprehensión el COIP no ordena que se elabore un parte policial, únicamente indica que “deberán aprehender a quienes sorprendan en delito flagrante e informarles los motivos de su aprehensión,” así mismo dispone que se debe resolver la situación jurídica en el término de 24 horas,⁹⁷ sin establecer cuál es el mecanismo para ello.

La justificación para la elaboración del parte policial y su incorporación al proceso nace del Reglamento de la Policía Judicial que en el numeral 5 del artículo 8, manifiesta “Proceder a la aprehensión de las personas sorprendidas en delito flagrante y ponerlas dentro de las veinticuatro horas a órdenes del Juez competente, junto con el parte informativo, del hecho se informará simultáneamente al Fiscal.”⁹⁸

2.6.1. ¿El parte policial antinarcóticos es considerado como un elemento probatorio?

Para abordar este tema es necesario realizar una breve aproximación a la prueba y la actividad probatoria, pues en la práctica judicial el parte policial adquiere un tratamiento especial respecto de los demás indicios, esto obedece a que indirectamente se le atribuye el valor de prueba indiciaria pre - construida.

Para este efecto debemos partir del concepto de prueba que según lo manifestado por algunos autores, “... prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis, o afirmación, o negación precedente.”⁹⁹ De tal modo, que tanto la prueba como la actividad probatoria están direccionadas a la búsqueda de la *verdad*, la cual debe ser construida o descubierta mediante los resultados generados de la experimentación, conjeturas, análisis,

⁹⁷ Artículos 526 y 529 del COIP.

⁹⁸ Ecuador, Reglamento de la Policía Judicial, Decreto Ejecutivo No. 1651, en *Registro Oficial 368*, (Quito, 13 julio, 2001), última modificación: (Quito, 27 noviembre, 2007) Estado: Vigente.

⁹⁹ Cafferata Nores José i. - Montero Jorge - Vélez Víctor m.-Ferrer Carlos f. - Novillo Corvalán Marcelo- Balcarce Fabián - Hairabedián Maximiliano- Frascaroli María Susana - Arocena, Gustavo A, *Manual de Derecho Procesal Penal*, (Córdoba: editorial Universidad Nacional de Córdoba, 2012), 330.

comparaciones y confrontaciones de los elementos que se presentan y que en lo primordial servirán para:

...descubrir o valorar su posible eficacia reconstructiva con relación al hecho del pasado (esto es la prueba). Es decir que, por su naturaleza, la verdad que se persigue en el proceso penal, o sea la verdad sobre la culpabilidad, es una verdad posible de probar y precisamente por eso, el orden jurídico sólo la aceptará como tal cuando resulte efectivamente probada: será la “prueba de lo contrario” exigida por el principio de inocencia. La verdad y su prueba se encuentran íntimamente ligadas al punto que, procesalmente, aquélla no puede prescindir de ésta. La garantía frente a la condena penal es la verdad probada.¹⁰⁰

En consecuencia el fin de la prueba es demostrar un hecho como verdad histórica, mientras que la actividad probatoria es el mecanismo para llegar a dicha verdad, este propósito, no se cumplirá con el simple relato escrito en un documento administrativo incorporado al proceso penal o de una noticia criminis, porque para llegar a ella se debe recorrer un camino, partiendo “De la situación de "duda", ante las "apariencias", el juez, reiteramos debe pasar a la de "certeza", pasando seguramente por momentos de "verosimilitud". Y ahí se halla la prueba.”¹⁰¹

Es así que para la construcción de la prueba y el descubrimiento de la verdad real de los hechos es necesario recorrer un camino al que se lo ha denominado como el iter probatorio que consiste en “...llevar desde el nacimiento de la "sospecha" de la "existencia" de un hecho (esto es, la "apariencia" de "lo indudable") a la "existencia" del hecho; a través de estadios de duda, verosimilitud, convicción subjetiva ("certeza", si se llegare a ella objetivamente)”¹⁰², “que se desarrolla en cuatro momentos denominados proposición, admisión, rendición y valoración.”¹⁰³

Siguiendo esta línea argumentativa podemos decir que en la construcción y producción de la actividad probatoria legítima se debe actuar con objetividad, buscando los elementos de cargo y descargo para confrontar el único argumento que se pone a la vista del juzgador, esto es la culpabilidad del consumidor como traficante, pues en un sistema de valoración tasado de la prueba (sana crítica) se pueden colocar elementos que

¹⁰⁰ Ibid., 93.

¹⁰¹ Victor Fairén Guillén, *Teoría General del Derecho Procesal*, (México DF: editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992), 427.

¹⁰² Ibid., 428.

¹⁰³ Pellegrini, A, *Pruebas ilícitas, en Derecho Penal. Derecho Procesal Penal*, (Buonpadre, J. Coordinador), (Buenos Aires: Abeledo, Perrot, 1997), 308.

van direccionados a esta única verdad, instaurándose una prueba pre construida, que lleva a la verdad planeada y deseada por el agente antinarcóticos.

Es preciso, manifestar que la prueba se construye con el conjunto de indicios, tomando en consideración que “El término indicio deriva del latín *indicium* que significa hacer conocer algo, indicar, en virtud de una relación lógica que se produce conforme a las reglas normales de experiencia entre el hecho indicador y el hecho indicado,”¹⁰⁴ es decir, que no se materializa por ninguno de los medios de prueba sino por la actividad lógica del elemento de convicción, con el que se conoce un hecho y que consecutivamente nos lleva a otro hecho desconocido, esto significa un argumento probatorio que lleva a una conclusión obvia.

Como puede verse el parte policial no constituye ni siquiera un indicio, puesto que en el procedimiento de drogas los indicios vienen a ser las versiones individualizadas de los agentes aprehensores con absoluta independencia entre ellas.

Este acto procesalmente hablando es una herejía, porque debe existir un “Orden legal de los actos procesales. Supone que cada acto tiene "su lugar", "su sitio" en el procedimiento, y no cabe alterar tal orden, que es riguroso”¹⁰⁵. Esto significa que el parte policial tiene su lugar que es poner en conocimiento de la Fiscalía la noticia criminis y no hacer de este un indicio o peor aún un elemento de prueba.

Particularmente en el caso de drogas se recurre a la “prueba indiciaria”, la que no surte el resultado apetecido y necesario para el juez, de asegurarle de la realidad de un hecho desconocido, sino que le sirve de escalón para elevarse por inducción a una "presunción", el método probatorio más complicado”¹⁰⁶, es por ello, que con mayor razón se debe realizar un correcto iter probatorio y actuar de manera objetiva en la obtención de estos indicios.

Lo lamentable es que de este conjunto de indicios se arman las presunciones que llevan al convencimiento del juzgador, llegando a condenar a una persona que a pesar de ser un consumidor es considerado como traficante.

¹⁰⁴ Jorge Eduardo Vázquez Rossi, *Derecho Procesal Penal (La realización penal)*, tomo II, “El Proceso Penal”, (Buenos Aires: editorial Rubinzal - Culzoni Editores, 2004), 336.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 408.

¹⁰⁶ *Ibid.*, 429.

En realidad, no pueden tomarse como sinónimos las palabras presunción e indicios, ya que su significado es diferente. Se observa al respecto que mientras presunción refiere a aspectos relacionados con la carga de la prueba, indicios sí tiene una significación que alude a la adquisición.¹⁰⁷

Por último, debemos manifestar que el valor del parte policial es únicamente informativo o de noticia criminis, lo cuestionable es que se le ha dado el valor de indicios al igual que los demás elementos que se encuentran anexados al mismo, hasta llegar al extremo de constituirse como prueba indiciaria pre construida, la cual limita la valoración que realiza el juzgador, interrumpe la correcta dirección del iter probatorio y oculta la verdad histórica.

2.7. Labor que desempeña el Fiscal durante la investigación del delito de drogas.

En la etapa de Instrucción el Fiscal con el apoyo de varias instituciones y ciencias auxiliares debe llegar al esclarecimiento de los hechos, sin embargo, en los delitos de drogas la Fiscalía realiza una investigación sesgada, pues como elemento de descargo dispone únicamente la práctica de la pericia psicosomática, sin cumplir con los parámetros básicos que debe tener una pericia, conforme a lo establecido en los artículos 498 y 511 del Código Orgánico Integral Penal. En consecuencia, el delito de drogas al contener un espectro amplio de verbos rectores, así como varios tipos de participes como traficantes, simples consumidores hasta adictos perdidos, demanda la práctica de varias pericias pues de los resultados obtenidos se podrán verificar los elementos objetivos del tipo, las condiciones del presunto consumidor y por consiguiente el futuro de una posible extinción de la acción.

2.7.1. Aporte de los informes, pericias y versiones.

El conocimiento del fiscal sobre el tema no es suficiente para determinar si el procesado es consumidor, por esta razón debe tomar en cuenta los elementos del expediente, los de la vida del procesado y su entorno, los mismos que se deben conjugar con otras experticias que en su conjunto le permitirán tener la certeza de que se encuentra frente a un consumidor o traficante, para este efecto debemos señalar que: “La pericia es

¹⁰⁷ Ibid., 428.

el medio de prueba consistente en la obtención o valoración de un elemento de prueba, mediante conocimientos científicos”¹⁰⁸, por otro lado, “el examen pericial constituye una prueba sui generis, cuya apreciación no puede hacerse sino siguiendo ciertos principios que le son inherentes.”¹⁰⁹

Para que una pericia tenga sustento científico - legal y constituya un aporte en la investigación es necesario contar con la intervención de peritos que brinden solución a una determinada cuestión a fin de producir el convencimiento en el ánimo del juez, es así que a criterio de Mittermaier las pericias cumplen con los siguientes objetivos: 1.- Para la averiguación de ciertos hechos que exigen necesariamente conocimientos técnicos; 2.- Cuando haya de decidirse acerca de la naturaleza o de las cualidades de ciertos hechos; 3.- Cuando la base de la sentencia haya de apoyarse en la admisión de un hecho como posible o probable; y, 4.- Cuando de los hechos demostrados se traten de deducir consecuencias... los peritos son totalmente independientes en sus informaciones y su conocimiento ayuda a formar el criterio del juzgador.¹¹⁰

Así mismo, en los delitos relacionados con drogas se encuentran presentes los cuatro criterios para requerir la intervención de los peritos y que son los siguientes: 1.- La *averiguación de hechos*, tiene que ver con las circunstancias en las que fueron aprehendidos (Pericia de inspección ocular técnica); 2.- La *naturaleza o de las cualidades de ciertos hechos*, en lo que concierne al tipo de sustancia, calidad y características específicas de la misma; 3.- En la sentencia para determinar *hechos como posibles o probables*, toda vez que constituyen un aporte para establecer aspectos como: capacidad de consumo y de abstinencia, pasado, entorno social, problemas psicosociales que pueden fijar la frecuencia y forma de consumo, pues no es lo mismo que una persona que no tiene dinero compre uno o dos gramos para su consumo inmediato a una persona que cuenta con los recursos y tiene mayor dependencia al consumo, adquiera mayores cantidades para abastecerse y consumir con más frecuencia; y finalmente y la más importante; 4.- *Deducir consecuencias*, pues lo que se intenta es determinar con exactitud si el procesado

¹⁰⁸ Cafferata Nores José i. - Montero Jorge - Vélez Víctor m.-Ferrer Carlos f. - Novillo Corvalán Marcelo- Balcarce Fabián - Hairabedián Maximiliano- Frascaroli María Susana - Arocena, Gustavo A, *Manual de Derecho Procesal Penal*, (Córdoba: editorial Universidad Nacional De Córdoba, 2012), 363.

¹⁰⁹ Carlos Viada López Puiggerver, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Naturaleza Jurídica de la Pericia*, (Madrid: revista científica DIALNET, año), 47.

¹¹⁰ Carlos Viada López Puiggerver. “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Naturaleza Jurídica de la Pericia”, revista científica DIALNET, Madrid España, pág. 48

debe ser privado de la libertad o sometido a un tratamiento de rehabilitación como enfermo y no como delincuente.

En todos los casos de tenencia de sustancias estupefacientes el fiscal realiza de cajón las siguientes pericias:

2.7.2. Aporte de la pericia química.

Al inicio del proceso penal únicamente se realiza la prueba preliminar homologada (PIPH), cuyo objeto es determinar el tipo de sustancia, por lo que para completar el análisis es indispensable la pericia química, con la cual se establece la pureza y propiedades de la sustancia a fin de que la Fiscalía determine si es excesiva o no para el consumo humano.

En la presente investigación se detectaron deficiencias en el proceso pues, al entrevistar a la perito química Rocío Villa Cují, manifestó que los fiscales únicamente solicitan la pericia química para determinar la pureza de la sustancia y su peso neto; dejando de lado otros aspectos importantes como la capacidad de alteración cognoscitiva y/o cantidad del principio psicoactivo; sobre este particular señaló los siguientes aspectos:

En la marihuana no todas las plantas de *cannabis sativa* tienen la misma capacidad de alteración cognoscitiva. A decir de la perito en algunos casos se ha enviado a analizar toda la planta en la que se limitan únicamente a establecer si es marihuana o no y su peso en gramos; además indicó que en las diferentes estructuras de la planta no tienen las mismas cantidades de THC en su composición, por lo que no llegan al umbral de acción para alterar los sentidos, siendo las hojas la parte más activa. Por lo tanto, el peso neto de la planta no es equivalente a la cantidad del principio psicoactivo, pues solo una pequeña parte de ella es la que causa efecto.

En lo que respecta a las anfetaminas manifestó que “en una pastilla, una pequeña sustancia es el elemento activo, pues está compuesta en mayor cantidad por almidón y lactosa que son las sustancias que le permiten ser consumible”¹¹¹, por lo tanto, al considerar el peso total de la cápsula, se estaría formando un criterio alejado de la realidad

¹¹¹ Entrevista realizada a Rocío Villa Cují, perito bioquímica de Criminalística de Pichincha.

y como resultado sancionando a una persona por componentes distintos al principio activo.

En cuanto al procedimiento en delitos flagrantes por tenencia de cocaína, la sustancia no es pura en su totalidad, pues en ocasiones se mezcla con azúcar en polvo, talco, yeso, veneno de rata, etc., dependiendo si la cocaína es pasta base o clorhidrato. En los casos de cocaína en la determinación de la pureza de la sustancia el peso de la droga siempre ha disminuido considerablemente. Bajo estas circunstancias se ha establecido como práctica la pericia denominada “cuantitativa y cualitativa de la sustancia”, a fin de determinar qué cantidad de la sustancia aprehendida corresponde a droga u otro tipo de sustancia.

En cuanto a las drogas que se encuentran en su estado natural (plantas) y las procesadas, comprimidas (anfetaminas), este tipo de pericias es imprescindible, pues los peritos están en la capacidad de determinar la cantidad de la sustancia que corresponde al principio psicoactivo y sobre esta base la capacidad de alteración cognoscitiva que puede provocar en el individuo.

2.7.3. Aporte del examen psicosomático.

La pericia está direccionada al análisis de dos ámbitos, el primero, *psico* que significa mente y el segundo, *soma* que quiere decir cuerpo, su importancia radica en una evaluación médica y psicológica, para verificar si el individuo tiene problemas de dependencia por la droga que está consumiendo, sin embargo la misma no es del todo objetiva, pues a decir del Dr. Carlos Costales, en la entrevista el examinado por temor, vergüenza o desconfianza, puede falsear, exagerar u ocultar la verdad, generando una conclusión errada.

De este modo con el examen se pretende alcanzar dos resultados, como son: la capacidad de abstinencia y tolerancia, de los cuales se puede deducir si la persona muestra un consumo moderado hasta llegar a la dependencia de la sustancia. Al respecto el perito, Dr. Luis Guaico Pazmiño, médico legista, refirió que el sustento es el análisis del parte policial, acta de verificación y pesaje, valoración médica corporal y finalmente la entrevista al presunto consumidor pues en el evento de existir contradicción puede concluir que no se trata de un consumidor. Por otra parte, debe quedar claro que la Fiscalía no cuenta con suficientes profesionales para este tipo de pericias y todos se manejan

siguiendo el mismo esquema, es decir el análisis de los elementos recabados por la policía y su contraste con la entrevista al peritado.

En el examen físico se examinan los dientes y las manos pues en el caso de los consumidores de cocaína muestran las yemas de los dedos quemadas o hiperqueratósicas, mientras que en los consumidores de marihuana la característica es que presentan una capa de sarro en la parte posterior de los dientes.

Cuando las cantidades son mayores para el consumo, los peritos están en la capacidad de determinar que la sustancia sirve para consumos sucesivos, no obstante, no les está permitido concluir en ese sentido; por esta razón si las partes requieren obtener esta información, pueden solicitar a través de una ampliación, sin embargo, no existen criterios uniformes, pues en un mismo caso con 20 gramos el Dr. Carlos Costales negó que sea posible consumir esa cantidad, mientras que el Dr. Luis Guaico, manifestó lo contrario y que podía hacerlo algunos días, dependiendo de varios aspectos como: peso, edad, tiempo de consumo y si había generado el gen de la adicción.

El perito concluyó que es importante realizar el examen de test multidroga para determinar que se encuentra la presencia de sustancias en la sangre, con el fin de afirmar que se trata de un consumidor, pues de acuerdo a su experiencia ha podido evidenciar que en algunos casos incluso después de haber transcurrido varios días sin consumir se encuentra la presencia de sustancias en la sangre o en la orina.

2.8. Actuaciones de los operadores de justicia.

El artículo 364 de la Constitución de la República¹¹², protege el derecho a la salud, dentro del régimen del buen vivir, estableciendo que a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos se les ofrezca tratamiento y rehabilitación; prohibiendo de esta manera su criminalización. Al momento que el juzgador determina que se encuentra frente a un consumidor, debe recurrir al principio de favorabilidad y aplicar lo dispuesto

¹¹² Constitución de la República del Ecuador. **Art. 364.-** Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.

en el artículo 364 de la Constitución, con mayor razón puesto que el tipo penal del artículo 220 del COIP, es un delito en blanco.

Cuando el Juez llega a tener certeza de los actos que ejecutan los procesados está en la obligación de realizar una correcta valoración de las pruebas a fin de determinar con exactitud si tales actos son propios de traficantes o adictos, así mismo si llega a la conclusión de que la persona procesada tiene abuso de la sustancia, consumo perjudicial o dependencia y de acuerdo al criterio médico se trata de un enfermo, debería aplicar cualquier mecanismo idóneo para el cumplimiento de su tratamiento o rehabilitación y no condenarlo, sin perjuicio de que exista acusación fiscal, en obediencia al *principio iura novit curia*, establecido en el Art. 4 numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El Juzgador por supremacía constitucional se debe aplicar en primer lugar la Constitución¹¹³, seguido de los tratados internacionales los cuales establecen que los adictos no serán responsables penalmente e incluso determina que las personas que consuman, cometan delitos considerados como graves relacionados con el tráfico de drogas y que se encuentran dentro de las legislaciones penales, prioritariamente se deba buscar el tratamiento, educación, rehabilitación y readaptación social del procesado mas no sancionarlos penalmente.¹¹⁴

Así mismo el juzgador en las audiencias al percatarse que el procesado es un posible consumidor y no se realizaron las diligencias pertinentes para determinar esa

¹¹³ Constitución de la República del Ecuador **Art. 424.-** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

¹¹⁴ El Convenio Sobre Sustancias Estupefacientes adoptado en Viena el 21 de febrero de 1971, al cual se adhirió el Ecuador mediante Decreto Supremo 776-C, publicado en el Registro Oficial 345, julio 10 de 1973, y que guarda relación con las convenciones de 1961 y 1988, requirió a los Estados partes el establecimiento de organismos nacionales para una apropiada coordinación transnacional en el asunto, e incorporó el ámbito de la educación, tratamiento y rehabilitación en la materia para lo cual requiere:

a) A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las Partes considerará como delito, si se comete intencionalmente, todo acto contrario a cualquier ley o reglamento que se adopte en cumplimiento de las obligaciones impuestas por este Convenio y dispondrá lo necesario para que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.

b) No obstante, cuando las personas que hagan uso de sustancias sicotrópicas hayan cometido esos delitos, las Partes podrán, en vez de declararlos culpables o de sancionarlos penalmente, o además de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, pos tratamiento, rehabilitación y readaptación social, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 20.

condición, se debe declarar la nulidad del proceso para practicar las diligencias y no provocar indefensión, pues “el juez penal no es garante del cumplimiento de la norma sino de la justicia.”¹¹⁵

2.9. Criterios sobre la creación de umbrales para penalizar la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas según el Ministerio de Salud Pública.

Con la promulgación del COIP, la intención fue sancionar al delincuente relacionado con las drogas, apoyándose en los estudios del CONSEP del año 2013, con este propósito requirieron al Ministerio de Salud Pública realicen los estudios técnicos propios del área médica para poder determinar porcentajes promedios para el consumo diario de una persona dependiente de la droga y de este modo cumplir con la finalidad que perseguía la Asamblea Constituyente que incorporó el artículo 364 de la Constitución.¹¹⁶

El Ministerio de Salud Pública desarrolló un informe en el cual realiza un análisis pormenorizado de los efectos y el nivel de adicción de las sustancias lícitas e ilícitas, determinando que el método adecuado para catalogar a los consumidores es el de los umbrales, enfatizando que son indicativos y no determinantes; criterios que fueron utilizados para la creación de la tabla vigente en el 2014.

1.- Este criterio para establecer los umbrales es únicamente orientativo. El informe parte de un listado de drogas según el porcentaje de adicción y utiliza dos parámetros: a) la facilidad con la que la gente se vuelve adicta y b) lo que cuesta dejarla; sobre este aspecto se puede concluir que las drogas lícitas causan igual o mayor adicción que las drogas ilícitas, demostrando que no se cumple con el principio de

¹¹⁵ Ramiro Ávila Santamaría, *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?*, en Foro: Revista de Derecho No. 8, Universidad Andina Simón Bolívar, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2007), 49-70.

¹¹⁶ En *Registro Oficial No. 19, segundo suplemento* (Quito, 20 de junio, 2013), ...Hacer cumplir la ley debe ir junto a una propuesta de creación, construcción y continuidad de esta nueva visión del fenómeno de las drogas, la cual debe ser elaborada desde la comunidad en donde los usos de drogas no sean concebidos como un mal, una enfermedad, delito, pecado o aberración, sino que se articulen las acciones desde la concepción del fenómeno de las drogas como un problema de salud pública. Desde estas perspectivas, el CONSEP resolvió acoger el análisis técnico de toxicidad, estudios psicológicos, biológicos y otros más sobre la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para el consumo personal elaborado por el Ministerio de Salud, así como la propuesta de cantidades máximas admisibles de tenencia para el consumo personal planteadas por la Ministra de Salud, en la que se recomiendan las siguientes cantidades como máximas admisibles para la tenencia....

necesidad para que la tenencia para el consumo sea contemplada como un delito; a continuación, se detalla la tabla del MSP.

Tabla 2

Criterio técnico del Ministerio de Salud Pública

| No. | Droga | Potencial de Adicción |
|------------|-----------------------------|------------------------------|
| 1 | Nicotina | 100/100 |
| 2 | Metanfetamina fumada | 98.53/100 |
| 3 | Crack | 97.66/100 |
| 4 | Metanfetamina inyectada | 94.09/100 |
| 5 | Valium (Diazepam) | 85.68/100 |
| 6 | Metacualona | 83.38/100 |
| 7 | Secobarbital | 82.11/100 |
| 8 | Alcohol | 81.85/100 |
| 9 | Heroína | 81.80/100 |
| 10 | Anfetamina vía oral (crack) | 81.09/100 |
| 11 | Cocaína | 73.13/100 |
| 12 | Cafeína | 72.01/100 |
| 13 | PCP (fenciclidina) | 55.69/100 |
| 14 | Marihuana | 21.16/100 |
| 15 | Éxtasis | 20.14/100 |
| 16 | Setas alucinógenas | 17.13/100 |
| 17 | LSD | 16.72/100 |
| 18 | Mescalina | 16.72/100 |

Fuente: Ministerio de Salud Pública, 2014

2.- Posteriormente en el informe se realiza una tabla de comparación de los umbrales que se aplican en otros países y su tratamiento según las legislaciones respectivas. De acuerdo a dicha tabla el MSP intenta orientar al CONSEP para que tome en cuenta esta orientación y las posibles medidas que se podrían aplicar. A continuación, se transcribe la tabla de comparación de umbrales.

Tabla 3

Criterio técnico de consumo personal por países

| País | CU (peso total) para consumo personal definidas por leyes, decretos ministeriales o directrices para fiscales /imposición de penas | Práctica |
|---------------------|--|---|
| Australia (estados) | Cuatro estados australianos han descriminalizado la tenencia de cannabis en cantidades de 15 a 50 gr | Sanciones administrativas sólo por debajo de los umbrales |
| México | 5 gr cannabis, 2 gr de opio, 0,5 gr de cocaína, 0,05 gr de heroína, 0,04 gr de metanfetamina | Toda cantidad que supere los umbrales se considera intención de suministro y está duramente castigada |
| Paraguay | Posesión de 10 gr de cannabis, 2 gr de cocaína o heroína | Exención de pena por debajo de los umbrales |
| Uruguay | La posesión de “una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal” no es punible | Se deja a discreción del juez determinar si la intención es de consumo o suministro |
| EE.UU. (estados) | 13 estados han descriminalizado la posesión de cannabis; varios usan 28,45 gr (una onza) como límite | Los sistemas varían según el estado o el condado; la mayoría sólo aplica pequeñas multas |
| Bélgica | 1 planta o 3 gr de cannabis o resina de cannabis para consumo personal | Sanciones administrativas sólo por debajo de los umbrales |
| República Checa | 15 gr de cannabis, 1,5 gr de heroína, 1 gr de cocaína, 2 gr de metanfetamina, 5 comprimidos de éxtasis | Toda persona que posea una cantidad menor a éstas puede ser acusada de delito menor o falta, pero en la práctica recibe sólo una advertencia policial |

| | | |
|--------------|---|--|
| Países Bajos | 5 gr de cannabis y 0,5 gr de éxtasis, cocaína o heroína (equivalente a un comprimido, una bola o una ampolla) no es punible | Hasta 5 plantas de cannabis no se inicia ningún proceso judicial; por posesión de 30 gr, sólo una pequeña multa, hasta 1 kg, una multa superior y más punible con penas de prisión; por pequeñas cantidades de “drogas duras” se deja a discreción de la policía, la fiscalía y, finalmente, la magistratura, determinar si la intención es consumo o suministro |
| Portugal | La cantidad necesaria para un consumo individual promedio durante un período de 10 días | 25 gr de cannabis y 2 gr de cocaína se usan a modo orientativo, pero sin otras pruebas que apunten a la intención de suministro, las cantidades superiores se consideran como tenencia para consumo personal y sólo se aplican sanciones administrativas |
| España | La cantidad necesaria para un consumo individual promedio durante un período de 5 días: 200 gr de cannabis, 7,5 gr de cocaína, 2,4 gr de éxtasis y 3 gr de heroína | El uso y la posesión de drogas para consumo personal no se consideran delito penal. Pueden imponerse sanciones administrativas: multas y/o retirada del permiso de conducir |
| Rusia | Las pequeñas cantidades definidas son: hasta 6 gr de cannabis y hasta 0,5 gr de heroína y cocaína. Hay que tener en cuenta que la pureza de la heroína en Rusia es muy baja, por lo que los consumidores necesitan un promedio de 1,87 gr diarios | En general, para pequeñas cantidades, sólo sanciones administrativas, incluido el arresto administrativo (máx. 15 días). Las “grandes” cantidades están criminalizadas: más de 6 gr de cannabis y 0,5 gr de cocaína y heroína se pueden castigar con una |

| | | |
|-------|--|--|
| | | multa, hasta 2 años de trabajos forzados o hasta 3 años de prisión |
| India | Las cantidades pequeñas se definen como: 100 gr de hachís, 2 gr de cocaína, 5 gr de heroína y 0,5 gr de éxtasis. El bhang, cáñamo molido servido en bebidas, se vende legalmente en comercios de propiedad gubernamental | El uso y la posesión para consumo personal se consideran delito penal y se puede castigar con hasta 1 año de prisión y/o una multa. Los cargos se retiran si el usuario acepta seguir y completar un tratamiento |

Fuente: Ministerio de Salud Pública, 2014

3.- El MSP establecen algunos principios que deben ser aplicados para generar un correcto sistema de tratamiento del consumidor. Es necesario que a través de estos principios se aseguren ciertos controles sobre sustancias potencialmente dañinas y que se tenga la suficiente flexibilidad para que el juzgador pueda aplicar la sanción de manera correcta, además de poner límites sobre el nivel de represión hacia usuarios, cultivadores y micro traficantes. Es necesario encontrar un balance para minimizar el riesgo de desproteger la salud pública o generar un control altamente represivo, para ello se debe recurrir a los siguientes principios: 1) Evidencia, 2) Diferenciación, 3) Reducción del daño, 4) Flexibilidad, 5) Proporcionalidad y 6) Participación.

En consecuencia, el MSP nos demuestra que una persona adicta puede tener droga por encima de los límites de los umbrales, porque no es posible establecer con exactitud el nivel de adicción en el que se encuentra, por esta razón no se le puede encuadrar en límites tan cerrados, por lo tanto, la Fiscalía General del Estado debe realizar todas las diligencias para este que la cantidad que supera el límite del umbral es suficiente para el consumo de la persona que se encuentra siendo procesada.

2.10. Tabulación y comparación de los resultados con la tabla inicial y su reforma.

El MSP establece los umbrales medianamente aceptables para los consumidores, sin embargo, el CONSEP apartándose de este criterio adoptó la tabla complementaria al artículo 220 del COIP, en la que se establecen gramajes para cada tipo de sustancia, graduación que resulta relativamente proporcional y coherente.

Es así que el CONSEP, el 14 de julio de 2014, establece la creación de la tabla de la siguiente manera. “Art. 1.- Expedir las siguientes tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala.”¹¹⁷

Tabla 4

Cantidades de sustancias estupefacientes para sancionar el tráfico ilícito 2014

| Julio 2014 | | | | | | | | |
|------------------------------|----------------|--------|--------------------|--------|------------------------|--------|--------------------|--------|
| SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES | | | | | | | | |
| Escala (gramos) Peso neto | Heroína | | Pasta base cocaína | | Clorhidrato de cocaína | | Marihuana | |
| | Mínimo | Máximo | Mínimo | Máximo | Mínimo | Máximo | Mínimo | Máximo |
| Mínima | 0 | 1 | 0 | 50 | 0 | 50 | 0 | 300 |
| Mediana | 1 | 5 | 50 | 500 | 50 | 2.000 | 300 | 2.000 |
| Alta | 5 | 20 | 500 | 2.000 | 2.000 | 5.000 | 2.000 | 10.000 |
| Gran escala | 20 en adelante | | 2.000 en adelante | | 5.000 en adelante | | 10.000 en adelante | |

Fuente: CONSEP, 2014

Tabla 5

Cantidades de sustancias psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito 2014

| Julio 2014 | | | | | | |
|------------------------------|------------------|--------|--------------------------------|--------|------------------|--------|
| SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS | | | | | | |
| Escala (gramos) Peso neto | Anfetaminas | | Metilendioxifenetilamina (MDA) | | Éxtasis (MDMA) | |
| | Mínimo | Máximo | Mínimo | Máximo | Mínimo | Máximo |
| Mínima | 0 | 2,5 | 0 | 2,5 | 0 | 2,5 |
| Mediana | 2,5 | 5,0 | 2,5 | 5,0 | 2,5 | 5,0 |
| Alta | 5,0 | 12,5 | 5,0 | 12,5 | 5,0 | 12,5 |
| Gran escala | 12,5 en adelante | | 12,5 en adelante | | 12,5 en adelante | |

Fuente: CONSEP, 2014

En los presupuestos de los numerales a) escala mínima y b) escala media la penalización era relativamente justa, pues si un consumidor se encontraba con mayor cantidad de droga de la permitida y cometía el delito de tráfico en la escala mínima, la pena aplicable era de 2 a 6 meses, así también, por las características propias del procesado podía someterse al procedimiento abreviado, imponiéndole una pena de 20 días si era la primera vez y si era reincidente la pena podía aumentar en el mismo

¹¹⁷ Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas: 002 CONSEP-CD-2014, (Quito, 14 de julio, 2014).Expídanse las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala.

número; de cierta manera se imponía una sanción a las personas que tenían un abuso de la sustancia.

Similar situación sucedía en el caso del literal b), en el que la pena era de uno a tres años, en este supuesto se consideraba que la cantidad de alcaloides que mantenía el individuo en su poder se sustentaba en la teoría del aprovisionamiento o del consumo compartido; igualmente al inobservar o no haber prevenido la tenencia en cantidades excesivas para el consumo personal inmediato, con la aplicación del procedimiento especial se imponía la pena de 4 meses, la misma que aumentaría en el caso de ser reincidente.

2.11. Observaciones de la reforma del artículo 220 del COIP y modificación de las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, efectos y consecuencias.

En el 2015 se reformó el artículo 220 del COIP conjuntamente con la tabla para lo cual debió definirse una política criminal, que parta de un análisis estadístico y de estudios médicos y sociológicos que sirvan para evaluar el impacto que produciría en los consumidores con la implantación de la tabla y de este modo, evaluar la procedencia o no de un posible cambio en la misma y la reforma a la norma para que guarde armonía con el artículo 364 de la Constitución. Por el contrario, se disminuyó drásticamente las cantidades para el consumo y se castigó severamente a las personas que son dependientes, pues no contó con el criterio técnico - científico del Ministerio de Salud Pública.

Esta decisión aparece como respuesta a un incidente que se generó por el consumo de heroína, es por ello que “...en su enlace ciudadano, el presidente Rafael Correa anunció “tolerancia cero” con la tenencia de heroína. Ofreció castigo al microtráfico de esa sustancia con una pena mínima de un año de cárcel”¹¹⁸, con este antecedente, el CONSEP conformó una comisión técnica que se instaló para realizar la modificación y reducción de las cantidades mínimas en cada escala¹¹⁹ y el 9 de septiembre de 2015

¹¹⁸ Diario Expreso, noticia de 9 de septiembre del 2015, *El CONSEP anuncia los cambios en la tabla de tráfico*.

¹¹⁹ La maestrante solicitó el informe técnico que sirvió para modificar la tabla en septiembre del 2015, recibiendo como respuesta un oficio suscrito por el Ab. Luis Alfredo Cañarte Ruiz, Coordinador General Jurídico de la Secretaría Técnica de Drogas, al cual se adjunta un informe de 10 hojas que se sustenta en la cantidad de disminución de prisiones preventivas que se realiza en el Consejo de la Judicatura en los casos de drogas.

entró en vigencia la nueva tabla¹²⁰, sin embargo, lo más asombroso es que en la decisión adoptada por esta comisión, no se motivaron las razones que promovieron la modificación de la tabla. Así mismo, es un cambio infundado pues las cantidades que más se consumen en el Ecuador fueron disminuidas en menos del 10% de la tabla original.

La modificación en los umbrales según la nueva tabla que se encuentra en vigencia desde el 09 de septiembre del 2015, es la siguiente:

Tabla 6

Cantidades de sustancias estupefacientes para sancionar el tráfico ilícito 2015

Septiembre 2015

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

Fuente: CONSEP, 2015

Tabla 7

Cantidades de sustancias estupefacientes para sancionar el tráfico ilícito 2015

Septiembre 2015

| SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS | | | | | | |
|---------------------------|------------------|--------|--------------------------------|--------|------------------|--------|
| Escala (gramos) Peso neto | Anfetaminas | | Metilendioxifenetilamina (MDA) | | Éxtasis (MDMA) | |
| | Mínima | Máximo | Mínima | Máximo | Mínimo | Máximo |
| Mínima | 0 | 0,090 | 0 | 0,090 | 0 | 0,090 |
| Mediana | 0,090 | 2,5 | 0,090 | 2,5 | 0 | 2,5 |
| Alta | 2,5 | 12,5 | 2,5 | 12,5 | 2,5 | 12,5 |
| Gran Escala | 12,5 en adelante | | 12,5 en adelante | | 12,5 en adelante | |

Fuente: CONSEP, 2015

No obstante, a partir del 25 de septiembre de 2015 en la Asamblea Nacional se discutió el endurecimiento de las penas, para lo cual se aumentan las sanciones en los literales a) y b) del artículo 220 del COIP, que entró en vigencia el 02 de octubre de 2015, penalizando la tenencia en menos del 10% que se consideró un año atrás y de esta manera

¹²⁰ Resolución No. 001-CONSEP-CD-2015 de 9 de septiembre de 2015.

criminalizar a los dependientes e inclusive a los que inician en el consumo y lo que es cuestionable sin cumplir con criterios mínimos de política criminal.

Artículo 220 del COIP posterior al 2 de octubre del 2015¹²¹

- a) Mínima escala de uno a tres años.
- b) Mediana escala de tres a cinco años.

2.11.1. Resultados a la modificación de la tabla y reforma de la norma.

Con el propósito de determinar las consecuencias que se generaron por las reformas antes descritas, se obtuvo de la Unidad de Gestión Procesal de la Fiscalía de Pichincha, los resultados de las noticias de delito o aprehendidos por tenencia de drogas, de acuerdo a los literales a) y b), del numeral primero, del artículo 220 del COIP.

Para el análisis de resultados las noticias de delito se dividieron en dos periodos, el primero, desde la entrada en vigencia del COIP hasta un año después cuando se reforma el artículo 220 del COIP, con el incremento de las penas y la modificación de la tabla en cuanto a la disminución de las cantidades y el segundo, desde la reforma hasta un año después, la finalidad es comparar los resultados entre periodos similares y determinar el *Periodo comprendido de agosto 2014 a septiembre de 2015.*

¹²¹ Nota: Literales a) y b) sustituidos por disposición reformativa primera de Ley No. 0, en *Registro Oficial*, Suplemento No. 615 (Quito, 26 de Octubre, 2015)

Tabla 8.

Resultados a la modificación de la tabla y reforma de la norma.

| <i>Periodo agosto 2014 a septiembre de 2015</i> | |
|---|------------|
| <i>Archivo aceptado</i> | <i>4</i> |
| <i>Extinción del ejercicio</i> | <i>15</i> |
| <i>Instrucción fiscal</i> | <i>151</i> |
| <i>Prescripción</i> | <i>2</i> |
| <i>Total de sentencias</i> | <i>149</i> |
| <i>Procedimiento directo</i> | <i>33</i> |
| <i>Sentencias condenatorias</i> | <i>11</i> |
| <i>Ratifica estado de inocencia</i> | <i>22</i> |
| <i>Condenatorias abreviado</i> | <i>116</i> |
| <i>Suspensión condicional</i> | <i>20</i> |
| <i>Extinción de la pena</i> | <i>9</i> |
| <i>Total de ndd</i> | <i>170</i> |

Fuente: Unidad de Gestión Procesal de la Fiscalía de Pichincha

Para este efecto, es necesario detallar cada uno de los resultados de la tabla correspondiente al primer periodo.

A la Fiscalía ingresaron un total de 170 noticias de delito o aprehendidos por delito flagrante, de este número en la audiencia a 15 procesados se les declaró extinguida la acción por demostrar que son consumidores y 4 se dejó en investigación previa por no contar con los elementos suficientes de tráfico. Con esto se iniciaron 151 instrucciones fiscales, de las cuales dos prescribieron, obteniendo como resultado 149 procesados con las respectivas sentencias y de estas 116 corresponden a la aplicación del procedimiento abreviado. Con esto se iniciaron 151 instrucciones fiscales, de las cuales dos prescribieron, obteniendo como resultado 149 procesados con las respectivas sentencias y de estas 116 corresponden a la aplicación del procedimiento abreviado.

Tanto de los casos resueltos en procedimiento directo como de los sentenciados por procedimiento abreviado 20 se favorecieron de la suspensión condicional de la pena, tomando en consideración que en aquel entonces el doble beneficio según el criterio de

la Corte Nacional no se encontraba prohibido¹²², estas personas pudieron solicitar este beneficio por cuanto reunían los requisitos para su procedencia. Con el gráfico se puede colegir que la cantidad de aprehendidos por tráfico de mínima escala no resulta exagerada, por cuanto el 87.65% van a juicio.

Ahora demostremos lo manifestado en porcentajes:

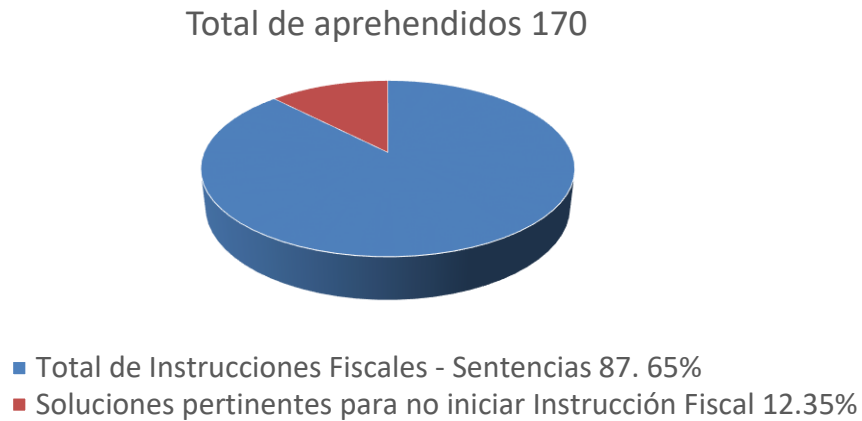
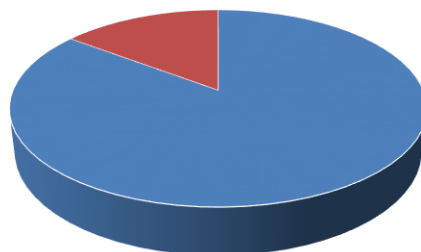


Figura 1.Total de aprehendidos 170

Con relación a los procesados que se encuentran en la etapa de instrucción fiscal, se puede deducir que al existir el 85.24% de acusados que obtuvieron sentencia condenatoria los fiscales contaron con los elementos suficientes para demostrar la responsabilidad por el tráfico.

¹²² El 6 de abril de 2016, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador expidió la Resolución No. 02-2016, titulada “En el procedimiento abreviado, la sentencia de condena a pena privativa de libertad, no es susceptible de suspensión condicional”, la cual **RESUELVE: ARTÍCULO ÚNICO.-** En el procedimiento abreviado, la sentencia de condena a pena privativa de libertad, no es susceptible de suspensión condicional.

Total de Sentenciados 149



- Condenatorias 85.24% ■ Confirmación del Estado de Inocencia 14.76%

Figura 2. Total de sentenciados 149

Otro aspecto que debemos resaltar es que la cantidad de casos que llegaban a la Unidad Judicial de Infracciones Flagrantes por este tipo de delitos, eran los suficientes para no saturar a la administración de justicia y de este modo procesar a los verdaderos responsables garantizando una justicia efectiva.

2.11.2. Resultados del periodo comprendido entre septiembre de 2015 a agosto de 2016.

Con relación al periodo posterior a las reformas de la tabla y del artículo 220 del COIP en el que se agrava la situación de los procesados, se percibe un incremento del poder punitivo dada la cantidad de aprehendidos que casi se cuadruplican, estos resultados no dan certeza de que el proceso se estaría llevando de forma adecuada.

Tabla 9

Resultados del periodo comprendido entre septiembre de 2015 a agosto de 2016.

| <i>Periodo septiembre 2015 a agosto de 2016</i> | |
|---|------------|
| <i>Archivo aceptado</i> | <i>7</i> |
| <i>Extinción del ejercicio</i> | <i>10</i> |
| <i>Instrucción fiscal</i> | <i>578</i> |
| <i>Prescripción</i> | <i>2</i> |
| <i>Total de sentencias</i> | <i>575</i> |
| <i>Procedimiento directo</i> | <i>206</i> |
| <i>Sentencias condenatorias</i> | <i>3</i> |
| <i>Ratifica estado de inocencia</i> | <i>43</i> |

| | |
|--------------------------------|------------|
| <i>Condenatorias abreviado</i> | 369 |
| <i>Suspensión condicional</i> | 160 |
| <i>Extinción de la pena</i> | 4 |
| <i>Total de ndd</i> | 595 |

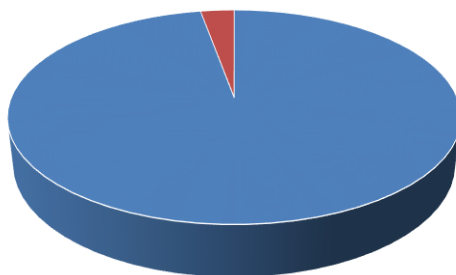
Fuente: Unidad de Gestión Procesal de la Fiscalía de Pichincha

La Fiscalía de la Unidad de Delitos Flagrantes en el lapso de un año posterior a la reforma y modificación de la tabla, llegó a conocer 595 noticias de delitos o aprehendidos por delito flagrante, de los cuales en 10 se declaró extinguida la acción penal por tratarse de consumidores y de 7 se dio inicio a la investigación previa; lo que no es concordante con la gran cantidad de aprehendidos, pues la policía realizó una persecución indiscriminada de los dependientes.

Con la aplicación de la tabla creada en julio de 2014 y las primeras escalas del COIP, se desprende que existían casos apegados a la verdad, porque las unidades de antinarcóticos realizaban trabajos investigativos más eficaces y su labor estaba orientada a investigar el verdadero tráfico a gran escala, sin embargo, con la creación de la segunda tabla, la misión de las unidades de antinarcóticos cambió notablemente porque estaba enfocada a aprehender a personas con pequeñas cantidades, con el único afán de demostrar resultados sin importar que sean consumidores.¹²³

¹²³ Entrevista a Paúl Chávez, agente de la Unidad de Investigaciones en Puertos y Aeropuertos, UIPA.

Total de aprehendidos 595



- Total de Instrucciones Fiscales - Sentenciados 97.06%
- Soluciones Pertinentes para no iniciar Instrucción Fiscal 2.94%

Figura 3. Tota de aprehendidos 595

Respecto de los porcentajes el 97.06% de la totalidad de casos son considerados como delincuentes, pues de la cantidad de droga admitida en el segundo periodo comparada con los resultados del primer periodo, lo apropiado sería que exista un mayor porcentaje de soluciones para los adictos y no únicamente 10 casos que equivale al 2.94% con lo que se comprueba que la punición es injusta y demasiado alta.

De los 575 procesados que llegaron a obtener sentencia, 203 resolvieron su situación jurídica por medio del procedimiento directo, 46 casos fueron a tribunales con la finalidad de realizar una defensa técnica, de los cuales en 43 se ratificó el estado de inocencia y en 3 se dictó sentencia condenatoria, los otros 160 procesados probables consumidores que por temor y desconfianza en el sistema de justicia prefirieron llegar hasta el procedimiento directo y en ese momento procesal solicitar la suspensión condicional de la pena.¹²⁴

¹²⁴ Entrevista realizada al Ab. Juan Carlos Garcés, Coordinador de Defensores Públicos Penales de Flagrancia, quien manifiesta que cuando se trata de consumidores que recién están entrando en adicción y que pueden solicitar la suspensión condicional de la pena es mejor obtener sentencia en procedimiento directo y verse afectados por un procedimiento ya que en la actualidad no pueden solicitar el procedimiento abreviado y luego la suspensión condicional.

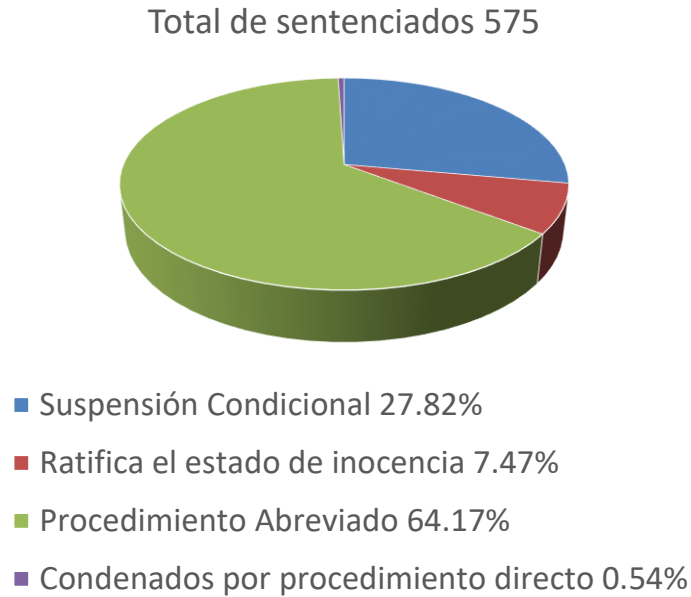


Figura 4. Total de sentenciados 575

Al hablar en porcentajes únicamente el 0.54% de los casos que llegaron a procedimiento directo obtuvieron sentencia condenatoria de carácter técnico y un 27.82% fueron a procedimiento directo con el propósito de ser beneficiados con la suspensión condicional de la pena, mientras que el 64.17%, corresponde al procedimiento abreviado a través del cual se beneficiaban de un mal menor, pues si son reincidentes en el consumo pueden acceder a este procedimiento especial, caso contrario recibir sentencia condenatoria y beneficiarse de la suspensión condicional de la pena.

Otro problema común es que las sentencias emitidas no son el resultado de una adecuada investigación, es por ello que al momento que se endurecen las penas, nace la corriente de la autoincriminación por temor, de esta manera los procesados terminan solicitando la aplicación del procedimiento abreviado como respuesta al temor de verse perjudicados con sentencias más altas.

2.12. Comentario de la resolución de la Corte Nacional sobre la desproporcionalidad de la pena y doble juzgamiento (Resolución 12-2015 Corte Nacional de Justicia)

Uno de los errores más graves es el doble juzgamiento, criterio que fue establecido en la resolución del pleno de la Corte Nacional de Justicia y que produce efecto erga

omnes, con este mecanismo plantearon la presunción de una correcta aplicación del concurso real e ideal, en el cual concluyeron lo siguiente:

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.¹²⁵

De este modo, la resolución con dos ejemplos intenta aclarar la correcta aplicación de las penas en el caso de concurso del tipo penal del artículo 220.1 del COIP, “A es encontrado en tenencia, sin autorización, de marihuana en 10.000 gramos, de clorhidrato de cocaína en 5.000 gramos, de pasta base de cocaína en 2.000 gramos; y, de heroína 20 gramos. Mientras que B es encontrado teniendo, sin autorización, 21 gramos de heroína”; del simple análisis se puede colegir, no solo que es injusto sancionar al sujeto B de igual forma que al sujeto A, teniendo en consideración que por los elementos objetivos y la deducción de los presuntos elementos subjetivos con A estamos frente a un traficante de gran escala.

Como es conocido

Pueden abordarse las cuestiones que plantea el que una sola acción del sujeto activo del delito produzca dos o más infracciones penales (concurso ideal o formal); y el que varias acciones del mismo autor constituyan varios delitos (concurso real); empero, hay veces, que, por configuración legal, varias acciones distintas del sujeto constituyen un solo delito, y su problemática se incorpora, también, doctrinariamente en la teoría del concurso.¹²⁶

De esta manera la resolución de la Corte Nacional de Justicia, no solo que deja en claro que existiría desproporcionalidad sino que además ordena que “... debe encontrarse la solución coherente entre el grado de un derecho y la gravedad de la pena”¹²⁷, en otras

¹²⁵ Ecuador, Pleno de la Corte Nacional de Justicia, *Resolución No. 12-2015*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 592* (Quito, 22 de septiembre, 2015)

¹²⁶ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, proceso 333-2014- GT, recurso de casación, Fiscalía contra el ciudadano Edison Ricardo Alencastro Lagla.

¹²⁷ Ecuador, Pleno de la Corte Nacional de Justicia, *Resolución No. 12-2015*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 592* (Quito, 22 de septiembre, 2015)

palabras, los jueces deben observar los elementos objetivos, para lo cual, deberían tomar en consideración el tipo de sustancia, el transporte, el lugar de la aprehensión, el recipiente utilizado, características del sujeto activo, entre otros, porque no es lo mismo la aprehensión de un ciudadano con 8 gramos de cocaína y 10 de marihuana, en una calle con poca afluencia de personas y con papeles de tabaco sueltos, a diferencia de otro individuo que sea aprehendido con un kilo de cocaína y dos kilos de marihuana con doble fondo en sus maletas en la salida internacional del aeropuerto, por lo que no es necesario se experto para determinar que en el segundo caso el individuo se predisponía al tráfico, mientras que en el primer caso puede ser un posible consumidor.

Así también, el juzgador debería observar los elementos subjetivos del tipo como los antecedentes personales y criminológicos del procesado o en el caso de los consumidores los antecedentes clínicos, igualmente debería observar no solamente los elementos normativos sino los valorativos, y una vez que haya llegado al pleno convencimiento que la antijuricidad formal y material generan una lesión a bienes jurídicos personales o colectivos, puede determinar la sanción que le correspondería por el concurso de delitos.

Bajo estas consideraciones es evidente que en aquellos casos en los que una persona es sorprendida con pequeñas dosis de diferentes tipos de sustancias, nos encontramos frente a un concurso ideal, por tratarse de una sola conducta con diferentes sustancias, a diferencia del ejemplo (sujeto A) en el que una persona tiene miles de gramos de diferentes sustancias, es obvio que para poder destinar esas sustancias a varios lugares y personas el sujeto activo debe realizar algunos actos que efectivamente maximizan el espíritu de la norma que es el tráfico, incluso al requerir de algunas personas, se podría decir que tiene el dominio del hecho.

2.12.1. Fundamento de la resolución de la Corte Nacional sobre proporcionalidad de la pena (Resolución 02-2019 Corte Nacional de Justicia)

La resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 02-2019 tiene su génesis en tres casos importantes, los que se resolvieron bajo un mismo criterio común y que son los siguientes:

Caso No. 17282-2016-05465, se trata de la aprehensión de la señora Gladis Fernanda Erazo Ortiz, a quien se le encontró con 163.31 gramos de pasta base de cocaína y 2.8 gramos de clorhidrato de cocaína, por la primera sustancia se le condena a 5 años y

por la segunda a 3 años, sumando un total de 8 años; sentencia desproporcional y exagerada, pues no tomaron en cuenta que se trataba del mismo tipo de sustancia, por esta razón se redujo la pena a cinco años y en lo principal se consideró, que “no es necesario realizar un análisis del concurso real, pues está claro que la conducta atribuida a la procesada, se circunscribe al denominado concurso ideal, cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta”.

Por tanto, para el establecimiento de “este modelo de concurso son necesarias dos exigencias: 1. La existencia de una sola acción; y, 2. Que la acción suponga la realización de varios tipos penales”. Precisamente, en el caso de la señora Gladis Fernanda Erazo Ortiz, incurre varias veces en el tipo penal, esto es con la misma acción en tráfico de pasta base y de clorhidrato.

El segundo caso que se analiza es el No. 17282-2016-00494, en donde al señor MARCELO HÉCTOR TOAPANTA CUESTA, se le encuentra en su vehículo en posesión de 32.43 gramos de marihuana y le imponen una pena de 3 a 5 años, que inclusive en el supuesto de haberse sometido al procedimiento abreviado se le hubiera sancionado a la pena de un año; sin embargo decide proporcionar toda la información para que el señor Luis Navarrete sea capturado, en estas circunstancias fue aprendido en el departamento con 224.5 gramos base de cocaína y 4449 gramos de marihuana, acciones por las que se le sancionó a 13 años.

De este modo el Tribunal Ad quem en unidad de criterio, resolvió: “ACEPTAR el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado y MODIFICA LA PENA IMPUESTA, fijando la misma en CUATRO AÑOS Y CUATRO MESES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD”. En el caso precedente se aplicó inadecuadamente el concurso y además se violentaron los principios de legalidad y proporcionalidad, en vista de que no se aceptó la colaboración que en su momento prestó el procesado y lo más controvertible fue que lo consideraron como una agravante, imponiéndole la sanción por todas las sustancias, lo cual constituye una aberración jurídica bajo el argumento de la aplicación de la Resolución No. 12-2015.

Dentro de la causa 17721-2016-1110, aconteció lo siguiente:

En la ciudad de Tulcán, la Policía detuvo al vehículo en el que se encontraban dos ocupantes, el colombiano José Jesús Enríquez Ortiz y el ecuatoriano Nilson Antonio Barre Quiroz y al momento de realizar el registro, encontraron en los laterales del

vehículo base de cocaína con un peso neto de 41.853 gramos y 15.593 gramos de marihuana, por lo que se les impuso la pena de 34 años 8 meses; no obstante, en el recurso de casación se redujo a 17 años 4 meses de privación de libertad, que corresponde a la pena más alta por cada una de las sustancias, el fundamento por el cual se modificó la sentencia es el siguiente:

Se determina que en las sentencias existen dos problemas jurídicos “i) Diferenciar los casos expuestos de las situaciones de concurso real de infracciones y concurso ideal de infracciones; y, ii) Establecer la idoneidad del tipo penal contenido en el artículo 220.1 COIP, para acumular la punición (...) Que en nuestro ordenamiento jurídico (ya sea en el anterior CP y en el actual COIP) se ha mantenido vigente el modelo de absorción.

Bajo estos argumentos para aplicar la sanción de manera adecuada por el modelo de absorción, se debe observar los verbos rectores establecidos en el artículo 220 COIP y tomar en consideración las cantidades máximas establecidas en la tabla, es decir que la cantidad menor ya se encuentra inmersa como elemento de la conducta realizada con la cantidad mayor, por lo que no se pueden acumular penas.

Podemos decir que en este caso inclusive existiendo un peligro latente dirigido a una verdadera lesividad y en el que se puede aplicar la exasperación penal, la pena resulta sumamente alta e injusta y peor aun cuando se trata de personas dependientes.

Concurso de delitos

La conclusión que alcanza la Corte Nacional en la resolución del año 2019, tiene un carácter técnico dogmático que establece diferentes principios para la interpretación del concurso ideal como es el de asperación y absorción, así mismo considera que el tipo penal del Art. 220 del COIP, reúne varios verbos rectores los mismos que no pueden ser asumidos como delitos individuales y para que una conducta se encasille en el concurso ideal, debe cumplir con dos requisitos: “i) Que exista una sola acción; y, ii) Que dicha acción suponga la realización de varios tipos penales. (...) es decir, cuando una misma acción u omisión infringe varios tipos legales o infringe el mismo tipo varias veces”; de este modo, es claro que en este tipo penal la disposición normativa se infringe de forma reiterada.

Además de los puntos observados por la Corten Nacional según la doctrina en una o varias conductas se consideren que han cumplido con el concurso ideal debe observarse

que tengan “un verbo rector, un resultado, un bien jurídico, un sujeto activo y circunstancias relevantes en común”

Es un criterio correcto porque establece una sola pena agravada, la misma que es proporcional con el acto realizado, de esta manera corrigiendo los errores de la resolución anterior sancionando un solo tipo penal que tiene varios verbos rectores y que hace que los jueces actúen en primer lugar con imparcialidad y en segundo lugar con justicia a fin de no sancionar a los consumidores.

2.13. Observaciones sobre la conexidad en el delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Al respecto es importante manifestar que la resolución de la Corte Nacional, trata sobre el concurso, sin embargo, confunde el fundamento con la conexidad, debido a que el consumidor puede tener más de una sustancia en distintos tiempos y lugares.

En el caso estricto de los consumidores constantemente comenten delitos conexos, para ejemplificar, una persona es detenida con una sustancia, se le inicia un proceso, se sustituye la medida y unos días después nuevamente es detenido con sustancias ilícitas, por lo que se le vuelve a iniciar otro proceso penal, lo que conlleva que se debe aplicar lo establecido en el **Art. 406.-** Conexidad.- Cuando se cometen infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se consumó la infracción más grave. Hay conexidad cuando: 1. Se imputa a una persona la comisión de más de un hecho punible con una o varias acciones u omisiones realizadas con unidad de tiempo.

En este sentido es pertinente que el mismo juez que conoció el primer caso de tenencia y que ha podido determinar que el procesado es un dependiente, sea quien vuelva a conocer el segundo caso, no solo porque lo determina la ley, sino porque se estaría cumpliendo con los principios de imparcialidad, celeridad, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, además del mandato constitucional y por economía procesal el juez debería extinguir la acción.

2.14. Argumentos constitucionales en los procedimientos penales del Art. 220 del Código Orgánico Integral Penal.

En la jurisdicción constitucional, a través de la de la Sentencia No. 7-17-CN/19 emitida el 2 de abril del 2019¹²⁸, se ratifica que la Resolución del CONSEP, 001-CD – 013, en la cual se realiza un “análisis técnico de toxicidad, estudios psicológicos, biológicos y otros necesarios sobre la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para el consumo.”

En este sentido se establece un cambio de gran significancia dentro de la administración de justicia, determinando que es importante entender el hecho de que una persona se encuentre en tenencia de una cantidad superior a la instituida en la tabla, impone al Estado el establecer puntualmente una conducta subjetiva del tipo y su eventual responsabilidad.

La sentencia de la Corte Constitucional tiene como antecedente que Fiscalía en la Provincia de Santo Domingo, acusó al procesado Jixon Antonio Loor Morales, conforme la tabla del CONSEP, ya que en su domicilio se encontró un peso de 4,5 gramos de pasta base de cocaína y dicha cantidad sobrepasa los 2 gramos de peso neto autorizados para el consumo. Como elementos de prueba están el examen psicosomático que determina que el procesado es consumidor, versiones del padrastro y primo que detallan la manera en que el procesado empezó en el consumo y se adentró en la adicción. Lo que demuestra la teoría del aprovisionamiento debido a que la sustancia fue encontrada en el domicilio.

De este modo al existir duda razonable sobre la intencionalidad del procesado Jixon Loor, en traficar, expender o vender sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y adecuar su conducta a lo establecido en el Art. 220 del COIP, el juzgador adelantó una probable dicotomía entre el 220 del COIP, al no guardar armonía con el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador por lo que remitió el proceso judicial en consulta de control concreto a la Corte Constitucional.

La consulta es absuelta por la Corte Constitucional el 2 de abril de 2019, y emite la sentencia No. 7-17-CN/2019, en donde en lo principal resuelve que si bien la tabla

¹²⁸ **No. proceso:** 23281-2017-01187. **Acción/Infracción:** Tráfico Ilícito de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, Art. 220, Núm. 1 Literal B. **Ofendido:** Fiscalía Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas. **Procesado:** Jixon Antonio Loor Morales **Juez:** Dr. Segundo Javier Martínez Lara

contiene los máximos de tenencia en el evento de que una persona se encuentre en posesión de una cantidad superior a la establecida, le corresponderá al fiscal recabar los elementos de cargo y de descargo a fin de que el juez valore y resuelva conforme a derecho. Y que la presunción de inocencia no se desvanece solo por el hecho de superar la cantidad máxima admisible establecida en la Resolución del CONSEP, por lo tanto, en todos los casos se deberá probar la intención de traficar.

Una vez absuelta la consulta, el juez Dr. Segundo Martínez, reanuda la Audiencia de juzgamiento dentro del proceso penal No. 23281-2017-01187, en donde ratificó el estado de inocencia del procesado Jixon Antonio Loor Morales, amparándose en la nueva sentencia constitucional, por cuanto se ha demostrado mediante la práctica de pruebas que el procesado es un adicto y necesita rehabilitación para lo cual se ordena al Ministerio de Salud Pública someta a un programa de tratamiento y rehabilitación.

Este proceso es el primero en el que se determinó la inocencia de la persona procesada, considerando los elementos subjetivos en contraposición al peso establecido, habiéndose demostrado que el procesado es una persona consumidora y adicta, siendo este un precedente para otros casos que obliga a que se realice una adecuada investigación, en respeto a lo establece el Art. 364 de la Constitución de la República del Ecuador.

2.15. Observación de las decisiones judiciales en los delitos de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Como es lógico si las reformas tienen sustento en decisiones políticas y no cuentan con un criterio técnico ni doctrinario, el resultado será que las sentencias carezcan de criterios de validez porque no gozan de lógica jurídica formal ni material y se convierten en sentencias que presentan de vicios de congruencia como: *ultra petita*, *citrapetita* y *extra petita*, dificultando que las mismas se cumplan y sean válidas.

De esta manera podemos decir que las sentencias emitidas por los jueces de la Unidad de Flagrancia respecto de este tipo de delitos, contienen motivaciones ilógicas, cuando lo correcto debe ser un criterio prudente del juez, como lo refiere Carnelutti, “La motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente, para

que de los hechos que el juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva”¹²⁹.

Es así que para corroborar la correcta motivación del juzgador se analizaron los casos que ingresan y se investigan en la Fiscalía de Flagrancia, con la finalidad de complementar todo el proceso penal en este tipo de delitos, se procedió a tomar una muestra representativa al azar del 10% (11 sentencias del periodo 2014 – 2015 y 50 sentencias del periodo 2015 – 2016) de todas las sentencias que se emitieron en el año posterior a la creación del COIP y de la tabla, así como a la reforma de las mismas.

Para este efecto se tomaron las características generales de las sentencias como: información personal de los procesados, lugar de las detenciones y aplicación de las medidas cautelares, a fin de determinar los patrones respecto de las detenciones. Así también para conocer la calidad de sentencias que se emitían en este tipo de delitos, se extrajo los elementos de cargo y de descargo que fueron analizados por el juzgador al emitir la sentencia, valoración de la prueba y el análisis de la tipicidad subjetiva, llegando a concluir lo que se detalla en los acápite subsiguientes:

2.15.1. Razonamientos acerca de los datos personales del procesado.

En cuanto a los datos personales de los procesados, las edades oscilan entre 20 a 60 años, en los dos periodos, advirtiéndose como diferencias que en el 2015 presentan diferentes edades, en cambio los sentenciados en el 2016 la gran mayoría van de los 20 a 30 años, de lo que podemos colegir que este grupo de personas son las que se encuentran en plena etapa de dependencia de la sustancia y que ahora están siendo aprehendidos los que efectivamente son dependientes o consumidores

Con relación a los lugares de aprehensión en el 2015 los sentenciados son de diversos lugares de Quito, esto responde a que las sentencias de este año son escasas, sin embargo, existen detenidos incluso en barrios de estratos altos, es decir que no existen sectores definidos, lo que determina que efectivamente se realizaba una búsqueda en todo el cantón Quito. Mientras que, en el 2016, al aumentar las detenciones en gran cantidad, se puede observar una variación, esto es que la mayoría de sentenciados pertenecen a

¹²⁹ Carbonell, M. Argumentación Jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad. (Quito: Jurídica Cevallos, 2014). pág. 74

lugares específicos entre los que se encuentran barrios del Centro Histórico, como la Colmena, Libertad, San Roque, ciertos barrios del Sur de la ciudad y finalmente Carcelén medio y bajo, los cuales se caracterizan por ser barrios populares o de estratos bajos.

Lo anterior es un parámetro que sirve para determinar que las Unidades de Antinarcóticos conocen los lugares a los que acuden gran afluencia de consumidores para adquirir la sustancia y es justamente en estos lugares en donde los detienen, pues para la cantidad de detenidos, cantidad de sustancias y circunstancias en las que se realizan (vía pública), difícilmente pueden ser traficantes, con lo que se demuestra una vez más que la Policía de Antinarcóticos acuden a estos sectores y aprehenden a las personas que compran la sustancia.

Un ejemplo de relevancia es la sentencia No. 4558-2016, en la que no se especifica las generales de ley del procesado, únicamente se hace constar el nombre, a pesar de esto se emitió sentencia condenatoria, sin importar que el procesado haya manifestado que es un consumidor desde joven y que la cantidad que tenía era para su consumo, en este caso no se realizó al menos la pericia psicosomática, es más al momento de realizarle el registro no le encontraron ni los documentos personales, no obstante recibió condena de 4 meses de prisión y 3 salarios de multa, por medio del procedimiento abreviado; al respecto queda en tela de duda que el Fiscal haya realizado alguna de las diligencias para determinar que es un consumidor.

2.15.2. Razonamientos acerca de las medidas cautelares.

En este acápite se va a tratar la medida cautelar de prisión preventiva, en lo que respecta a la aplicación de esta medida se observa discriminación, debido a que en las sentencias en donde los procesados pertenecen a zonas populares o estratos económicos bajos, el juzgador dicta prisión preventiva de forma prioritaria, omitiendo realizar un análisis sobre la procedibilidad de la medida, no obstante de haber justificado que permanecerán vinculados al proceso, un ejemplo de aquello es que presentan escrituras de propiedad de inmuebles, contratos de trabajo como empleados privados e incluso partidas de nacimiento de sus hijos; arraigos que para el juzgador resultan insuficientes.

Lo que por el contrario no sucede cuando una persona es detenida y pertenece a estratos económicos altos, con trabajos mejor remunerados, domicilios más valorados y con la misma documentación, el resultado cambia, pues se sustituye a la prisión preventiva por medidas cautelares personales diferentes como la presentación periódica,

prohibición de salida del país, entre otras, con lo que se demuestra cierto privilegio en la concesión de medidas cautelares.

En todos los casos en los que se extrajeron las muestras, durante los años 2015 y 2016, se puede vislumbrar el mismo patrón, pues lo único que varía es la cantidad de droga por la cual se dictó prisión preventiva, ya que para el año 2016 las escalas variaron, sin embargo, el trato ya no corresponde a la cantidad, sino por las características de las personas.

Para justificar lo manifestado, podemos referir que en la gran mayoría de causas se dictó prisión preventiva, a excepción de la causa No. 0460-2016, en la que el procesado tiene su domicilio en calle Leonardo Murial y Av. 6 de diciembre, Conjunto habitacional Brasilia 3 del cantón Quito y no contaba con elementos para justificar otro tipo de arraigos como familiares, sociales y personales, por lo que no se dictó prisión preventiva.

2.15.3. Razonamientos acerca de las circunstancias en las que se cometió el delito.

Para el análisis sobre las circunstancias en que fueron aprehendidos los procesados se tomaron en cuenta dos periodos, el primero desde la entrada en vigencia hasta la primera reforma del COIP y la tabla, y el segundo posterior a la reforma hasta un año después, correspondiendo a un año de tiempo para cada periodo.

Del primer periodo, por lo menos el 60% de las sentencias establecen que son casos en los que la policía aprehendió a los procesados en allanamientos y seguimientos en vehículos, pues en este tiempo las cantidades eran más altas y por ende de cierta manera realizaban diligencias investigativas para proceder a tomar procedimiento.

Mientras que en el segundo periodo se verificaron únicamente dos allanamientos, y los demás casos corresponden a personas que se encontraban transitando, lo que demuestra que los agentes de la policía no realizaban ningún tipo de investigación y que por el contrario estaban tomando a la población de consumidores por discriminación, pues en los sectores marginales al observar a alguna persona en actitud nerviosa, acto propio del consumo, proceden a limitar la libertad de tránsito y si encuentran algún tipo de sustancia lo trasladan hasta la Unidad de Flagrancia para iniciar el proceso penal, o en su defecto obstruyen su libertad, a pesar de no encontrar ninguna sustancia prohibida y los dejan ir.

En este contexto para mostrar lo manifestado es importante citar las causas No. 4302-2016, 4630-2015, 4943-2015, 0674-2016, en donde no están detalladas las circunstancias de la aprehensión, sino de forma general hacen referencia a que se encontraban circulando y fueron interceptados; de esta manera se evidencia que tales sentencias serían inválidas, debido a que no se puede juzgar a una persona sin existir una teoría del caso que se encuentre complementada con los elementos presentados y valorados por el juzgador, en definitiva no guardan un nexo causal.

2.15.4. Razonamientos acerca categorización de los elementos de convicción.

Debemos tomar en cuenta que los elementos de convicción, únicamente alcanzan el valor de prueba al ser practicados y controvertidos en juicio, sin embargo, en casi todas las sentencias el denominador común es que han sido resueltas mediante el procedimiento abreviado, por tales consideraciones no podrían alcanzar el valor de prueba, a pesar de esto, todos los elementos de convicción que presenta el fiscal de forma unilateral en la audiencia de procedimiento directo, han sido considerados como elementos de prueba o elementos probatorios por los jueces de la Unidad Judicial con Competencia en Infracciones Flagrantes; de este modo solamente cuatro sentencias se resolvieron mediante el procedimiento directo controvertido, por lo que estas son las únicas que podrían ser concebidas como elementos de prueba.

Al respecto es importante manifestar que el análisis no se refiere únicamente al término utilizado sino al fondo, pues en el momento que el procesado acepta el hecho fáctico y no se practica la prueba conforme las reglas del COIP, siendo el más importante el principio de contradicción, solamente alcanzaría el valor de elemento de convicción.

Es así que el artículo 637 del COIP respecto del procedimiento abreviado manifiesta lo siguiente: “la o el juzgador concederá la palabra a la o al fiscal para que presente en forma clara y precisa los hechos de la investigación con la respectiva fundamentación jurídica”. De este modo, al realizar el análisis de las sentencias se observa que los fiscales únicamente mencionan los elementos que han recabado hasta ese momento procesal, sin fundamentar porque razón cada uno de ellos los lleva a la certeza sobre la comisión del delito y a concluir adecuadamente que los procesados son culpables.

Un ejemplo de aquello es al citar la pericia química, cuando manifiestan que se “demuestra es una sustancia prohibida, el peso de la misma y donde se encontró”, con lo que podemos decir que adolecen de motivación investigativa y en consecuencia los jueces

practican el mismo ejercicio, al replicar lo referido por el fiscal y en base a dicha información emiten sus resoluciones careciendo de motivación lógica.

2.15.5. Razonamientos acerca sobre los elementos de convicción que valora el juzgador para emitir la sentencia.

Ahora bien, con lo detallado anteriormente veamos los elementos que se presentan al juzgador para que sean valorados y pueda pronunciar el fallo.

Realizado el análisis de los dos periodos, en todos los casos en los que se trata de drogas, indistintamente que se presenten todos o ciertos elementos de los que se detallan a continuación, son los que el juez valora y le sirven de sustento para emitir la sentencia.

- Parte policial de aprehensión.
- Pruebas de identificación preliminar homologada.
- Informe de verificación y pesaje de la sustancia aprehendida.
- Versión libre, voluntaria y sin juramento del policía aprehensor.
- Parte informativo elevado a la Fiscalía Especializada en Delitos Flagrantes.
- Versión libre y voluntaria del procesado.
- Informe pericial químico.
- Reconocimiento del lugar de los hechos.
- Acta de destrucción de la sustancia.
- Examen psicosomático.
- Acta de audiencia de procedimiento abreviado.
- Examen psicológico.

La gran mayoría de elementos sirven únicamente para demostrar que el procesado tenía la droga, es decir los elementos objetivos del tipo, pero nada se hace para establecer la finalidad o destino de la sustancia, por ende, el juez no cuenta con prueba plena respecto de los elementos subjetivos, sean estos para justificar la conducta penalmente relevante o eximiendo la misma.

Existen juzgadores que también utilizan el acta de audiencia de procedimiento abreviado en donde el procesado acepta que la sustancia se encontraba en su posesión,

como elemento de convicción para dictar sentencia condenatoria, es importante manifestar que si bien es cierto el inculpado acepta el hecho fáctico, no se trata de un elemento de convicción que haya recabado la Fiscalía, sino más bien de un requisito para poder realizar este procedimiento especial.

Un aspecto importante de mencionar es que por regla general Fiscalía no dispone la realización de pericias psicológicas - rasgos de personalidad a los procesados, sin embargo en las sentencias del año 2015, existen dos casos en los que se practicaron la referida experticia y se emitió sentencia condenatoria, en razón de que la cantidad que tenían los procesados era excesiva para su consumo y el examen psicológico demostró que tenían un alto nivel de insinceridad con relación a los hechos; recordemos que en el primer periodo la escala era mucho más alta que la del año 2016.

De la misma manera en el año 2016, en cuatro casos en los que se realizó el examen psicológico a los procesados se confirmó el estado de inocencia, lo que nos revela es que la cantidad de droga para ser considerado consumidor era mucho más baja que en el año 2015, por lo que técnicamente el perito psicólogo puede establecer si la persona sorprendida en posesión de la sustancia es consumidora o no, esto tomando en cuenta tanto la cantidad de drogas para ser punible, como del examen psicológico por el relato del procesado, la vida que este llevaba y los rasgos de personalidad, determinar que nos encontramos frente a un consumidor; por lo que se deben conjugar los elementos objetivos con los subjetivos para emitir sentencias justas.

2.15.6. Razonamientos sobre las conclusiones la pericia psicosomática.

En la actualidad el elemento fundamental con el cual se puede demostrar que el hecho de ser consumidor es verdad o no, es con la pericia psicosomática junto con la versión del procesado. De esta manera en el primer periodo analizado se pudo determinar que se realiza únicamente la pericia psicosomática, con la cual la acción se extinguió por tratarse de un consumidor, lo que nos lleva a concluir que los casos llevados con la primera tabla, en que las escalas eran más altas y por cuanto las investigaciones estaban encaminadas a personas que tenían sustancias con pesos significativos e injustificables, los procesados preferían no perder el tiempo en solicitar el examen psicosomático para demostrar ser consumidores.

En contraposición con las sentencias del segundo periodo, se puede observar un incremento de solicitudes dado que las cantidades son más bajas, así como a pesar que el

examen psicosomático determina que la persona procesada es dependiente de la sustancia, la misma no se valora y se dicta sentencia condenatoria, para muestra de lo manifestado se encuentra la causa No. 1856-2016, en la cual se determina que el señor Luis David Maila Tapia, “PRESENTA DEPENDENCIA A LA MARIHUANA Y A LA COCAÍNA” y los policías aprehensores manifestaron que “en el registro se le encontró en el bolsillo derecho de su pantalón una funda plástica de color blanco, cuyo interior contenía nueve fundas pequeñas con una sustancia vegetal verdosa”, a pesar de esto fue condenado a un año de prisión y multa de 10 salarios.

2.15.7. Razonamientos sobre la pertinencia de la pericia cuantitativa o cualitativa.

En muchos casos la sustancia sujeta a fiscalización no se encuentra en estado puro, por hallarse mezclada con otro tipo de elementos, por ejemplo, la cocaína comúnmente se mezcla con talco, maicena u otro componente; por lo que el objeto de estas pericias es determinar la cantidad de sustancia que efectivamente corresponde a droga. Por otra parte, el fiscal no dispone de oficio este tipo de pericias, es así que en el primer periodo no se verifica que existen, el motivo se debe a que en el 2015 las mismas eran desconocidas, por lo tanto, no se solicitaban ni practicaban.

En el segundo periodo, esto es en el 2016 cuando la defensa llega a conocer sobre el alcance de estas pericias se realizan a muy pocos casos, por lo general a pedido de parte sin impulso fiscal, esto puede responder a que la cantidad descendería, las causas de mediana podrían bajar a mínima escala, demostrar que es para el consumo e incluso el procesado verse beneficiado de la extinción de la acción penal y resolver los casos de una manera más justa y objetiva.

Con la finalidad de sustentar lo manifestado se hace alusión a la causa No. 3848 – 2016, en la que el señor MAMMADOV ILYAS tenía 11 fundas que presumiblemente contenían base de cocaína y al realizar la pericia cuantitativa y cualitativa, dio como resultado un gramo con lo que queda extinguida la acción penal.

Así mismo con relación al caso No. 4302 – 2016 en el cual se determinó que el señor Joel Patricio Segovia Varela fue aprehendido por tráfico, a pesar de que en la sentencia no se establece la cantidad de sustancia, sin embargo, al momento de realizar la pericia cuantitativa y cualitativa el resultado fue de 0.84 gr, que estaría por debajo de lo prohibido y por ende extingue la acción penal.

2.15.8. Razonamientos acerca de los elementos subjetivos del tipo.

Respecto de los elementos del tipo no solo se analizaron los elementos subjetivos, sino también la valoración doctrinaria que efectúa el juzgador al momento de dictar sentencia, en este sentido podemos decir que carece de lógica, ya que en algunos casos únicamente se limita a manifestar que se han cumplido con todas las categorías como son: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sin demostrar de qué manera se cumplieron cada de uno de los elementos.

Del mismo modo, en todas las sentencias al referirnos a la tipicidad subjetiva, solamente se manifiesta haberse cumplido con los elementos volitivo y cognoscitivo, mas no se detalla con qué elementos estos actos fueron probados por parte de Fiscalía, es decir, la relación de causalidad entre la sustancia encontrada y la intención o actos para traficar, por lo que el juzgador no tiene la certeza que la persona procesada tenía la intención de transmitir, vender, traspasar esas drogas a otra persona a título oneroso y lucrar de las mismas, en definitiva en los fallos no se determina de una manera coherente la tipicidad subjetiva y tan solo se limita a decir que no existe error de tipo ni de prohibición.

2.15.9. Razonamientos acerca sobre el bien Jurídico tutelado y lesionado.

El juzgador con la finalidad de justificar la necesidad y proporcionalidad de la pena debería establecer el bien jurídico y la forma en que fue lesionado con el acto específico que realizó el procesado, más sucede que en todas las sentencias manifiestan que el bien jurídico violentado es la salud pública, incluso en algunos casos solo dice bienes jurídicos supraindividuales, sin especificar al acto en concreto que realizó el procesado y de qué forma lesiona la salud pública.

Aunque de los actos investigativos cuando existe tenencia de drogas con finalidad de consumo, no se puede alegar que existe un daño a la salud pública, ya que la única persona inmiscuida es el que consume y no hay terceros, por lo que justificar una lesión a la salud pública no solo que es erróneo sino inmoral.

2.16. Propuesta de los actos pre procesales y procesales penales que debería realizar la Fiscalía General del Estado para determinar la tenencia con fines de consumo.

Al haber observado todo el proceso que se sigue en esta clase de delitos y comprender el trabajo que realiza el fiscal para demostrar la materialidad y responsabilidad del procesado, así como el juzgador con las decisiones que adopta con relación a estos casos y que en definitiva sale un poco de la esfera normal de otros procesos penales. En última instancia, a manera de recomendación debemos puntualizar los actos que no efectúa el fiscal y que pueden constituir un elemento primordial para la realización de una investigación integral y correcta sanción.

2.16.1. Conveniencia del examen Psicosomático y Test Multidrogas.

En la actualidad el examen psicosomático sirve para determinar si la persona aprehendida es consumidora de sustancias, esclarece la etapa de dependencia en la que se halla y si la cantidad encontrada es excesiva para el consumo inmediato o según las características del consumidor puede ser para un consumo posterior.

De esta manera creemos pertinente determinar en el examen psicosomático la cantidad de droga encontrada y de acuerdo a las características del procesado en que tiempo puede consumirla, pues de la entrevista es posible deducir si tiende a aislarse por algunos días para consumir drogas (teoría del aprovisionamiento) lo que se corrobora con otros elementos. En suma, los operadores de justicia contarían con una herramienta útil y eficaz para establecer que se trata de un consumidor y no es necesaria una pena sino la aplicación de otras medidas.

Además, en el examen psicosomático se puede hacer constar si el dependiente tiene las características para consumir solo o en grupo, pues si lleva más cantidad de la permitida se puede confirmar cuando el procesado manifiesta la teoría del consumo grupal, claro está que se requieren las versiones de las personas con las que el procesado consume.

Con relación al test multidrogas¹³⁰, es recomendable que sea valorado como elemento de convicción independiente y no que sirva como sustento para atribuirle valor al examen psicosomático, por lo tanto, para que alcance el valor de prueba es necesario contar con el testimonio de la persona que lo aplicó o una certificación en la que conste la autenticidad de la aplicación al procesado.

2.16.2. Conveniencia del examen psicológico.

Conforme lo manifestado en líneas anteriores existen únicamente seis casos en los que se realizó un examen psicológico, en los cuales se pudo confirmar la veracidad de lo manifestado. Ahora es importante adoptar estas diligencias con relación a los procesados que manifiesten ser consumidores, pues la Fiscalía debe realizar un examen psicológico, en el que se determine los rasgos de personalidad del procesado, la tendencia a la insinceridad o no y si sus capacidades corresponden a una persona dependiente a las drogas; esto sería con la finalidad de orientar respecto de las características del procesado como consumidor y contrastar con los demás elementos de convicción, para determinar si es verdad lo que este manifiesta, así como conocer la capacidad en los síndromes de tolerancia y abstinencia.

De ser el caso se puede realizar una pericia psiquiátrica a fin de determinar si el dependiente tiene una afectación a nivel cerebral por el consumo exagerado de la sustancia ilícita y de ser positiva no procedería la sanción sino un tratamiento.

2.16.3. Conveniencia de la pericia de entorno social.

Las personas que han caído en dependencia de la sustancia prefieren contar con recursos para satisfacer el consumo antes que conservar los bienes del hogar, por esta razón se ven abocados a llevar un estilo de vida desordenado y con carencias, llegando incluso a vender objetos sin importar el menoscabo que pueden ocasionar al patrimonio familiar, de este modo, esta pericia es clave por cuanto en el mismo lugar en que el procesado se desenvuelve, se puede corroborar la forma en que vive y su adicción, pues

¹³⁰ Prueba rápida en una sola etapa para la detección cualitativa simultánea de drogas múltiples y sus metabolitos en orina humana. Solo para el uso médico y otro profesional de diagnóstico in vitro de Amfetamina, Amfetamina 500, Amfetamina 300, Barbitúricos, Benzodiazepina, Benzodiazepina 200, Buprenorfina, Cocaína, Cocaína 150, Marihuana, Metadona, Metanfetamina, Metanfetamina 500, Metanfetamina 300, Metilenedioximetanfetamina, Morfina 300, Opiáceo 2000, Oxicondon, Fenciclidina, Propoxifeno y Antidepresivos Tricíclicos.

con las entrevistas colaterales a familiares y demás personas que rodean su entorno, se puede confirmar o desmentir la teoría del caso que llegue a presentar la defensa, en el sentido de que el procesado es una persona dependiente y la cantidad encontrada que puede superar los límites era para su consumo permanente o posterior.

Esta diligencia es un aporte para conocer la gravedad de la adicción del procesado, ya que hay personas que pierden su familia, hogar, domicilio e incluso el trabajo por el abuso de la sustancia y se ven inmersos en una situación de callejización, lo cual quedaría sentado en el informe de entorno social.

De igual manera se puede distinguir al consumidor del traficante que ha hecho de su modo de vida el expendio de sustancias por las que obtiene un rédito económico, respecto de este último se podría evidenciar un estatus suntuoso que difiere de un consumidor, por lo que familiares y demás conocidos no podrán corroborar un consumo, además en las entrevistas colaterales al indagar sobre este tema no va a coincidir la información proporcionada en cuanto al tipo de sustancia, tiempo de consumo y demás aspectos que los trabajadores sociales pueden obtener para establecer que no se trata de un consumidor.

Por último, existen campos específicos que contiene una pericia de entorno social y que ayudan a conocer con mayor exactitud lo que en verdad sucede¹³¹ y son los siguientes:

- Individualización del grupo familiar del imputado: identificación de integrantes, vínculos con el procesado.
- Descripción de la situación familiar actual e hitos relevantes de su historia que puedan influir en el procesado.
- Situación habitacional del grupo familiar.
- Situación económica del grupo familiar.
- Antecedentes laborales del procesado.
- Antecedentes educacionales del procesado.

¹³¹ Entrevista realizada a la Lic. Martha Chapanta, Trabajadora Social de la Fiscalía Provincial de Pichincha.

- Antecedentes de salud del procesado.

2.16.4. Conveniencia sobre la incorporación de las historias clínicas médicas y psiquiátricas.

Si el procesado afirma ser dependiente del consumo y haber intentado recibir tratamiento, se puede solicitar todos los antecedentes al centro a fin de conocer el progreso de la rehabilitación y grado de dependencia, esto ayudará a determinar la cantidad de droga que acostumbra consumir, la frecuencia y si continúa inmerso en el consumo de sustancias; estos elementos contribuirán a las historias clínicas psicológicas en lo concerniente a la sintomatología y nexos de la afectación.

Existen otros casos en que los procesados han presentado complicaciones de salud a causa de su adicción, teniendo que ser trasladados a hospitales por problemas del estómago o ingresados a emergencias por sobredosis, al contar con estos elementos es posible determinar que efectivamente nos encontramos frente a un enfermo y que es importante reciba tratamiento para tratar la adicción, de conformidad con el artículo 364 de la Constitución del Ecuador.

2.17. Propuesta de procedimientos especiales para los consumidores de sustancias estupefacientes.

Cuando la Fiscalía y el órgano jurisdiccional han determinado que se trata de un consumidor es necesario contar con apoyo interinstitucional, a fin de llevar un control adecuado y eficaz de las medidas que se le impongan al procesado y de esta forma sustituir la prisión preventiva por la rehabilitación y desintoxicación, es en este sentido que se requeriría de la intervención del Ministerio de Salud Pública, la Policía Nacional, MIES entre otros.

La propuesta que se hace en este trabajo está orientada a cambiar el esquema de punibilidad por una sanción de carácter contravencional y de control administrativo, tomando en consideración que la doctrina establece como un mecanismo de punibilidad las medidas de seguridad, que también están dirigidas a la colectividad.

En el caso que nos ocupa quiere proteger la seguridad ciudadana. Pues bien, el mismo tribunal Constitucional tiene declarado que un Estado social y democrático de Derecho... el carácter de infracción administrativa de la tenencia ilícita de drogas hace que en la práctica no se restrinja la apreciación del ilícito, sino que esta se produzca verificándose formalmente la posesión de drogas prohibidas.¹³²

2.17.1. Creación de medidas de seguridad para los delitos de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

El consumo de drogas deviene en un problema significativo que es la adicción a las sustancias psicotrópicas y estupefacientes, el cual pone en riesgo al bien jurídico protegido por la Constitución del Ecuador como por el Código orgánico Integral Penal, que en este caso es la salud pública de todas las personas que en general vivimos en sociedad y esto es considerado como un delito en Ecuador, por ende de conformidad con el Art. 364 de la Constitución, es deber del Estado poner fin a este problema y crear soluciones para el mismo, con diferentes modalidades para garantizar **la seguridad social, la rehabilitación y por consecuente la adecuada reinserción de las personas rehabilitadas a la sociedad.**

En nuestra Constitución ecuatoriana, en el artículo 201 se encuentra tipificado la rehabilitación social como un sistema, para que las personas sentenciadas por la comisión de delitos, se rehabiliten con la finalidad de integrarse nuevamente a la sociedad, en este sentido se utiliza como mecanismo de rehabilitación, por una parte a las cárceles, denominadas en la Constitución del Ecuador como centros de rehabilitación social y por otra parte, para la práctica de rehabilitación como tal **a las actividades** que se desarrollaran dentro de los centros penitenciarios, en este caso tenemos, la asistencia de los procesados a cultos o eventos de carácter religioso que se practican dentro de las cárceles, a talleres de trabajos artesanales, a prácticas deportivas y otras actividades a fines, que si bien es cierto incorporan a la los privados de libertad en actividades colaborativas, sociales, pero no re habilitantes, la finalidad de la prisión es la rehabilitación y en nuestro sistema penitenciario se realiza el desarrollo de habilidades mas no de tratamientos.

¹³² Revista de Derecho Penal, Director Edgardo Alberto Donna, autor Miguel Ángel Boldova Pasamar “Tenencia y consumo de drogas: los límites de la prohibición den el derecho español”, (Buenos Aires: editorial Instituto de Ciencia Penales), 332.

Sin embargo poco o nada ha cambiado la modalidad de rehabilitación para las personas sentenciadas por tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, en el caso que nos atañe son específicamente las personas consumidoras, que fueron aprehendidas por haber sido encontradas con gramajes que sobrepasan los límites permitidos por la ley, en este sentido es importante remitirse al artículo 32 de la CRE, donde se menciona que el Estado será el ente encargado de garantizar el derecho a la salud, por tal situación al momento de encontrar a una persona consumidora, privada de libertad, el Estado incurre en un error de rehabilitación, por hacer uso de un mecanismo inadecuado para tratar a una persona consumidora de drogas.

Como es conocido existen medidas de seguridad social que básicamente se tratan de programas de prevención y erradicación del consumo de estas sustancias, si bien es cierto de suma importancia no se va a tratar en la presente tesis por abarcar otra área de estudio y con relación a las medidas de seguridad de carácter personal, las que la suscrita considera como pertinentes son las siguientes:

Partiendo del concepto que medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

Desde luego, la caracterización del sistema penal panameño que acaba de hacerse, supone marcadas diferencias con sistemas penales como el colombiano que sólo ha sido seguido parcialmente. Y, sobre todo, con el español que prevé una Ley de peligrosidad y rehabilitación social en la cual se consagran estados de peligrosidad pre y postdelictual (35), según el caso, como la vagancia, la prostitución, la pornografía, la mendicidad, la toxicomanía, la ebriedad, el tráfico ilícito de drogas tóxicas, el llamado gamberrismo, la militancia en bandas juveniles o pandillas, el porte de armas, el favorecimiento de movimientos inmigratorios, la reincidencia o la habitualidad, se señalan diversos estados de peligrosidad referidos a imputables, semi-imputables e inimputables, que han originado innumerables críticas por parte de la doctrina especializada.

Por lo que se propone que como en los casos de tenencia de sustancias en las escalas mínima y mediana, la sanción prioritaria sea las medidas de seguridad y más aún cuando se presume que el sentenciado sea un consumidor.

2.17.2. Recomendación de internamiento, cura o desintoxicación

Sobre este tema Ana Isabel Sanz García, en su obra *Las Drogas*, manifiesta lo siguiente:

Por lo demás el tratamiento requiere dos fases que aparecen sencillas, una hacer todo lo necesario para que deje de consumir drogas y la otra es que lograda esta fase evitar que inicie de nuevo el consumo. Es un proceso progresivo muy variable, pues variable son también las sustancias, habrá un tratamiento para la cocaína, otro para la heroína...¹³³

De esto último podemos sugerir que las personas que se encuentran con altas cantidades de sustancias, que además hacen presumir son excesivas para su consumo y en contraste se cuentan con elementos que comprueban es consumidor, la opción más viable es que en lugar de ser recluido en un centro de rehabilitación social, el juzgador pueda disponer el internamiento en un centro de recuperación para adictos y realice el seguimiento de las acciones que se están tomando con relación al tratamiento de la persona restablecida, para después de cumplida por un periodo de un año proceder a la extinción de la acción penal.

Constituye un aporte para la rehabilitación la primera fase que es el internamiento, la finalidad es que la persona farmacodependiente, pueda curarse de la adicción a la correspondiente sustancia que la persona tenga, esto se aplicaría como un mecanismo administrativo, que sustituya la pena privativa de libertad, imponiéndole por parte del administrador de justicia, acudir a centros especializados con el personal técnico adecuado para la rehabilitación, de forma obligatoria y no opcional, para eficacia de este aporte, los médicos tratantes, son quienes deben plasmar la adecuada forma de internar a un adicto a las drogas.

2.17.3. Aplicación de guías de seguimiento.

En los casos en los que la persona fue aprehendida por delitos de tenencia de drogas, se evidencia que está iniciando en el consumo de la sustancia y que efectivamente la cantidad es muy pequeña, por tal razón el juzgador puede disponer el cumplimiento de

¹³³ Ana Isabel Sanz García, “Las Drogas”, (Madrid: Editorial Acento), 83.

medidas similares a las de la suspensión condicional de la pena, no obstante, las mismas deberían ser ordenadas antes que se declare la culpabilidad de la persona dependiente como autor del delito. Creemos pertinente proponer las siguientes condiciones.

- Obligación de presentarse periódicamente a un centro que determine el MIES.
- Obligación de buscar trabajo y demostrar con los respectivos certificados el cumplimiento del mismo.
- Obligación de acudir al centro de salud más cercano a su sector y tomar las terapias para adictos.
- Iniciar terapia individual y familiar con el objetivo de crear destrezas en el manejo de la adicción.
- Presentarse periódicamente al centro de salud para proporcionar las muestras de sangre u orina y de esta manera determinar que se encuentra en un proceso de desintoxicación.

Una vez verificado el cumplimiento de las condiciones por un periodo determinado y con los informes de cada centro destinado para el efecto, el juzgador podrá declarar extinguida la acción penal, a fin de que la persona procesada no cuente con sentencia condenatoria.

2.17.4. Recomendación del procedimiento para personas que inician en el consumo.

En el supuesto de las personas que inician en el consumo, que son bastante jóvenes, cuya edad oscila entre los 18 a 25 años y son estudiantes, el juzgador podrá disponer que cumplan con las siguientes acciones:

- Obligación de acudir al centro de salud más cercano a su sector y tomar las terapias para adictos.
- Iniciar terapia individual y familiar.
- Prestar servicios comunitarios por un mínimo de 100 horas, especificando se realicen en las horas que acostumbra consumir.
- Asistir a charlas informativas y conferencias donde se instruyan sobre los peligros que produce el consumo de estupefacientes, para el efecto se puede contar con el apoyo del MIES.

- Las personas que como consecuencia de este problema hayan abandonado los estudios, deberán retomar y demostrar que están cumpliendo con esta obligación, manteniendo un promedio mínimo de notas.

Conclusiones

En primer lugar, se llegó a conocer que los elementos que se encuentran en los dependientes de sustancias son los síndromes de abstinencia y tolerancia, además de los efectos que se generan, a partir de esto se determinó que a nivel internacional es un problema de salud pública y como tal no merece represión sino un tratamiento especial.

Se realizó un análisis referente a los delitos de peligro y como estos en base a los principios de necesidad, taxatividad y otros de carácter constitucional, contribuyeron para demostrar que la norma a pesar de estar vigente no es válida, por consiguiente, no deberían ser sancionados, así mismo es recomendable realizar un correcto estudio sobre la necesidad de la sanción para aplicar una verdadera punibilidad en esta clase de delitos.

Desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal se logró establecer que el delito no tiene asidero porque no cumple con las categorías dogmáticas en ninguna de las escuelas, por ello se analizaron de una manera más técnica las escuelas clásica, neoclásica, finalista, la funcionalista radical y moderada y ciertos elementos del garantismo como corriente actual, sin embargo, en ninguna se justifica la excesiva punibilidad que se aplica en el Ecuador.

De la misma manera se demostró que la Fiscalía en los casos de drogas se encuentra bajo la dirección de la policía antinarcóticos, pues son ellos los que dirigen la investigación penal y por su iniciativa se incorporan los elementos que se presentan al juzgador, en consecuencia, son estos en los que se fundan para dictar sentencia.

Se estudiaron las principales pericias que se practican en este tipo de procesos para justificar que no son objetivas y que poco se hace para demostrar que la persona que se encontraba en posesión de la sustancia es dependiente. Ello implica considerar que si bien es cierto las cantidades pueden sobrepasar los límites no es merecedor de una sanción por cumplir con los requisitos del artículo 364 de la Constitución del Ecuador.

En referencia a la tabla que fue emitida inicialmente y reformada conjuntamente con el COIP, en la que se agrava la situación de procesado, se evidenció que carece de sustento técnico, obedece a cuestiones de política y es por demás injusta, pues no reúne los elementos básicos para que se dé cumplimiento a lo establecido en el artículo 364 de la Constitución.

Se realizó un análisis de campo de las sentencias de la Unidad de Flagrancia, con las cuales se demostró las deficiencias que presentan los fallos de los juzgadores, por no cumplir con los requisitos de motivación y existir una valoración de la prueba parcializada, lo que las convierte en sentencias ineficaces e inaplicables.

Recomendaciones

Es necesario que la disposición normativa del artículo 220.1 literales a y b del Código Orgánico Integral Penal sea reformado, con la finalidad de otorgarle el tecnicismo jurídico actual que requiere para que tenga validez y guarde armonía con la política pública que persigue el Estado, a través el artículo 364 de la Constitución del Ecuador.

Es recomendable modificar la tabla creada por el CONSEP con el objeto de evitar una rigidez en los estándares mínimos y máximos para las cantidades de las sustancias, en este sentido, se debería prestar estricta observancia al aporte proporcionado por el Ministerio de Salud Pública en lo concerniente a la correcta aplicación de los umbrales en este tipo de casos.

Es fundamental propiciar una cultura judicial eficaz para asegurar el pronunciamiento de sentencias justas con garantía de certeza. Un soporte importante sería establecer procesos de observación y control para los fiscales y juzgadores de la Unidad de Flagrancia, en cuanto a técnicas de investigación y judicialización de los procesos, pues precisamente deben llevar una investigación integral enfocada a disponer la realización de pericias que aporten con el esclarecimiento de la verdad histórica de los hechos.

Es imprescindible establecer una apropiada coordinación interinstitucional con el objeto de crear canales de comunicación y procedimientos de acción entre los Ministerios de Salud Pública, Inclusión Económica y Social y la Policía Nacional, etc., para disponer el cumplimiento de medidas de rehabilitación y reinserción de los dependientes a la sociedad.

Deberán ser implementadas medidas de seguridad en lugar de sentencias privativas de libertad. Del mismo modo, los operadores de justicia deberán buscar alternativas diferentes a la prisión, tales como: tratamiento, control periódico de muestras de sangre u otros fluidos, suspensión condicional del procedimiento cuando el procesado lo requiera y verificar el cumplimiento de las condiciones, entre otros.

En particular, los Fiscales deberán aplicar las recomendaciones que se establecieron en el presente trabajo en relación a la calidad de la investigación y de este modo, dotar al juzgador de herramientas para resolver el caso y que las sentencias no solo conlleven una sanción, sino la rehabilitación del dependiente de la sustancia prohibida.

Bibliografía

- Agudelo Betancur, Nódier. *Curso de Derecho Penal*. Bogotá: Temis S. A., 2002.
- . *Curso de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Editora La Constitución, 1994.
- Asamblea Nacional. *Constitución del la República del Ecuador*. Quito, 2008.
- Bacigalupo Z., Enrique. *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Santa Fe de Bogotá: Temis S. A., 1996.
- Benavides VS. Perú (FJ 157), Castillo Petruzzi VS. Perú (FJ 121) de fecha 30 de mayo de 1999; Fermín Ramírez VS. Guatemala del 20 de junio de 2005; García Asto y Ramírez. (s.f.)*.
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal, tomo I*. Bogotá: Temis, 1988.
- Claus Roxin. *Derecho Penal - Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, tomo I*. Madrid: Civitas, 1997.
- Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal - Parte General*. México: Editora Nacional, 1970.
- Definición de estupefaciente. 24 de abril de 2016.*
<https://sites.google.com/site/medicinalegalycriminalistica09/taller> (último acceso: 30 de agosto de 2021).
- Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal Parte Especial, tomo II C*. Buenos Aires: Editores RubinzalCulzoni, 2002.
- Falcone, Roberto Atilio. «Los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro.» *Revista de Derecho Penal – Delitos de peligro III*, Edgardo Alberto Donna, Javier Esteban de la Fuente y Roxana Gabriela Piña. Consejo de redacción (Rubinzal Culzoni), 2008: 270.
- Falcone, Roberto, y Facundo Capparelli. *Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

Grosso García, Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo código penal. Una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito*. Bogotá : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

Hans Welzel. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducido por José Cerezo Mir*. Madrid: Montevideo – Buenos Aires, 2004.

Hanz Welzel. *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Astrea, 1951.

Hernández-Aguado, Ildelfonso. 2008.

López Betancourt, Eduardo. *Teoría del delito*. México: Porrúa, 1998.

Núñez, Ricardo. *La Antijuridicidad del Hecho”, en Imputación Objetiva y Antijuridicidad, corp. Fernando Quiceno Narváez*. Bogotá: Editorial Jurídica Boliviana, 2002.

Organización Mundial de la Salud (OMS). *Qué son las drogas*. 24 de abril de 2016. <https://www.infodrogas.org/drogas?showall=1> (último acceso: 30 de agosto de 2021).

Rojas VS. Perú del 25 de noviembre de 2005; del caso Ricardo Canese VS. Paraguay del 31 de enero del 2004 (FJ 174); caso Kimel VS. Argentina del 02 de mayo del 2008 (FJ 63). (s.f.).

Villanueva, Raúl Plascencia. *Teoría del Delito*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

Villatoro, Pablo. «Estados Unidos y las Drogas: ¿Prohibir o legalizar?» *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad X(1)*, January 1994.

Anexos

Análisis de sentencias de delitos de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización de los años 2015 y 2016.

- <https://docs.google.com/spreadsheets/d/1GDe3Ppc1ZZC8kz5A0YBNmqF2imj1r3nr/edit?usp=sharing&ouid=100524635402191646798&rtpof=true&sd=true>