



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD

PUNITIVA: JUZGAMIENTO DE LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES

EN EL CANTÓN CUENCA.

TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR.

AUTORA: GRACE KARINA ABRIL BERREZUETA.

DIRECTOR: DOCTOR JUAN CARLOS SALAZAR ICAZA.

CUENCA, ECUADOR

2013

DEDICATORIA

En primera instancia, dedico este gran logro a Dios, quien a más de regalarme la vida, me está dando la oportunidad de cumplir uno de mis más grandes sueños; lo dedico también al hombre cuyo amor ha sido mi motor y mi fuerza, mi esposo Alfredo Avilés, así como a mi mayor inspiración y máspreciado tesoro, mi hija Anelisse; lo dedico asimismo a mis padres Germán y Narcisa, quienes me han apoyado incansablemente a fin de ver reflejado en mí sus más grandes anhelos de éxito, finalmente lo dedico a mis bellas hermanas Omayra y María Augusta así como a mi hermosa sobrina Cris Saltos y mi cuñado Andrés Vintimilla, importantes partícipes de esta meta alcanzada.

AGRADECIMIENTOS

Dios, mi inagotable fuente de sabiduría te agradezco primeramente a ti por haber hecho posible la realización de este trabajo, así como agradezco también a mi esposo, Alfredo Avilés, quien con su amor y comprensión ha hecho de este un sueño conjunto; doy gracias infinitas también a mis padres, Germán y Narcisa, cuyo apoyo incondicional desde un inicio ha sido imprescindible para hacer posible lo que hoy es ya una realidad, finalmente agradezco a cada uno de los profesores y catedráticos que han transcurrido por mi vida universitaria aportando desinteresadamente de sus valiosos conocimientos, de forma especial agradezco al Doctor Juan Carlos Salazar, maestro y amigo al que agradezco además todo el tiempo y dedicación invertidos en la revisión de este trabajo.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
ÍNDICE DE CONTENIDOS	iv
ÍNDICE DE ANEXOS.....	vi
RESUMEN	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	2
1. LA TEORÍA DE LA PENA.....	2
1.1. La pena y su historia.....	2
1.1.1. Época primitiva.....	2
1.1.2. Edad antigua.....	4
1.1.3. Edad media.....	6
1.1.4. Edad moderna.....	8
1.2. La justicia compulsiva y la pena.....	10
1.3. Finalidades de la pena.....	11
1.3.1. Teoría retributiva.....	11
1.3.2. Teoría preventiva.....	12
1.4. Definición de la pena.....	15
CAPÍTULO II.....	17
2. PROPORCIONALIDAD PUNITIVA.....	17
2.1. El principio de proporcionalidad punitiva.....	17
2.2. Requisitos del principio de proporcionalidad punitiva.....	19
2.3. Preceptos constitucionales respecto la proporcionalidad punitiva.....	20
2.4. La proporcionalidad de las penas dentro del ordenamiento jurídico.....	21
2.4.1. Código Penal.....	21
2.4.2. Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.....	25
2.4.3. Proyecto del Código Orgánico Integral Penal.....	32
2.4.4. Convenios internacionales.....	37
2.5. Legislación extranjera.....	45
2.5.1. Estados Unidos de Norteamérica.....	45

2.5.2. México.....	46
2.5.3. República Dominicana.....	48
2.5.4. Argentina.....	49
2.5.5. Brasil.....	50
2.5.6. España.....	50
2.5.7. Suecia.....	51
2.6. Criterios criminológicos para la proporcionalidad punitiva.....	52
CAPÍTULO III.....	56
3. CASOS PRÁCTICOS.....	56
3.1. Revisión de sentencias por tenencia ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.....	56
3.1.1. Primer Caso: Sentencia del Juicio N° 0038-2011, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay.....	56
3.1.2. Segundo Caso: Sentencia del Juicio N° 0048-2012, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay.....	58
3.1.3. Tercer Caso: Sentencia del Juicio N° 0097-2012, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay.....	61
3.2. Análisis a las penas impuestas.....	64
3.3. Seguimiento penitenciario.....	65
CAPÍTULO IV.....	67
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	67
4.1. Conclusiones.....	67
4.2. Recomendaciones.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	74

ÍNDICE DE ANEXOS

ANEXO 1	77
Entrevista personal realizada al Doctor Leonardo Amoroso, Fiscal I de la Unidad de Delincuencia Organizada del cantón Cuenca.	77
ANEXO 2	78
Entrevista personal realizada al Doctor Miguel Méndez, médico legista.	78
ANEXO 3	79
Sentencia del Juicio N° 0038-2011, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay.....	79
ANEXO 4	86
Sentencia del Juicio N° 0048-2012, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay.....	86
ANEXO 5	97
Sentencia del Juicio N° 0097-2012, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay.....	97
ANEXO 6	111
Entrevista personal realizada al Doctor Vásquez, ex Director del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Cuenca.	111

RESUMEN

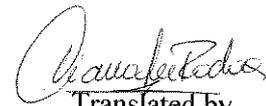
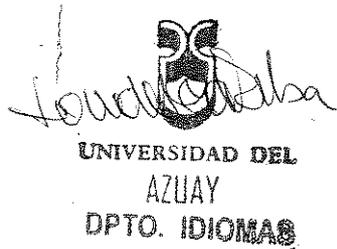
La tenencia de sustancias sujetas a fiscalización tipificada en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas contraría el principio constitucional de proporcionalidad punitiva puesto que, conforme se desprende del empleo de los métodos analítico, deductivo y demostrativo, desconoce la cantidad de narcóticos por la que se la juzga, imputándose idéntica pena en todos los casos; a más de no jerarquizar los bienes jurídicos tutelados en otros tipos penales, sancionándola con una pena aún superior a delitos cuyo menoscabo es evidentemente más significativo que aquel.

De este modo, frente al análisis de éstas y otras deficiencias de nuestro sistema al respecto, se contribuirá con recomendaciones conducentes a la aplicación de justicia.

ABSTRACT

The Possession of substances that are controlled by the Law on Narcotic and Psychotropic Substances is contrary to the constitutional principle of punitive proportionality since, according to the analytical, deductive and demonstrative methods, it does not take into account the quantity of the narcotics and it gives equal punishment in every case. In addition, it does not consider the rights that are legally protected in other types of criminal offenses that are much worse by providing superior sanctions.

Therefore, after analyzing this and other deficiencies in our system regarding this issue, we will contribute with recommendations for the application of justice.



Translated by,
Diana Lee Rodas

INTRODUCCIÓN

El numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador consagra como una de las garantías básicas del debido proceso la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, precepto constitucional cuya aplicación será analizada al tenor de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (2004) respecto al delito de tenencia y posesión ilícitas de sustancias sujetas a fiscalización conforme lo consagra el artículo 62 *ibídem*, a fin de determinar si la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales, tipificada en dicho cuerpo normativo además de constitucional es racional de acuerdo al daño que su conducta genera conforme al principio de proporcionalidad mínima de la pena respecto la magnitud de la lesión planteado por Zaffaroni (2005). A más de ello, a fin de justificar su validez se determinará si el legislador previo a la tipificación del tipo penal en estudio, ha jerarquizado las lesiones producidas con dicha conducta en relación a los bienes jurídicos tutelados en otros tipos penales.

Para tal efecto, la investigación empleada en la elaboración del presente trabajo además de documental será de campo, de modo que se analizarán sentencias dictadas en el cantón Cuenca que reflejarán la correcta, o indebida aplicación del principio constitucional de proporcionalidad punitiva.

CAPÍTULO I

1. LA TEORÍA DE LA PENA.

1.1. La pena y su historia.

Según el autor Carlos Fontán Balestra (1980), la pena ha evolucionado básicamente en el desarrollo de cuatro épocas, las cuales se encuentran comprendidas por: época primitiva, edad antigua, edad media y edad moderna.

1.1.1. Época primitiva.

En esta época los pueblos consideraban la pena como aquel castigo sufrido por quienes incurrían en acciones que en ese entonces eran consideradas como tabú, término que Cabanellas (1968) lo define de la siguiente forma: “Entre algunos pueblos de Oceanía, prohibición de comer o tocar algún objeto, por su carácter sagrado, cuando no maléfico. Por extensión, todo lo intangible; lo excluido de la mofa, de la crítica, al menos en público.” (p. 176). Castigo que aquellos suponían era impuesto de forma automática por los espíritus demoníacos y consecutivamente por los reyes.

Posteriormente, la pena fue considerada como privada, de forma que el particular que ha sido ofendido tenía la facultad de hacer justicia por mano propia en contra de su agresor, siendo el sentimiento de venganza la razón de dicha justicia; lo

cual se trasladó incluso a los otros miembros de la familia del agredido, quienes tenían la obligación de vengar la ofensa irrogada, para cuyo efecto se procedía mediante consejo de familia, a nombrar a uno de sus integrantes como el vengador de sangre de la misma.

A continuación, la pena pasó del ámbito privado a formar parte del público, de manera que las tribus admitieron como una institución jurídica la Ley del Talión, conocida habitualmente por la regla “ojo por ojo, diente por diente”, mediante la cual se logró un gran avance en esta materia puesto que, se restringió la venganza a la que tenía derecho la víctima en contra de su agresor a través de un castigo que cause el mismo daño que ha sido irrogado a ella, logrando así establecer una de las bases para constituir lo que luego se considera uno de los principios fundamentales del derecho como lo es la proporcionalidad punitiva.

Después de este gran avance, se llegó a considerar como una forma alternativa a la imposición de un castigo, el pago de dinero como retribución del culpable por el daño causado, consideración que tuvo lugar únicamente en determinados delitos, mas no en la totalidad de los casos como por ejemplo en el adulterio.

Ulteriormente, el Estado tras considerar que la venganza por mano propia en todas sus manifestaciones ocasionaba gran conmoción social, alterando totalmente su paz, decidió crear la pena pública, para cuyo efecto se prescribieron penas que se consideraban como más graves para quienes incurrirían en delitos que atenten contra el mismo Estado, y posteriormente hacia las personas, la propiedad, etc.

1.1.2. Edad antigua.

Años más tarde, en lo que respecta al derecho oriental, las sanciones que se imponían a quienes transgredían las leyes concebidas dentro de los libros sagrados era el sacrificio de los culpables, siendo los reyes en ese entonces quienes encontrándose investidos de dicha potestad imputaban penas crueles e inhumanas a los infractores. Hecho que ocurría de idéntica forma en China y Persia, además de aplicarse en esta última la Ley del Talión, misma que fue mayormente extendida en Asiria al no concebir, en su código denominado Hamurabí, ningún tipo de precepto religioso.

Pese a considerarse la crueldad como característica de la corriente oriental, se sostiene (Peralta, 2003) que la India fue uno de los países que por el contrario, admitía de cierto modo en su legislación, el principio de proporcionalidad de las penas, ya que se facultaba al príncipe de dicho país reprimir al culpable con las penas ya sea de prisión, hierros o penas corporales, dependiendo del delito que se hubiere cometido; lo cual resultó ser la muestra de la aplicación de un derecho más humano en comparación con las penas incluso de derramamiento de sangre impuestas en los demás países en la época.

Por otro lado, en lo que respecta al derecho hebreo, según el escritor Carlos Fontán Balestra (1980), las sanciones se encontraban consagradas en la Biblia, en los cinco primeros libros del antiguo testamento, contemplándose la imposición de las más variadas penas a quienes transgredían las leyes divinas, así como también

atentaban contra su prójimo y la buena moral; aplicándose a los infractores castigos mucho más leves que los que se contemplaban según el derecho oriental.

En lo que concierne al derecho griego, se pueden distinguir dos etapas en su desarrollo, la primera en la que predominaba el sentimiento de venganza en la víctima como fundamento para imponer sanciones a quien lo agredía, pudiendo hacer uso de la misma facultad su familia. Además que, el Estado griego considerándose representante del dios Júpiter imponía las sanciones con un tinte totalmente religioso para en lo posterior, en la segunda etapa, fundamentarse ya no en la religión sino únicamente en la moral, en base a la cual se imponían las respectivas penas. En Atenas se veía reflejada la aplicación de este fundamento y el de venganza mediante la imposición de las penas más crueles a quienes incurrían en delitos que agraviaban derechos colectivos, mientras que las sanciones más benignas correspondían a quienes soslayaban derechos individuales.

El derecho romano por su lado, ha evolucionado de forma que en los primeros tiempos se admitía la venganza privada como fundamento para la imposición de sanciones, facultad que en un inicio recaía sobre la víctima así como en su pater familias o jefe de familia, para en lo posterior ser el rey el único investido de dicha potestad, convirtiendo así la venganza de privada en pública hasta llegar a prohibirla ulteriormente casi en su totalidad.

Consecutivamente, surge la ley de las XII Tablas de la cual podemos destacar como aspectos relevantes, la determinación específica de los delitos tanto públicos como privados, admitiéndose para estos últimos, de forma excepcional, la venganza

privada para lo cual se aplicaba ya sea la Ley de Tali3n o en su defecto la composici3n, es decir, la entrega de dinero a la v3ctima por parte del infractor como redenci3n de su culpa.

Posteriormente se crearon los tribunales llamados Quaestio a fin de juzgar cada delito, imponi3ndose un sistema acusatorio al cual eran sometidos los juicios tanto de delitos p3blicos como privados, pese a la disminuci3n que se dio de estos 3ltimos en lo posterior.

1.1.3. Edad media.

En lo que respecta al derecho germ3nico, se diferenciaban los delitos p3blicos de los privados, los primeros cuyo bien jur3dico vulnerado era la paz social, por lo que cualquiera de los ciudadanos pod3a imputar al infractor la sanci3n del denominado Bando, por el cual se ten3a que negar tanto refugio como alimento al culpable de forma que con ello muriese; mientras que el delito privado era imputado mediante venganza asimismo privada por la v3ctima que lo sufri3 y su familia.

Posteriormente, el Estado decidi3 restringir poco a poco la venganza privada, hasta eliminarla en su totalidad de forma que, ser3a el rey, considerado adem3s como juez, el 3nico investido de la potestad para imputar todo tipo de pena.

A continuaci3n, se fij3 adem3s la composici3n como un medio para resarcir el da3o causado en los delitos privados, fij3ndose para el efecto el valor espec3fico que se pagar3a por cada agravio.

El derecho canónico por su lado, tras afirmar que la venganza privada era castigada por Dios, humanizó las penas impuestas a los infractores, siendo únicamente los magistrados como autoridades investidas de dicha potestad, quienes imputaban los delitos con penas de índole totalmente religioso como por ejemplo, la excomunión.

Un aspecto de gran importancia que debe destacarse es que, en el derecho canónico se estableció el asilo, institución jurídica que refleja la humanidad de esta corriente, al ser creada con el objetivo de aplacar de cierto modo la severidad de la ley.

Por otro lado, de entre los glosadores relevantes de esta época podemos destacar a Alfonso de Castro, quien basándose en la concepción de Santo Tomás de Aquino, consideraba que al cometer un delito el infractor sufre dos clases de penas, la primera definida como aquella que nace de la propia consciencia del infractor después de cometer el acto delictivo, y la segunda consistente en la sanción misma impuesta por el órgano competente. Este glosador además de considerar que las penas deben humanizarse, admitiéndose excepcionalmente la imputación de la pena de muerte en el caso de delitos muy graves como por ejemplo aquellos irrogados contra el Estado, establece que las penas deben moderarse, de forma que exista una proporción entre la sanción impuesta y el daño causado, refiriéndose con ello al principio de proporcionalidad punitiva, considerado asimismo en el derecho hispánico, al surgir en una primera etapa la Ley Visigótica mediante la cual se establece una imputación diferente a los delitos tras distinguirlos entre dolosos y

culposos, imponiéndose las penas más graves y crueles a los primeros, mientras que a los segundos se los sancionarían con una pena inferior y pecuniaria, gradando de este modo la pena.

Posteriormente, se crearon los llamados Fueros Locales, los mismos que adoptaron la corriente germánica, ocasionando un verdadero conflicto legislativo tras imputar los delitos con penas totalmente crueles y desproporcionadas hasta que, años más tarde se dictó la Ley del Fuero Real, en la cual se corrigieron estas falencias, surgiendo así una legislación más acorde a la época.

Consecutivamente, se creó el código denominado Las Partidas, en el que se instauraron varios principios de derecho penal, entre ellos las finalidades de la pena, consistentes éstas en la prevención especial y general, las cuales serán tratadas en líneas posteriores.

Más tarde, se dictaron varios cuerpos normativos que resultaron ser un fracaso, por lo cual finalmente se decidió crear el código denominado la Novísima Recopilación, con el que se pretendió corregir el desorden legislativo resultante de la creación de leyes anteriores sin embargo, aquel no alcanzó el fin propuesto al caracterizarse por la imputación de los delitos con penas crueles y no establecer ningún principio relevante en la materia.

1.1.4. Edad moderna.

En Alemania, surge la denominada Recepción del Derecho Romano, consistente en la aplicación de tal corriente como ocurría en la edad antigua, aunque con ciertos

cambios. Se estableció que serían únicamente los jueces quienes se encontraban investidos de la potestad de imputar toda clase de penas, las cuales fueron además determinadas de forma específica, y frente a cuyo obscurecimiento o inexistencia se fallaría con fundamento a las costumbres alemanas o en su defecto, en base a la opinión emitida por los juristas al respecto.

El humanismo por su parte, se caracteriza por su lucha en erradicar totalmente la arbitrariedad y el abuso de poder por parte de quienes se encuentran investidos de la potestad de administrar justicia de forma que, Beccaria mediante su filosofía penal liberal influyó de gran manera en los imperantes de esa época al establecer uno de los principios más importantes de esta rama del derecho como es, la legalidad de la pena, principio también conocido por el aforismo jurídico “nullum crimen, nulla poena sine lege”, según el cual una pena no puede ser imputada al no encontrarse establecida previamente en una ley. Descarta además la aplicación de castigos crueles, sosteniendo la imputación de penas moderadas pero ciertas, de forma que por ello se evite la transgresión de la ley.

Posteriormente, se instauró asimismo otro de los principios que rigen incluso en la actualidad al derecho penal, como es el de proporcionalidad punitiva, requiriendo que exista una debida correspondencia entre la pena impuesta y el hecho cometido.

Años más tarde, en 1789, tras la revolución francesa se dictó la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, en la cual se reconocieron los derechos de aquellos como universales debido a su naturaleza humana, descartando por lo tanto toda aplicación arbitraria de poder, lo cual instó a que las leyes europeas

contrarias a estos principios se modificarán.

1.2. La justicia compulsiva y la pena.

Conforme manifiesta Rojina Villegas (1986), resulta complejo definir sucintamente a la justicia, sin embargo es menester anotar que ésta no forma parte del derecho como un elemento del mismo, sino que ésta constituye su fin, el cual puede o no ser alcanzado sin que por ello se altere la definición del derecho en sí.

Dícese que existen varias manifestaciones de justicia, entre las cuales nos referiremos puntualmente a la Justicia Compulsiva a fin de relacionarla con la pena, para lo cual es inexorable apuntar preliminarmente que la misma hace alusión a aquellas conductas que resultan ser el hecho ilícito como elemento del tipo penal, el mismo que tendrá que ser determinado previamente a fin de brindar seguridad jurídica e imputar consecuentemente la pena acorde al daño ocasionado.

Según lo sostiene el mismo autor, la justicia compulsiva se subdivide a la vez en: Justicia Compensatoria y Justicia Punitiva, manifestaciones que se refieren a derecho privado y público respectivamente.

La justicia compensatoria, se fundamenta en el deber jurídico u obligación que recae sobre quien con su conducta produjo un daño a un tercero a fin de recompensarlo por ello, para lo cual es menester considerar en primera instancia si dicho daño fue ocasionado como consecuencia de un hecho lícito o ilícito; respondiendo indiscutiblemente de forma íntegra en este último caso, mas no así en

el primero, puesto que como se mencionó dicha conducta no es contraria a la ley, y que pese a haberse realizado una acción en beneficio propio de la sociedad produjo un peligro o riesgo a la misma, hecho que, aunque moderadamente, tiene que ser inexorablemente recompensado por quien ha incurrido en ello.

Respecto la justicia punitiva es menester considerar en primera instancia que, la imputación de las penas implica necesariamente un hecho ilícito, el cual es considerado como tal tanto por el ordenamiento jurídico de cada estado, así como por los principios universales de justicia, tras menoscabar los valores de la sociedad en su conjunto, para cuyo efecto la imputación de las penas por dicho concepto tienen como fin, no solamente la reparación del daño en base a una consideración previa de los valores que se han menoscabado, sino también el impedimento de que se incurra reiteradamente en dicho hecho mediante la aplicación tanto de medidas preventivas como represivas.

1.3. Finalidades de la pena.

Según varios tratadistas (Mir Puig, 1985), las finalidades de la pena son concebidas de distinta manera conforme las teorías retributiva y preventiva.

1.3.1. Teoría retributiva.

Teoría también denominada Absoluta, la misma que tras considerar al delito como la irrogación de un mal, supone como fin de la pena la restitución de aquel

mediante la imputación de un castigo considerado asimismo un mal, de modo que con ello se logre alcanzar justicia.

Este planteamiento se ha fundamentado en razones religiosas, morales y jurídicas. En cuanto al ámbito religioso, dicese (Maggiore, 1972) que el delito consiste en aquella transgresión a la ley divina, cuyo castigo impuesto por Dios, o atenuado asimismo por Él mediante el arrepentimiento del infractor, tiene como fin el resarcimiento de dicha ley.

Respecto la retribución moral se señala que, el fundamento para imponer las penas es la conciencia de cada individuo, tras considerar que el mal por él ocasionado debe ser resarcido aunque aquello, según lo afirma Kant, no cause beneficio alguno a la sociedad, sino se obtenga únicamente justicia como fin de la pena.

Por otro lado, en relación con la doctrina de la retribución jurídica, Hegel como su máximo expositor supone que, el delito consiste en aquella transgresión al orden jurídico de forma que, la pena encuentra su fundamento retribucionista en la restitución de éste mediante la imputación de sanciones establecidas previamente en el.

1.3.2. Teoría preventiva.

La teoría de prevención también denominada Teoría Relativa, supone que la pena debe revestir un carácter intimidatorio, a fin de evitar con ello la transgresión de

la ley. Esta hipótesis es proyectada hacia el futuro al pretender evitar la comisión de nuevos delitos, contrario a la concepción retribucionista (Mir Puig, 1985).

Esta teoría, dependiendo a quien sea dirigido el carácter intimidatorio de la pena, comprende a la vez una prevención especial y una prevención general. En caso de que el carácter intimidatorio de la pena se dirija de forma específica, hacia la persona que ha infringido la ley con antelación, se trata de prevención especial, cuyo fin radica en que el infractor que ha sido ya imputado no reitere en la comisión del delito; mientras que si la mencionada intimidación va dirigida hacia la colectividad en su conjunto, se trata de la denominada prevención general, cuyo fin consiste en evitar que dicho conglomerado social incurra en la comisión de delitos tras observar los resultados de ello, esto es la imputación de sanciones hacia los infractores que por lo general resultan ser totalmente crueles, como ocurría por ejemplo con la ejecución pública de la pena de muerte en la edad antigua y media (Mir Puig, 1985).

A más de lo enunciado respecto la Teoría de la Prevención Especial, autores como Carlos Fontán Balestra (1980), y Giuseppe Maggiore (1972), sostienen que además de concebirse como fin de la pena el evitar que por medio de su imputación el infractor sancionado incurra nuevamente en la comisión de un delito, se debe considerar además a ésta como un medio para reeducar a dicho delincuente, hipótesis que para su efecto la denominan Teoría Correccionalista y De la enmienda; la misma que pese a ser aplicada en el derecho romano y canónico, ha sido muy discutida por varios tratadistas tras considerar que dicho supuesto no ocurre en realidad.

Por otra parte, mencionados tratadistas consideran a más de las teorías ya enunciadas, la Teoría de la Defensa, la cual no han sido objeto del tratamiento de otros literarios tras suponerla comprendida dentro de las teorías expuestas en líneas anteriores. Sin embargo, se dice que el fundamento de esta teoría es la naturaleza del ser humano, por la cual tiende a defenderse tras encontrarse en riesgo de peligro, razón por la que se la suele denominar también Teoría Naturalista, de la cual se desprenden tres tipos de defensas denominadas: defensa indirecta, defensa justa y defensa social (Fontán Balestra, 1980).

La defensa indirecta se fundamenta en aquella facultad que tiene no solamente cada individuo, sino la sociedad en su conjunto para defender la vulneración de los derechos de sus integrantes, para cuyo efecto se impondrán penas que tengan como fin evitar el cometimiento de dichos delitos reprimidos por el conglomerado social en un futuro, teoría que consecuentemente y conforme lo sostienen otros tratadistas puede asimilarse comprendida dentro de la Prevención General, por lo que no se la considera como una nueva hipótesis conforme se señaló anteriormente.

Por otra parte Carrara, como máximo expositor de la defensa justa se refiere mediante esta hipótesis al fundamento del derecho, mas no a las finalidades de la pena, razón por la cual otros tratadistas la excluyen de entre aquellas teorías que definen las finalidades de la pena. El fundamento sostenido por este autor consiste en la defensa a la humanidad, siempre que la imputación de las penas que por dicho concepto las ejecute el Estado tras ostentar la calidad de autoridad pública, se encuentre dentro de los límites de lo que se entiende por justo.

Asimismo, la teoría de la defensa social no define la finalidad de la pena, motivo por el cual tampoco se la considera como parte de aquellas teorías; sino que, Ferri como su máximo expositor, únicamente sostiene que el fundamento de ésta es el derecho que tiene la sociedad como tal para defender la vulneración de sus derechos.

1.4. Definición de la pena.

La pena ha sido objeto del estudio de varios tratadistas, quienes a partir de la edad antigua hasta la actualidad han pretendido definirla tras considerar las características que se la atribuyen así como sus finalidades, conforme lo hemos analizado ya en líneas anteriores.

De esta forma, se ha partido de conceptualizarla conforme lo menciona la Enciclopedia Jurídica Omeba (1956) a decir del jurisconsulto Ulpiano en la época romana, como aquella venganza irrogada tras el cometimiento de un delito.

Posteriormente, se modificó el concepto de venganza y tras reconocer que el Estado es la única autoridad revestida de la potestad de administrar justicia, la pena es definida por Francisco Carrara como aquel mal imputado a quien se determine como culpable; concepto que asimismo es modificado ulteriormente por Pessina al considerarla ya no como un mal, sino como un dolor que tiene que ser sufrido justamente por quien ha infringido la ley (Mir Puig, 1985).

De este modo, la pena ha ido paulatinamente sufriendo alteraciones respecto su definición de forma que, posteriormente Soler señala como valor agregado a lo ya

mencionado que, previo a la imputación de la pena tendrá que haberse advertido al respecto, refiriéndose con ello a la función preventiva de aquella como lo que él considera su finalidad.

Han surgido así diversas conceptualizaciones en torno a la pena conforme la corriente de cada tratadista al respecto, considerando finalmente como la definición más sucinta lo manifestado por Cabanellas (1979) en los siguientes términos: “Sanción, previamente fijada por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados.” (p. 182). Concepto del cual se desprende además, la tipicidad como uno de los elementos fundamentales que revisten hoy a la pena y el mismo que da origen al principio de legalidad de la misma.

Es importante finalmente distinguir entre el término pena e indemnización puesto que, de acuerdo al criterio de varios tratadistas conforme lo establece la Enciclopedia Jurídica Omeba (1956) y lo mencionado ya anteriormente, la primera es sobrellevada por el imputado de forma personal, mientras que la segunda produce únicamente un menoscabo respecto su patrimonio, sin afectar de ninguna forma su persona.

CAPÍTULO II

2. PROPORCIONALIDAD PUNITIVA.

2.1. El principio de proporcionalidad punitiva.

El principio de proporcionalidad punitiva conforme lo sostiene el tratadista Carlos Fontán Balestra (1980) ha sido reconocido conforme se mencionó en el capítulo anterior, a medida que el derecho penal ha evolucionado históricamente, reconociéndolo en última instancia tras la revolución francesa en 1789 mediante la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano” en la cual se suprimió toda aplicación arbitraria de poder.

Progresivamente, y conforme corresponde a nuestro actual estudio este principio se ha ceñido al derecho penal de forma que (Abarca Galeas, 2003), las sanciones fijadas por el legislador han de ser proporcionales a la infracción cometida, considerando para ello previamente el daño que con ella se ha causado, a fin de evitar que la imputación por dicho concepto resulte ser más severa que el perjuicio ocasionado.

Con el objetivo de obtener una punición plenamente justa se ha de considerar conjuntamente con la proporcionalidad punitiva, otro de los principios fundamentales del debido proceso como lo es el “indubio pro reo”, contemplado en el numeral 5 del artículo 76 de la Constitución de la República (2008), mediante el cual a más de

considerar que las sanciones impuestas resulten ser proporcionales al daño causado, se ha de suponer que las mismas sean las más favorables para el procesado, para cuyo efecto será posible entonces considerar la aplicación de una sanción alternativa a la tipificada previamente en la ley, únicamente en aquellos casos en los que el imputado por circunstancias excepcionales no pudiese cumplirla.

Por otro lado, se dice que (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2005) el principio de racionalidad puede asimilárselo al de proporcionalidad punitiva puesto que, éste se considera menoscabado al momento de imputar penas que no resultan ser acordes al injusto ocasionado con la comisión de un delito, lo cual debe ser inexorablemente considerado a fin de no lesionar además el principio de humanidad mediante la imputación de penas irracionales.

A más de lo mencionado, Ramiro Borja (2005) señala que, al momento de imputar una pena a más de los agravantes y atenuantes aplicables al caso ha de considerarse la situación personal del imputado, a fin de graduar mediante ello las penas y lograr consecuentemente la aplicación de una legislación justa.

Finalmente, de acuerdo a la concepción liberal Miguel Carbonell (2007) sostiene que, el principio de proporcionalidad punitiva juega un papel trascendental en el Estado puesto que tras considerarlo a éste como policía, la aplicación de aquel principio como garantía del debido proceso permitirá alcanzar el objetivo propuesto por dicha concepción como lo es evitar todo tipo de arbitrariedades por parte de la autoridad.

2.2. Requisitos del principio de proporcionalidad punitiva.

Para la aplicación correcta del principio de proporcionalidad punitiva tendrán que considerarse inexorablemente los subprincipios que éste contempla, los cuales consisten en: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido (Carbonell, 2007).

a) Idoneidad:

Dícese que el medio es idóneo, cuando mediante él se logra el fin propuesto por el legislador esto es que, en primera instancia, la acción u omisión tipificada por él como delito afecte realmente al bien jurídico que se pretende proteger mediante dicho tipo penal; y que aquella sanción impuesta por dicho concepto logre efectivamente prevenir la comisión del mencionado tipo penal.

b) Necesidad:

El medio será necesario siempre que la tipificación de dicho delito así como la imposición de su respectiva pena resulte ser inexorable puesto que, la imposición de otro tipo de sanción no causaría el mismo efecto, así como tampoco resultaría aplicable la imputación de una sanción alternativa, es entonces cuando la tipificación del legislador es considerada plenamente válida y constitucional.

c) Proporcionalidad en estricto sentido:

Se dice que ésta consiste en una ponderación realizada tanto por el legislador como por el juez, al tipificar los delitos y sus penas en caso del primero, y al

momento mismo de imputar dichas sanciones, el segundo. Mediante ello, se establecerá la pena que resulte ser la más acorde a la afección que el delito haya ocasionado al bien jurídico protegido por la ley.

2.3. Preceptos constitucionales respecto la proporcionalidad punitiva.

La Constitución de la República, principal cuerpo normativo de la nación consagra dentro de sus preceptos, aquellos derechos inherentes a cada persona, así como los principios y garantías que permitirán que los mismos sean ejercidos eficazmente a fin de evitar su consecuente menoscabo; de esta forma, nuestra actual Carta Magna (2008) consagra el principio de proporcionalidad punitiva como una de las garantías básicas del debido proceso tras establecer en el numeral 6 del artículo 76 *ibídem* que:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. (p. 48)

Consecuentemente, al ser la Constitución norma suprema, los demás cuerpos normativos de la legislación tendrán que ceñirse a ella de forma que, en lo que respecta a nuestro estudio, el Código Penal, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, así como los distintos convenios internacionales han de considerar inexorablemente dentro de sus normas el principio de proporcionalidad entre los

delitos cometidos y sus respectivas sanciones, a fin de suponerse constitucionales y por ende válidos.

2.4. La proporcionalidad de las penas dentro del ordenamiento jurídico.

2.4.1. Código Penal.

El artículo 51 del Código Penal (2008) clasifica las penas conforme la comisión de un delito, de una contravención y de las infracciones en general. En lo que respecta a las penas acordes a la comisión de un delito dícese que éstas consistirán en la aplicación de:

- [...]1. Reclusión mayor;
- 2. Reclusión menor;
- 3. Prisión de ocho días a cinco años;
- 4. Interdicción de ciertos derechos políticos y civiles;
- 5. Sujeción a la vigilancia de la autoridad;
- 6. Privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios;
- 7. Incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público [...] (p. 21)

La reclusión mayor según el artículo 53 ibídem podrá ser ordinaria, extraordinaria o especial. La ordinaria será de cuatro a ocho años y de ocho a doce años mientras que, la extraordinaria será de doce a dieciséis años y, finalmente la

especial de dieciséis a veinticinco años, cumpliéndose todas ellas en los respectivos Centros de Rehabilitación Social del Estado.

En lo que respecta a la reclusión menor, el artículo 54 *ibídem* establece que la misma podrá ser ordinaria y extraordinaria, siendo la pena de tres a seis años, y de seis a nueve años, en el primer caso; y de nueve a doce años en el segundo. Dícese además que, los imputados con reclusión menor realizarán asimismo trabajos de reeducación a fin de ser posteriormente reinsertados en la sociedad.

En cuanto a la prisión, el Código Penal (2008) en su artículo 55 establece que ésta será correccional de forma que, los reos al igual que los imputados con reclusión menor tendrán que participar en los talleres que se lleven a cabo dentro de dichos centros, así como trabajar de forma obligatoria en ellos conforme lo establece el artículo 66 *ibídem*.

Una vez que se encuentre ejecutoriada la sentencia del procesado por cualquiera de los tipos de reclusión ya sea mayor, menor extraordinaria o de concurrir reincidentemente en la pena de reclusión menor ordinaria, se lo declarará interdicto tanto civil como políticamente de forma que, conforme lo establecen los artículos 56 y 60 del Código Penal (2008), carecerá tanto de capacidad para administrar sus bienes por sí mismo, así como de ejercer sus derechos de ciudadanía mientras dure su tiempo de condena.

En cuanto a la vigilancia de la autoridad, el artículo 61 *ibídem* establece que, posterior al cumplimiento de una condena, el juez podrá impedir al reo recurrir a

determinados lugares de forma que, previo a dicho cumplimiento aquel tendrá que señalar el lugar en el que residirá posteriormente, en donde a más de presentarse ante la autoridad de policía a su llegada, tendrá que sujetarse a las actividades que ésta le impusiere en caso de no realizar ninguna otra, además de requerir de su autorización expresa en caso de pretender trasladarse de dicho domicilio.

Como se mencionó, tras la comisión de un delito se establecerá cualquiera de las penas enunciadas en líneas anteriores, realizándose para ello de forma previa un análisis exhaustivo del caso en particular puesto que el mismo puede adolecer de circunstancias ya sean agravantes o atenuantes de acuerdo a las cuales el juez, en base a la sanción expresamente tipificada en la ley, podrá modificar la pena a fin de que la misma responda a aquel principio fundamental contemplado constitucionalmente como lo es el de proporcionalidad punitiva.

A manera de ejemplo enunciaremos a continuación algunos de los delitos reprimidos por el Código Penal (2008) en su parte adjetiva con las penas previamente expuestas, a fin de determinar posteriormente si en relación a ello la pena impuesta en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas por el delito de tenencia de dichas sustancias, conforme corresponde a nuestro estudio, cumple o no con el principio de proporcionalidad punitiva.

De este modo, el artículo 160 del Código Penal (2008) sanciona a quien atente contra el orden público tras realizar actos de terrorismo de cualquier tipo, con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años y multa de cuatrocientos cuarenta y dos a ochocientos ochenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Asimismo, el artículo 190.6 ibídem sanciona la extracción y el tráfico ilegal tanto de órganos como de sustancias corporales o material anatómico con pena de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si dicho delito ha recaído ya sea sobre menores de 18 años o personas que padecen de discapacidad. Si en cuyo caso se produjere la muerte de la víctima o algún tipo de incapacidad, que no la haya adolecido anteriormente, se reprimirá al culpable de dicho delito con reclusión mayor especial de dieciséis a veinte y cinco años.

El artículo 450 ibídem sanciona del mismo modo el delito de asesinato con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinte y cinco años.

Por otro lado, el artículo 190.3 ibídem imputa el delito de trata de personas con la pena de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años, la que en caso de que la víctima fuere menor de edad será modificada a reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años.

Igualmente, el artículo 212.4 ibídem condena cualquier forma de discriminación racial con pena de prisión de seis meses a tres años, la cual será modificada de uno a cinco años tras considerar como agravante que dicho delito sea promovido por un servidor público.

En cuanto a la interdicción civil y política, conforme se mencionó ya anteriormente, serán declaradas de forma inmediata tras ejecutoriarse una sentencia,

a partir de lo cual el reo carecerá de capacidad para administrar sus bienes, así como para ejercer sus derechos de ciudadanía hasta que cumpliera su condena.

Por su parte, el artículo 313 *ibídem* sanciona a quien instituya lugares en los que se lleven a cabo aquellos juegos prohibidos por la ley con prisión y multa, pero a más de ello con la vigilancia especial de la autoridad de por lo menos seis meses a un año.

Respecto la pena de privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios; el Código Penal (2008), en su artículo 190.6 además de las sanciones impuestas al delito de extracción y tráfico ilegal de órganos, sustancias corporales o material anatómico mencionadas previamente, condena a los médicos, obstetras o afines, prohibiéndolos permanentemente del ejercicio de dichas profesiones, en caso de que éstos fueren los autores del indicado delito.

Finalmente, el artículo 257 *ibídem*, además de sancionar el peculado con pena de reclusión mayor ordinaria, lo hace con la prohibición de desempeñarse en el servicio público a aquellos funcionarios que resultaren culpables de dicho delito.

2.4.2. Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Específicamente, y concretando ya el análisis correspondiente a nuestro estudio, la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es regulada por la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (2004) como norma especial; lo cual se desprende del numeral 3 del artículo 3 *ibídem* al establecerse que este cuerpo normativo será aplicable, entre otros ámbitos, en lo concerniente a:

La tenencia, posesión, adquisición y uso de las sustancias sujetas a fiscalización, de las materias primas, insumos, componentes, precursores u otros productos químicos específicos destinados a elaborarlas o producirlas, de sus derivados o preparados, y de la maquinaria, equipos o bienes utilizados para producirlas o mantenerlas. (p. 1)

A partir de ello, el artículo 38 ibídem tipifica la tenencia de dichas sustancias sujetas a fiscalización como delito en los siguientes términos:

Nadie podrá, sin autorización legal o previo despacho de receta médica, mantener en su persona, ropas, valijas, vivienda, lugar de trabajo u otro sitio, cualquier cantidad de las sustancias sujetas a fiscalización, ni tenerlas, en cualquier forma, para el tráfico ilícito de ellas. (p. 13)

En concordancia con aquello, el artículo 62 ibídem sanciona dicho delito del siguiente modo:

Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales. (p. 17)

De los artículos plasmados, se desprenden como elementos para la configuración del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas los siguientes:

a) Sujeto activo: Serán imputados por este delito quienes posean dichas sustancias sujetas a fiscalización, careciendo para ello de autorización legal o de una receta médica previa que permitan su uso, ya sea para fines médicos o investigativos, lo que de suscitarse se regulará por el Instituto Nacional de Higiene “Leopoldo Izquieta Pérez” conforme lo establece el inciso segundo, numeral 17 del artículo 13 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (2004).

b) Verbos rectores: Las acciones que configuran este delito son “poseer o tener”; primer término que es definido por Cabanellas (1979) como: “Tener materialmente una cosa en nuestro poder. Encontrarse en situación de disponer y disfrutar directamente de ella. Ser dueño o propietario de una cosa [...]” (p.322)

Mediante una entrevista realizada y debidamente incorporada en el anexo 1 del presente trabajo, al Doctor Leonardo Amoroso (2013), Fiscal I de la Unidad de Delincuencia Organizada del cantón Cuenca, manifiesta que del artículo invocado es menester notar que el mismo no contempla una consideración cuantitativa respecto la ejecución de dichos verbos es decir, que no supone como un presupuesto para su configuración la posesión de una determinada cantidad de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, tratándose consecuentemente de un delito de mera tenencia configurado por su sola posesión.

c) Bien jurídico protegido: Dícese que el bien jurídico tutelado en este caso es la salud pública, derecho que se encuentra garantizado por el estado ecuatoriano en su actual Carta Magna, esto pese a la apreciación contradictoria del tratadista Diego Camaño Viera (2009) al sostener que la tenencia de las sustancias sujetas a fiscalización no lesionan ni afectan de ningún modo, físico ni aún psicológico, la salud de otras personas, sino únicamente de aquella que las consumirá posteriormente de modo que, a criterio de mencionado tratadista, dicho tipo penal adolecerían de inconstitucionalidad tras carecer de bien jurídico y por ende no considerarse tal; razonamiento respecto al cual se manifiesta (Amoroso, 2013) que si bien la posesión de una cantidad significativa de dichas sustancias afecta evidentemente a la salud de una gran cantidad de personas, se continúa asimismo afectando a la salud de quien resulte víctima de su propio consumo en caso de que aquella fuere mínima.

A más de ello, a criterio de Diego Camaño Viera (2009) las sustancias sujetas a fiscalización no constituyen un peligro por su sola posesión, contrario a lo que según él sucede con objetos tales como explosivos cuya tipificación por ende resulta a su criterio totalmente justificable sin embargo, a criterio de Amoroso (2013) dicha conducta no se trata de un tipo penal de peligro concreto sino abstracto, de modo que su sola posesión supone ya un peligro aunque no exista efectivamente dicha situación.

d) Elemento material: Entiéndase por tal a aquellas sustancias sujetas a fiscalización, las mismas que se encuentran comprendidas tanto por estupefacientes como por psicotrópicos. Cabanellas (1979) define a los estupefacientes como:

“Substancia narcótica, como el opio, la morfina o la cocaína (v.) que produce trastornos graves de orden psicofisiológico [...]” (p.251)

A más de ello, el anexo II de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, al igual que las listas I y II de la Convención Única de 1961 de Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972, contienen específicamente lo que para efectos de esta Ley ha de entenderse por estupefacientes; mientras que las sustancias psicotrópicas se determinan en las listas I, II, III y IV del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, y en el anexo III de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Finalmente, tras verificar los supuestos en mención es imprescindible notar que, como hemos venido haciendo mención a lo largo de este estudio, las penas tendrán que ser acordes al daño que con la comisión de un delito se ha ocasionado; sin embargo, ello no ocurre en el mencionado tipo penal puesto que, como mencionamos ya anteriormente, el mismo sanciona este delito con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales, lo cual independientemente del tema pecuniario, resulta ser igual a la pena impuesta por el tráfico ilegal de órganos de personas menores de 18 años o discapacitadas conforme reza el artículo 190.6 del Código Penal (2008); y lo que es aún peor, resulta ser una sanción incluso mayor al homicidio, al contemplarse en el artículo 449 *ibídem* la imputación de dicho delito con la pena de reclusión mayor de ocho a doce años, lo que evidentemente resulta irrisorio, tras no considerarse para ello los bienes jurídicos que se pretenden tutelar en cada caso, siendo la salud pública en el primero, conforme lo aludimos anteriormente, y la vida

en el segundo y el tercero, los mismos que deben ser inexorablemente jerarquizados al momento de tipificar dichos delitos, a fin de obtener la imputación de penas proporcionales, y por ende justas (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2005).

Como otro aspecto, es menester señalar que el inciso segundo del artículo 103 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (2004), exime de responsabilidad por tenencia de sustancias sujetas a fiscalización a aquellas personas que resultaren ser consumidoras de las mismas tras considerárselas como enfermas, para cuyo efecto tendrá que analizarse su nivel de dependencia a fin de determinar mediante ello la cantidad que por dicho concepto pueden poseer legítimamente de modo que, de excederse de dicha dosis se las juzgará asimismo por el delito objeto de nuestro análisis; sin embargo, el Doctor Amoroso (2013) señala que en nuestro medio no se cuenta con mencionado estudio, realizándose así dicha determinación de forma empírica, mas no científica, basada únicamente en la mera confesión del procesado al respecto, lo cual evidentemente no será una prueba fidedigna.

Subsiguientemente, el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (2004) sanciona el delito de tenencia de sustancias sujetas a fiscalización con la pena de reclusión mayor extraordinaria en todos los casos es decir, sin tomar en consideración el porcentaje del principio activo de dichas sustancias o dicho de otro modo, el porcentaje de la esencia misma de la cual proviene el efecto alucinógeno propiamente dicho de la droga incautada, de forma que tanto aquel que sea poseedor de un porcentaje mínimo de principio activo contenido en las mismas, así como un narcotraficante de altos porcentajes de aquel, serán juzgados del mismo modo, lo cual pese a ser indiscutiblemente injusto, además

de inconstitucional tras no considerar para el efecto el principio de proporcionalidad punitiva contemplada en dicho cuerpo normativo, no es posible se determine puesto que no existen actualmente las técnicas necesarias para ello, conforme lo sostiene el Doctor Amoroso (2013).

Finalmente, el artículo 72 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (2004) establece que:

Quienes mantengan bajo su tenencia o cuidado, materias primas, insumos, precursores u otros productos químicos específicos a sabiendas de que serán utilizados en la siembra, cultivo, producción, elaboración o fabricación ilícita de sustancias sujetas a fiscalización, serán sancionados con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años y multa de treinta a cuatro mil quinientos salarios mínimos vitales generales. (p.19)

Del artículo en mención se desprende que no se encuentra tipificada únicamente la tenencia de las sustancias sujetas a fiscalización propiamente dichas, sino que también se penaliza, aunque con una sanción considerablemente inferior, la posesión de todos aquellos materiales y productos químicos que las puedan producir posteriormente; los mismos que para mayor comprensión son individualmente definidos en los siguientes términos (Cabanellas, 1979):

a) Materias primas: “Primera materia.” (p.334)

b) Insumos: “Bienes empleados en la producción de otros bienes. [...]” (p. 759)

- c) Precusores: “El que precede o va delante. Primero en una doctrina, enseñanza o práctica que se extenderá o arraigará mucho después.” (p.353)
- d) Productos: “[...] En lo industrial, lo obtenido transformando o trabajando la materia prima. [...]” (p. 445)

2.4.3. Proyecto del Código Orgánico Integral Penal.

La Asamblea Nacional del Ecuador ha considerado reformar el actual Código Penal mediante el denominado Código Orgánico Integral Penal, proyecto que, entre otros aspectos, es menester señalar inicialmente, establece una clasificación de las penas distinta a la contemplada en el Código Penal vigente, de la cual conforme se establece a partir del artículo 59 al 69 de mencionado cuerpo normativo (Proyecto del Código Orgánico Integral Penal, 2012) se desprenden las siguientes:

1. Penas privativas de libertad: Con la duración de hasta cuarenta años.
2. Penas no privativas de libertad: Las cuales se subclasifican a la vez en:
 - 2.1. Tratamiento médico o psicológico, incluyéndose dentro de las mismas los cursos educativos.
 - 2.2. Servicio comunitario.
 - 2.3. Comparecencia periódica ante la autoridad.
 - 2.4. Suspensión de la licencia de conducir hasta por cuatro años.
 - 2.5. Prohibición de ejercer la patria potestad y cualquier tipo de guarda.
 - 2.6. Prohibición de ejercer la profesión u otro oficio.
 - 2.7. Prohibición de salir del domicilio.
 - 2.8. Pérdida de puntos de la licencia de conducir.

- 2.9. Restricción del permiso de tenencia de armas.
 - 2.10. Prohibición de acercamiento a la víctima por cualquier medio.
 - 2.11. Prohibición de residir o transitar en determinados lugares.
3. Penas restrictivas de los derechos de propiedad.

A manera de ejemplo citaremos a continuación ciertos delitos sancionados con cada una de estas penas, a fin de determinar posteriormente si en relación a ellos la imputación por tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas responde al principio de proporcionalidad punitiva respecto el bien jurídico tutelado en cada tipo penal.

De este modo, el artículo 136 del Proyecto del Código Orgánico Integral Penal (2012) sanciona el homicidio con la pena privativa de libertad de diecinueve a veinte y cinco años.

Por otro lado, el artículo 870 *ibídem* establece que aquellas personas que padezcan de un trastorno psiquiátrico por el cual resulten ser inimputables recibirán como sanción su internamiento en centros especializados, a fin de recibir por tal concepto un tratamiento médico.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 69 *ibídem*, establece como una de las sanciones imputables a las personas jurídicas el servicio comunitario, el que de no contar con el consentimiento del sentenciado se ha de convertir en pena privativa de libertad conforme lo reza el inciso cuarto del artículo 861 *ibídem*.

Asimismo, el Proyecto del Código Orgánico Integral Penal (2012) sanciona en su artículo 407 a quien conduzca un vehículo de transporte público que posea daños mecánicos previsibles, además de la pena privativa de libertad, con la suspensión de su licencia de conducir.

Respecto la patria potestad, el numeral 2 del artículo 172 ibídem establece que la misma será suspendida a quien resultare ser agresor en aquellos delitos contra la integridad sexual y reproductiva.

A más de ello, el artículo 287 ibídem sanciona a aquel servidor público que conozca y no denuncie un hecho que pueda incurrir en una infracción, con la prohibición del ejercicio de sus funciones por el tiempo que dure la pena de privación de libertad impuesta asimismo por dicho evento.

En cuanto a la prohibición de salir del domicilio, el numeral 3 del artículo 567 ibídem impone dicha sanción en caso de que por razón de su edad los adultos mayores no pudieren cumplir con la prisión preventiva, para cuyo efecto el imputado a de utilizar un dispositivo electrónico de geoposicionamiento conforme lo establece el artículo 865 ibídem.

Por otra parte, el artículo 866 ibídem contempla como sanción la pérdida de puntos de la licencia de conducir a quien incurra en cualquier infracción de tránsito.

El numeral 8 del artículo 725 establece por su lado, como medida de protección a la víctima la suspensión del permiso de posesión de armas del procesado en caso de que lo poseyere.

Mientras que, la prohibición de residir o transitar en determinados lugares es una medida que tiene que cumplir el procesado como sanción a fin de obtener mediante ello libertad vigilada por parte de la autoridad judicial conforme lo establece el numeral 8 del artículo 867 ibídem.

Finalmente, las penas restrictivas a los derechos de propiedad consisten en multas, comisos penales, incautación o destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción, conforme al artículo 67 ibídem.

A partir de ello, y en lo concerniente a nuestro estudio, el artículo 226 ibídem tipifica la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en los siguientes términos:

La persona que sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posea o tenga, con su consentimiento expreso o tácito, sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, en sus personas, ropas valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio de la persona que sea propietario, arrendatario, tenedor u ocupante a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, en una cantidad superior a la dosis máxima de consumo personal, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (p. 95)

Del artículo plasmado se desprenden como elementos necesarios para la configuración del delito de tenencia de sustancias sujetas a fiscalización los mismos contemplados y analizados ya previamente en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Sin embargo, a pesar de ello la sanción impuesta al tipo penal en estudio es significativamente reducida en el presente Proyecto puesto que, como es notable la misma disminuye de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales conforme lo establece actualmente la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (2004), a la privación de libertad de uno a tres años conforme lo reza el mencionado Proyecto del Código Orgánico Integral Penal (2012).

Sanción que, después de analizarse en relación a aquellas impuestas a otros tipos penales considera el principio de proporcionalidad punitiva, puesto que al parecer previo a su tipificación se ha ponderado los bienes jurídicos que se pretenden tutelar mediante cada tipo penal; de modo que como se evidencia por ejemplo en el caso del homicidio, se contempla una pena significativa para aquel delito que atenta contra la vida, como bien jurídico tutelado, con la privación de libertad de diecinueve a veinte y cinco años, conforme se señaló en líneas anteriores; mientras que el menoscabo a la salud pública, como bien jurídico protegido en el delito objeto de nuestro estudio, es imputado con una pena considerablemente menor como es la privación de libertad de uno a tres años, puesto que el daño ocasionado con la comisión de este delito es evidentemente menor, apreciación que indudablemente no es considerada actualmente con las normas que nos rigen.

Finalmente, es necesario señalar que el artículo 221 *ibídem* considera el consumo de las sustancias sujetas a fiscalización como una adicción y por ende como una enfermedad totalmente inimputable, sin embargo de excederse en la posesión de la dosis establecida como mínima en la respectiva norma de salud, o en su defecto de poseerse dos o más tipos de dichas sustancias, se imputará dicha tenencia como un delito conforme la norma plasmada previamente.

2.4.4. Convenios internacionales.

2.4.4.1. Antecedentes históricos.

A partir del siglo XX se implementó una política criminal a nivel internacional con el fin de obtener mediante ella cooperación entre los distintos países que decidieran posteriormente formar parte de los múltiples tratados internacionales cuyo objetivo sea erradicar entre otros delitos, la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; adoptando para ello las medidas que resulten necesarias en sus respectivas legislaciones nacionales (Morales Viteri & Paladines, 2009).

De este modo, en data 23 de enero de 1912 surgió como primer instrumento internacional la denominada Convención contra el Opio de la Haya, cuyo principal objetivo fue fiscalizar tanto la producción como la exportación de dicha sustancia, la misma que es definida por Cabanellas (1979) como: “Narcótico y tóxico extraído del

jugo de las adormideras verdes. Por lo general no se ingiere puro, sino en sus compuestos, como la morfina, la heroína y la codeína. [...]” (p.683)

Posteriormente, el 17 de diciembre de 1914 en los Estados Unidos de Norteamérica se creó la Ley Harrison, mediante la cual se sancionó a más del consumo del opio, el de la cocaína sin receta médica previa. De forma que, para efectos de este estatuto se instauró la inscripción obligatoria de dichas sustancias en aquellos registros que sean autorizados por el Estado, siempre y cuando las mismas sean destinadas para usos médicos, controlando de este modo tanto la fabricación, así como el expendio y posesión ilegítimas de las mismas.

Años más tarde, en 1919 se aprobó asimismo en Estados Unidos de Norteamérica la llamada Ley Seca, mediante la cual a más del control y prohibición de las sustancias sujetas a fiscalización, se pretendió erradicar el consumo del alcohol. Sin embargo, esta ley fue derogada diez años más tarde tras no causar su objetivo propuesto sino que por el contrario, se fomentó al tráfico ilícito de dicha bebida a través de las denominadas mafias.

Posteriormente, el 19 de febrero de 1925 se celebró en Ginebra el Convenio Internacional sobre el Opio, mediante el cual principalmente se estableció un sistema de control sobre dicha sustancia, así como sobre la morfina y la cocaína, a fin de reducir su producción y fiscalizar tanto su importación como exportación.

Más tarde, el 13 de julio de 1931 asimismo en Ginebra, se creó la Convención Internacional sobre la Fabricación y Reglamentación de la distribución de

estupefacientes cuyo objetivo era, como su nombre lo indica, el de limitar la fabricación de dichas sustancias hacia aquellas cantidades que sean necesarias únicamente para su uso ya sea médico o científico.

Posteriormente, el 26 de junio de 1936 se promovió en Ginebra mediante el denominado Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas, la imputación de penas severas a la posesión o tenencia de sustancias sujetas a fiscalización, entre otros delitos.

Ulteriormente, el 23 de junio de 1953 en Nueva York, se celebró el Protocolo sobre Adormidera y Opio, mediante el cual se restringe el uso de dichas sustancias, así como su importación y exportación únicamente cuando dichos eventos sean para fines médicos y científicos, para lo cual los estados, parte de este protocolo, se comprometieron a limitar la cantidad de producción de dichas sustancias.

Más tarde, el 30 de marzo de 1961 se celebró en Nueva York la denominada Convención Única de Estupefacientes de 1961, la misma que recogió los convenios internacionales anteriormente mencionados, a más de ser el único tratado mediante el cual sus estados miembros asumieron efectivamente las obligaciones aquí establecidas a fin de erradicar, entre otros delitos, la producción así como el tráfico y la posesión de las sustancias estupefacientes.

El 25 de mayo de 1972 el Protocolo modificó esta Convención tras considerar que sus estados deberían incrementar en sus legislaciones nacionales los medios para erradicar, o en su defecto disminuir considerablemente, aquellos delitos cometidos

por concepto de las sustancias estupefacientes, así como fomentar además tratamientos de rehabilitación para quienes resultaren dependientes de las mismas.

La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, al no considerar de entre su listado de sustancias a aquellas psicotrópicas, se celebró posteriormente en data 21 de febrero de 1971 el denominado Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas en Viena, el cual tiene asimismo como objetivo restringir el uso de dichas sustancias a fin de erradicar los delitos por drogas.

Seguidamente, se suscribió el 20 de diciembre de 1988 en Viena la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, cuyo fin era complementar las medidas previstas con anterioridad en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 enmendada por el Protocolo en 1972, así como en el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971; pretendiendo con ello asimismo combatir el tráfico ilícito de las sustancias sujetas a fiscalización, así como todos aquellos delitos que dicho evento implica, tales como la producción, uso indebido de dichas sustancias, etc.

2.4.4.2. Convenios internacionales ratificados por el Ecuador.

El Ecuador tras pretender precautelar la salud pública así como la moral de sus individuos mediante colaboración internacional, ha ratificado varios convenios respecto al delito de tenencia de sustancias sujetas a fiscalización, los mismos que tras formar parte de nuestro actual ordenamiento jurídico tendrán que ser

inexorablemente considerados al momento de imputar las correspondientes penas por la comisión de dicho delito.

Actualmente, los convenios internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico a este respecto son los siguientes:

1. Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972.

Inicialmente, la presente Convención define en el literal j del artículo 1 lo que ha de entenderse por estupefaciente, remitiéndonos para ello a las lista I y II de sustancias anexadas a la misma.

Posteriormente, en el literal b, numeral 5 del artículo 2 ibídem, además de la producción, fabricación, exportación, importación, comercio y uso, se prohíbe la posesión o tenencia de las sustancias estupefacientes en los estados que formen parte de la presente Convención; excepto que la misma sea destinada a fines médicos o científicos debidamente fiscalizados por el estado en el que se encuentren. Para ello, las partes tendrán que proporcionar anualmente a la Junta de las Naciones Unidas, entre otros datos, aquel respecto la cantidad de estupefacientes que se consumirán en dicho lapso de tiempo, conforme lo establece el numeral 1 del artículo 19 ibídem.

Tras considerarse en el literal a, numeral 1 del artículo 36 ibídem, a la tenencia de sustancias estupefacientes como un delito, y acorde a la vez con el artículo 4 ibídem, se establece que los estados deberán incorporar en sus legislaciones nacionales las

medidas tanto administrativas como legislativas que regulen este tema, a fin de lograr mediante ello una aplicación efectiva de los artículos plasmados en esta Convención.

De este modo, a más de considerarse al mencionado delito como sujeto a pena de prisión u otra de privación de libertad, el literal b, numeral 1 del artículo 36 ibídem considera que, los imputados por dicho concepto pueden además ser sometidos a tratamientos de rehabilitación o educacionales a fin de ser reinsertados posteriormente a la sociedad.

Por otro lado, el artículo 33 ibídem establece que la tenencia de sustancias estupefacientes será permitida únicamente previa autorización legal; sin embargo, el artículo 27 ibídem, se refiere al uso de las hojas de coca, tenencia que será totalmente permitida al destinárselas para la preparación de una sustancia saporífera, o dicho de otra manera, de una sustancia que cause sabor, siempre y cuando la misma no posea ningún tipo de alcaloide.

Posteriormente, el inciso i, literal b, numeral 2 del artículo 36 ibídem establece que, entre otros delitos, la tenencia de sustancias estupefacientes estará sujeta a la extradición, para cuyo efecto se contará con la colaboración de aquellos estados que formen parte de la presente Convención.

Finalmente, cabe mencionar que el artículo 37 ibídem establece que aquellas sustancias estupefacientes encontradas de forma ilegítima es decir, sin autorización legal previa, son susceptibles de aprehensión y decomiso, figuras que

indudablemente serán asimismo reguladas por cada estado en sus legislaciones internas.

2. Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971.

El Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 se refiere básicamente a los mismos aspectos tratados en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961; sin embargo, adicionalmente a ello, tras no comprender aquella en su listado de estupefacientes los psicotrópicos como sustancias sujetas a fiscalización, el presente convenio nos remite precisamente a ellos en las listas I, II, III o IV de sus anexos conforme lo establece el literal e del artículo 1 *ibídem*.

Asimismo, al igual que la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, los numerales 2 y 3 del artículo 5, así como el literal b del artículo 7 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, permiten la tenencia o posesión de sustancias psicotrópicas siempre y cuando medie para ello autorización legal previa, lo que ocurrirá únicamente al pretender destinárselas a fines médicos o científicos, para lo cual los literales d, e y f del artículo 7 *ibídem* establecen que se implementará un sistema de control de suministro de dichas cantidades, a fin de que las mismas sean proporcionadas en atención a las dosis estrictamente necesarias, registrándolas así con detalle específico de su uso; además de prohibírseles su importación así como exportación, excepto dichas actividades las realicen las autoridades competentes para ello.

Finalmente, los literales a y b del numeral 1 del artículo 20 *ibídem* consideran expresamente que la tenencia de sustancias psicotrópicas es un delito, el mismo que a más de ser sancionado con pena de prisión o de privación de libertad, puede ser sujeto de medidas educacionales o tratamientos de rehabilitación para el imputado.

3. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

El objetivo de esta Convención fue mejorar, además de complementar la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 enmendada por el Protocolo de 1972, así como el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 de modo que, en sus definiciones respecto dichas sustancias sujetas a fiscalización nos remite a mencionados cuerpos normativos, conforme se plasma en los literales n y r del artículo 1 *ibídem*.

A más de ello, el artículo 3 *ibídem* establece que aquellos estados que lleguen a formar parte de la presente Convención estarán obligados a tipificar en sus legislaciones internas, entre otros delitos, la tenencia o posesión de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, siempre y cuando su finalidad sea destinarlas a otras actividades como la distribución, venta, producción, extracción, etc.; sin hacer mención aparente respecto al consumo como actividad a la que puede destinarse tal posesión. Sin embargo, posteriormente en el numeral 2 *asimismo* del artículo 3 *ibídem* se sanciona, a reserva de los preceptos constitucionales de cada estado, la tenencia o posesión de aquellas sustancias sujetas a fiscalización destinadas para el consumo personal del individuo.

Posteriormente, el literal a, numeral 4 del artículo 3 ibídem establece que las penas adoptadas por los estados miembros han de ser proporcionales a los delitos aquí tipificados, debiendo aplicarse por ende igual consideración para la tenencia de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, pudiendo aplicarse complementariamente a ellas tratamientos de rehabilitación a los imputados conforme lo establece el literal b, numeral 4 del artículo 3 ibídem.

La presente Convención establece además que sus estados miembros, podrán emplear medidas tales como el decomiso de las sustancias sujetas a fiscalización, la extradición de los imputados por tenencia de dichas sustancias, así como la asistencia recíproca en las investigaciones por tales delitos, a más de otras formas de cooperación internacional entre aquellos estados según el literal b, numeral 1 del artículo 5, numeral 2 del artículo 6, numeral 1 del artículo 7, y artículo 9 ibídem, respectivamente.

Finalmente, cabe mencionar que la presente Convención mediante los cuadros I y II anexados a ella, contienen la lista de aquellas sustancias comúnmente usadas a fin de fabricar aquellos estupefacientes y psicotrópicos sujetos a fiscalización.

2.5. Legislación extranjera.

2.5.1. Estados Unidos de Norteamérica.

El cuerpo normativo que regula, entre otros delitos, la posesión o tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en Estados Unidos de Norteamérica es la Ley de Sustancias Controladas (Controlled Substances Act - CSA).

Al tratarse de un país federal, cada uno de los estados que forman parte de esta nación regulan en sus respectivas legislaciones las sanciones a establecerse por concepto de dicho delito, las mismas que se basarán en consideración previa al tipo de sustancia sujeta a fiscalización por la que se ha detenido al imputado, así como por la cantidad de la misma.

De este modo, y a manera de ejemplo podemos citar a Massachusetts, estado que sanciona la tenencia de marihuana con seis meses de prisión y multa de hasta quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica mientras que, la cocaína es imputada con prisión de un año y multa de mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y, la heroína con pena de dos años de prisión y multa de hasta dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

2.5.2. México.

Los artículos 237 y 248 de la Ley General de Salud mexicana prohíben entre otras actividades, la posesión o tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, para cuyo efecto enlista dichas sustancias en los artículos 239 y 245 ibídem respectivamente.

Asimismo, el Código Penal Federal mexicano considera en su artículo 193 mencionada conducta como un delito, el cual es sancionado subsiguientemente en el artículo 195 ibídem con la pena de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, en caso de que el objetivo de dicho evento sea

destinárselo a la producción, transporte, tráfico, comercio, suministro, etc.; mientras que, si su fin no es para mencionadas actividades, la pena impuesta por dicho delito es de prisión de cuatro a siete años seis meses y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

Pese a estas disposiciones, posteriormente en data abril de 2009 tras tratar de combatir con el denominado narcomenudeo, se realizaron varias reformas a los mencionados cuerpos normativos, entre las cuales se procedió a despenalizar la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas siempre que las mismas se encuentren destinadas a su consumo personal, para cuyo efecto la mencionada reforma establece la cantidad que de acuerdo a cada sustancia se podrán poseer legal y por lo tanto legítimamente:

- a) Opio: 2 gramos
- b) Heroína: 50 miligramos
- c) Marihuana: 5 gramos
- d) Cocaína: 500 miligramos
- e) Metanfetamina: 40 miligramos
- f) LSD: 0.015 miligramos

La citada reforma legislativa establece además que, pese a su inimputabilidad, el consumidor al que se lo detenga por dicho concepto de forma reiterada, por tercera vez específicamente, será obligado a someterse a un tratamiento de rehabilitación tras considerárselo como enfermo.

2.5.3. República Dominicana.

La Ley sobre Drogas y Sustancias Controladas de República Dominicana distingue a un simple poseedor de sustancias sujetas a fiscalización, de un distribuidor y finalmente de un narcotraficante, dependiendo de la cantidad y del tipo de dichas sustancias que aquellos posean en su dominio.

De este modo, al tratarse de cocaína el artículo 5 ibídem considera un simple poseedor a quien conservare menos de un gramo de dicha sustancia en su poder, distribuidor si dicha cantidad fuere mayor a un gramo pero menor a cinco, y narcotraficante si se excediere de ella.

Asimismo, el artículo 6 ibídem considera como simple poseedor de marihuana a quien mantenga hasta 20 gramos de ella en su dominio, mientras que, será distribuidor quien excediere dicha cantidad hasta menos de una libra, y finalmente narcotraficante se considerará a quien sobrepasare aquella cantidad.

El artículo 7 ibídem establece que quien poseyere opio, o cualesquier otro tipo de alucinógeno se considerará como narcotraficante, independientemente de la cantidad del mismo.

Posteriormente, el artículo 28 ibídem tipifica la posesión de las sustancias sujetas a fiscalización como un delito en caso de que no medie para ello autorización legal previa; sancionando subsiguientemente en el artículo 75 ibídem la simple posesión

de dichas sustancias con la pena de prisión de seis meses a dos años de prisión y multa de mil quinientos a dos mil quinientos pesos.

2.5.4. Argentina.

El 10 de Octubre de 1989 se publicó en Argentina la Ley 23.737 mediante la cual se modificó, entre otras leyes, el Código Penal vigente en ese entonces.

De este modo, y en lo que respecta a nuestro estudio, la Ley 27.737 tipifica en su artículo 14 la posesión de sustancias estupefacientes como un delito, la cual se encuentra sujeta a la pena de uno a seis años de prisión y multa de ciento doce mil quinientos a dos millones doscientos cincuenta mil australes; misma que de ser destinada para el consumo personal del imputado ha de reducirse su imputación de un mes a dos años de prisión.

Seguidamente, el artículo 15 *ibídem* establece que la tenencia de hojas de coca no se ha de considerar como un delito cuando dicho evento tenga como finalidad ya sea su masticación o su uso en infusiones.

A más de ello, el artículo 21 *ibídem* señala que de resultar el poseedor de aquellas sustancias sujetas a fiscalización un principiante, por lo tanto no dependiente física ni psicológicamente de ellas, podrá sustituirse las penas que correspondieren según lo anteriormente expuesto por una medida educativa, cuya duración mínima será de tres meses; mientras que si por el contrario, aquel resultare ser consumidor y por ende

dependiente de dichas sustancias, será sometido a un tratamiento de rehabilitación mediando su consentimiento conforme lo establece el artículo 18 ibídem.

2.5.5. Brasil.

El artículo 28 de la Ley 11.343 de Tóxicos de Brasil sanciona en primera instancia la posesión de sustancias narcóticas cuyo fin sea su consumo personal sin autorización legal previa con la advertencia de los efectos por ellas producidos, para posteriormente imponérsele al imputado el servicio comunitario y finalmente sometérselo a medidas educativas; actividades que durarán por el plazo máximo de cinco meses, pudiendo prolongárselas hasta por diez meses en caso de reincidencia.

Asimismo, el artículo 33 ibídem sanciona, entre otros delitos, la posesión de sustancias narcóticas, independientemente del fin al que se pretenda destinárselas con la pena de cinco a quince años de reclusión y multa diaria de quinientos a mil quinientos reales.

2.5.6. España.

España al igual que el Ecuador ha ratificado el Convenio Único sobre Estupefacientes de 1961, razón por la cual en data 8 de abril de 1967 se creó en dicho país la Ley 17/1967, cuya finalidad fue actualizar su legislación al respecto.

De este modo, mencionado cuerpo normativo tipifica en su artículo 1 la tenencia de sustancias estupefacientes como un delito, excepto dicho evento esté destinado a

su uso médico o científico conforme lo establece el artículo 2 ibídem, en cuyo caso las cantidades proporcionadas para el efecto serán estrictamente fiscalizadas por parte del Servicio de Control de Estupefacientes según lo menciona el artículo 21 ibídem.

Consecutivamente, el artículo 368 del Código Penal español sanciona la tenencia de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con la pena de tres a nueve años de prisión y multa del valor triplicado de la droga objeto de dicho delito en caso de que la misma sea destinada para su cultivo, tráfico, o cualesquier otra actividad similar a ellas; excepto se haya obtenido una autorización legal previa para el consumo personal de las mismas conforme al artículo 22 de la Ley 17/1967.

2.5.7. Suecia.

Contrario a la gran mayoría de países europeos y latinoamericanos antes estudiados, Suecia ha adoptado una política preventiva mas no represiva respecto las sustancias estupefacientes y psicotrópicas de forma que, la Ley Penal de Estupefacientes sueca reprime la tenencia o posesión de dichas sustancias incluso si ella recayere sobre una cantidad mínima; sin embargo, las penas impuestas por este concepto dependerán al igual que la generalidad de los países antes enunciados del tipo así como de la cantidad de la sustancia sujeta a fiscalización que se posea, sancionando de este modo la tenencia de 50 gramos de marihuana o de 0.5 gramos de cocaína con la pena de hasta seis meses de prisión, mientras que si poseyere de 51gramos a 2 kilogramos de marihuana se penaría con tres años de prisión.

Dícese que contrario a lo que se cree en los países latinoamericanos, la adopción de esta política preventiva en Suecia ha dado mejores resultados que los obtenidos en dichos países, de modo que se ha reducido considerablemente entre otros delitos, la tenencia de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

2.6. Criterios criminológicos para la proporcionalidad punitiva.

Mediante una entrevista realizada al Doctor Miguel Méndez, médico legista y presidente en funciones de la Asociación Ecuatoriana de Medicina Legal y Ciencias Forenses Afines ASEMED, debidamente adjuntada en el Anexo 2 del presente trabajo, se desprende que, al momento de incautar sustancias sujetas a fiscalización se tendrá que diferenciar en primera instancia el peso bruto del peso neto de ellas, comprendido el primero por la cantidad total de dicha sustancia más aquella comprendida por sus empaques o envolturas, mientras que el segundo se refiere a la sustancia por la cual se juzgará dicho delito concretamente; sin embargo, resulta que en nuestro medio pese a tomarse en cuenta únicamente el peso neto al momento de juzgar dicho delito este no es el comprendido únicamente por la sustancia estupefaciente o psicotrópica en sí, puesto que por lo general las mismas son mezcladas con otros productos como por ejemplo con talco o harina, para lo cual es menester a criterio de mencionado perito distinguir de ello el denominado principio activo, el cual es el que produce la sensación alucinógena propiamente dicha y que al encontrarse comprendido por el uno por ciento en un gramo de cocaína mezclada con diez gramos de harina, será juzgado de la misma forma que de encontrarse el diez por ciento en diez gramos de cocaína mezclada con un gramo de harina según lo explica mencionado perito a manera de ejemplo; punición que como es notorio

contraría totalmente el principio de proporcionalidad punitiva, resultando totalmente injusto.

Es por ello que, conforme lo sostiene el Doctor Méndez (2013) debería realizarse un estudio respecto el principio activo de dichas sustancias incautas a fin de obtener mediante ello el porcentaje exacto por el cual se imputaría la tenencia de dichas sustancias sujetas a fiscalización, mas no basarse la misma únicamente en el estudio preliminar de sustancias psicotrópicas o comúnmente denominado PIPH, el cual solamente determina la existencia de las mismas en el producto incautado, mas no el porcentaje exacto del mencionado principio activo; procedimiento que lamentablemente no ocurre en Ecuador tras no contar con los medios apropiados para ello según lo afirma Méndez (2013).

A más de ello, se señala un aspecto de gran trascendencia como es el hecho de que al no contarse en nuestro medio con la técnica para determinar el porcentaje del principio activo contenido en las sustancias objeto del delito en estudio, conforme se mencionó ya en líneas anteriores, se puede incurrir en graves errores punitivos como ocurre en el caso de por ejemplo el cannabis, del cual es necesario conocer que existen dos especies como son el cannabis psicoactivo, el cual produce el efecto alucinógeno propio de dicha droga, y por otro lado el cannabis de fibra, usado entre otras finalidades para hacer soguillas, y el cual de ser sorprendido en posesión así sea por engaño en cuanto a sus efectos, será juzgado de la misma forma que de poseerse la primera especie, lo cual como es evidente resulta totalmente injusto; es por ello que conforme reza el Doctor Méndez (2013) es imprescindible se realicen procedimientos mediante los cuales se demuestre científicamente la presencia de las

sustancias estupefacientes y psicotrópicas con indicación exacta del principio activo contenido en ellas a fin de obtener penas plenamente justas, contando previo a ello con toxicólogos forenses, debidamente especializados para el efecto.

Pese a ello, el Doctor Leonardo Amoroso (2013) considera que en la práctica resulta realmente imposible que se realice la separación de la sustancia estupefaciente o psicotrópica propiamente dicha de aquellas con las que se las mezcla, y que se determine posterior a ello el porcentaje de principio activo contenido en las mismas; sostiene que por el contrario, lo relevante a su criterio es notar que al adquirir algún tipo de sustancia sujeta a fiscalización quien lo hiciere no puede determinar en ese momento si aquella está o no mezclada con otro tipo de productos ajenos a ella, de forma que se la obtiene considerando que la cantidad por él solicitada es efectiva y únicamente de dicha sustancia, desconociendo incluso muchas de las veces el engaño del que probablemente podría estar siendo sujeto; de modo que como lo continúo manifestando el Doctor Amoroso (2013) es por ello que entonces bastará con determinar mediante el denominado PIPH la existencia de dicha sustancia, aunque no su porcentaje activo específico, para juzgarse así dicho delito en base a la cantidad sorprendida en tenencia del procesado desde un inicio, puesto que ella finalmente fue la que de acuerdo a su intención decidió adquirir; juzgándose de este modo en base a intenciones, mas no a hechos concretos conforme lo manifiesta Méndez (2013).

Además de las deficiencias señaladas previamente respecto el procedimiento de determinación de la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en nuestro país, Amoroso (2013) comenta asimismo que no contamos con la cantidad necesaria

de toxicólogos que realicen exámenes de sangre u orina a fin de determinar la existencia de cualquier tipo de droga en el procesado como por ejemplo de cocaína, al momento mismo de la detención por tenencia de las mismas, lo que además de retardar el proceso ocasiona que el procesado se realice dichos exámenes días después de los cuales no se podrá detectar la existencia de dichas sustancias en su organismo, de modo que en base a dichos resultados se procederá consecuentemente a sentenciar a quien en realidad podría resultar consumidor; o por el contrario, se trate de burlar a la justicia al consumirse dichas sustancias posterior a su detención, a fin de con ello esquivar la ley tras resultar mediante dichos análisis erróneamente un consumidor, y por ende inimputable conforme lo establece el artículo 364 de la Constitución de la República (2008).

CAPÍTULO III

3. CASOS PRÁCTICOS.

3.1. Revisión de sentencias por tenencia ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

3.1.1. Primer Caso: Sentencia del Juicio N° 0038-2011, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay.

a) Procesada: Elisa del Carmen Orellana Carrión.

b) Teoría del Caso: En la audiencia de juicio la Fiscalía General del Estado, representada por el Doctor Leonardo Amoroso Garzón manifestó que, el día miércoles 23 de febrero de 2011 los policías Jorge Berrones Morocho, Fernando Cruz y Luis Morejón se encontraban patrullando la ciudad cuando a las 21h10 aproximadamente, mientras transitaban en las calles Rafael María Arízaga, entre la Mariano Cueva y Hermano Miguel, se percataron de una mujer con actitud sospechosa, quien al observar a la policía arrojó al piso tres fundas plásticas en las cuales dichos miembros encontraron una sustancia blanquecina, la que presumieron se trataba de droga. Luego de ello, aquella señora huyó y entró a una casa cercana al lugar de los hechos, en donde al tratarse de delito flagrante, ingresó asimismo la policía. En dicho lugar se encontró a la ahora acusada Elisa Orellana Carrión, quien poseía en una de sus prendas de vestir una funda plástica negra, contenida a la vez

por diecisiete funditas plásticas transparentes con una sustancia blanquecina considerada asimismo probablemente como droga. Un rato más tarde, al llegar al lugar de los hechos una policía de género femenino a fin de registrarlas, la procesada pidió ir al baño, a lo que se le facilitó una bacinilla en la que a más de hacer sus necesidades, la acusada arrojó una sustancia blanca que guardaba hasta entonces en sus partes íntimas, la que de resultar ser cocaína no se desharía en la orina, por lo que se procedió inmediatamente a filtrarla en una camiseta y al realizarse el examen de PIPH dio como resultado positivo para cocaína.

Por su parte, la Defensa Pública representada por el Doctor Mauricio Rodas, alegó que la procesada resulta ser consumidora de estupefacientes a partir de sus 13 años de edad, razón por la cual y en fundamento al artículo 364 de la Constitución de la República no debe ser criminalizada, puesto que dicha posesión sería destinada a su uso, mas no a su tráfico según lo arguyó mencionado abogado.

c) Prueba: Inicialmente, la Fiscalía General del Estado presentó como prueba a su favor las declaraciones de los policías presentes en el lugar de los hechos, además de la Doctora Lucy María Romero Correa, perito que realizó los exámenes químicos de las sustancias incautadas, los cuales conforme lo indicó dieron como resultado positivo para cocaína, consistentes en un peso neto de 12 gramos la primera muestra, 1.1 gramos la segunda y 6.4 gramos la tercera.

Acudieron asimismo, el perito Italo Alejandro Jiménez Gallegos, responsable del reconocimiento del lugar de los hechos; y el Doctor Geovanny Palacios Guerrero, quien realizó el examen psicosomático a la acusada mediante el cual indicó que la

misma es efectivamente consumidora a partir de los 13 años de edad, señalando finalmente que pese a ello la cantidad incautada por este concepto resulta ser excesiva para el uso así como para la tolerancia de la procesada.

En lo que respecta a la defensa, no presentó prueba alguna respecto la dependencia de la cual dice la procesada es víctima, alegando en su defecto que si bien la Fiscalía ha probado la existencia de la infracción, mas no así respecto la responsabilidad de la procesada; poniendo además en duda tanto los informes así como las declaraciones presentadas como prueba a favor de aquella.

d) Sentencia: El Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay, tras encasillar la situación jurídica en mención al ilícito tipificado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, declara a la señora Elisa del Carmen Orellana Carrión como autora y responsable del delito de tenencia ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, imponiéndosele consecuentemente la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria y multa de cien salarios mínimos vitales generales; la misma que al considerársele como atenuantes la rusticidad e indigencia de la infractora, contemplados en los literales c y d del artículo 85 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, es modificada a ocho años de reclusión mayor ordinaria y multa de sesenta salarios mínimos vitales generales. (Sentencia por tenencia ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, 2011). (Anexo 3).

3.1.2. Segundo Caso: Sentencia del Juicio N° 0048-2012, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay.

a) Procesado: Marco Vinicio Pardo Pardo.

b) Teoría del caso: La Fiscalía General del Estado, representada por el Doctor Luis Flores Idrovo expuso que, tras receptor información calificada como reservada respecto la vivienda de un individuo que se dedicaba al expendio de sustancias sujetas a fiscalización, realizó un operativo en data 3 de febrero de 2012, el cual se llevó a cabo en el sector El Progreso, vía Mayancela, de esta ciudad de Cuenca; lugar en donde se sorprendió precisamente a dicho sujeto, quien al observar a los agentes antinarcóticos se desprendió de una funda plástica rosada que contenía en su interior seis sobres envueltos en hojas de papel cuaderno a cuadros con una sustancia vegetal verdosa, la que al igual que la contenida en otros siete sobres obtenidos de una funda que se encontraba en una de sus manos se presumía era marihuana. Tras identificarse como Marco Vinicio Pardo Pardo y encontrarse acompañado de una señora de nombres Mariana Panamá Aucapiña, ésta ingresó a la vivienda del procesado y a fin de no tener problemas con la policía presentó a dichos miembros otra funda contenida con seis sobres más de la misma sustancia vegetal verdosa hallada anteriormente, la que tras realizarse los exámenes correspondientes efectivamente dio como resultado positivo para marihuana y un peso bruto de 45 gramos, además de determinarse que dicha cantidad resulta ser excesiva para el uso del procesado, quien dice ser consumidor.

Por su parte, la Doctora Julieth Aguirre Ordoñez, en calidad de defensora del procesado sostuvo que, aquel ha venido consumiendo marihuana a partir de los 12 años de edad, dependiendo consecuentemente de aquella sustancia, razón por la que tras considerárselo como una persona enferma resulta ser inimputable.

c) Prueba: La Fiscalía General del Estado aportó a su favor prueba documental, consistente en el acta de verificación de la envoltura, identificación, pesaje, etc. de las sustancias incautadas; así como también prueba testimonial, comprendida a más de las declaraciones de los policías que formaron parte del operativo mencionado en líneas anteriores, por la del perito Víctor Santiago Flores Vera, quien realizó el reconocimiento del lugar de los hechos; de la Doctora Lucy María Romero, perito que tras analizar las sustancias en mención determinó que se trataba de marihuana de un peso neto de 11.2 gramos la primera muestra, 12.7 gramos la segunda y 12.4 la tercera. Del mismo modo, se receiptó la declaración del Doctor Geovanny Palacios Guerrero, perito que realizó el examen psicosomático, en el cual concluyó que el procesado es dependiente de las sustancias sujetas a fiscalización desde los 13 años de edad, pero que sin embargo, la cantidad de la sustancia con la cual se lo sorprendió es excesiva para su grado de dependencia y nivel de tolerancia.

En lo concerniente a la defensa del procesado, éste rindió su versión de los hechos, manifestando que padece de una adicción a las sustancias sujetas a fiscalización desde los 13 años de edad conforme se mencionó ya anteriormente, y que en esta ocasión estaba llevando dichas sustancias incautadas a sus dos amigos, siendo suyo únicamente lo que se encontró dentro de su domicilio. Adicionalmente a ello, la defensa del procesado presentó a su favor sus antecedentes penales, así como prueba testimonial de personas que decían conocer que el acusado padece de dicha enfermedad.

d) Sentencia: Después de adecuar la conducta del procesado al tipo penal previsto en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, el Tribunal

Primero de Garantías Penales del Azuay dictó sentencia condenatoria en contra de Marco Vinicio Pardo Pardo, sancionándolo con la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta salarios mínimos vitales generales, la cual fundamentándose en el artículo 72 del Código Penal se redujo a ocho años de reclusión mayor ordinaria y la multa impuesta previamente.

Posteriormente, la sentencia fue elevada a consulta, siendo por ello conocida por la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la misma que tras verificar la existencia de la infracción así como la responsabilidad del acusado mediante la valoración de la prueba previamente aportada procedió a confirmarla en todas sus partes. (Sentencia por tenencia ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, 2012). (Anexo 4).

3.1.3. Tercer Caso: Sentencia del Juicio N° 0097-2012, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay.

a) Procesados: Aura Lariza Klinger Tenorio, Gabriel Marcelo Caicedo Ramírez, Ángel Oswaldo Gómez Casierra, Yessica Amparito Sanmartín Salazar.

b) Teoría del caso: La Fiscalía General del Estado, representada por el Doctor Rommel Molina manifestó que, el día 21 de mayo de 2012 a las 04h00 aproximadamente, el Teniente Carlos Fuel a fin de detener a un sujeto denunciado por delito de robo flagrante, ingresó junto a sus compañeros al domicilio ubicado en la Av. Loja 7-107 y Puerto de Palos, lugar al cual huyó el sospechoso y en el que dichos policías encontraron además a los ahora acusados, de quienes Gabriel Caicedo

Ramírez y Aura Larisa Klinger poseían en su habitación un arma oculta entre sus ropas, mientras que en un colchón de la habitación perteneciente a Ángel Gómez Casierra, quien se encuentra ya sentenciado, y en el cual estaba acostada su conviviente Yessica Amparito Sanmartín Salazar, se hallaron 230 envolturas de cocaína que después de realizarse los exámenes correspondientes alcanzaron un peso neto de 110 gramos y 133 gramos de marihuana; encontrando a más de ello una balanza y un feto en descomposición en dicho domicilio.

Frente a ello, Gabriel Caicedo Ramírez y Yessica Amparito Sanmartín Salazar, representados por el Doctor Gustavo Quito Mendieta manifestaron en su defensa que, el día de los hechos fueron detenidos de forma brusca, desconociendo el motivo de dicho evento; alegando además que, Ángel Gómez Casierra en un juicio previo confesó que la totalidad de las sustancias incautadas le pertenecían a su persona, razón por la cual previo a este proceso aquel fue ya sentenciado.

Asimismo, la defensa de Aura Larisa Klinger Tenorio, representada por el Doctor Carlos Andrade Bojorque manifestó que, desconocía el ilícito por el cual se la inculpaba puesto que únicamente se encontraba visitando a su ex novio Gabriel Marcelo Caicedo Ramírez, ya que conforme lo sostuvo, trabaja como empleada doméstica en la ciudad de Guayaquil, en donde por ende se encuentra domiciliada.

c) Prueba: Inicialmente, la Fiscalía General del Estado aportó a su favor prueba testimonial, comprendida por las declaraciones de los policías que se encontraban en el lugar de los hechos; además de prueba documental correspondiente a los informes de los exámenes realizados respecto las sustancias incautadas, así como de

reconocimiento del lugar de los hechos, y de dichas evidencias en las cuales se verificaron la integridad de las envolturas, pesaje, etc. de las mismas.

Por su parte, Gabriel Caicedo Ramírez y Yessica Amparito Sanmartín Salazar, mediante su defensor presentaron a su favor prueba testimonial de personas que dicen conocerlos, además de la declaración personal de cada uno respecto su versión de los hechos; presentaron además prueba documental tales como, certificados de honorabilidad y sus respectivos antecedentes penales; pruebas que fueron asimismo aportadas por parte de Aura Larisa Klinger Tenorio a través de su abogado defensor, además de una copia simple de trabajo, y otra certificada de la sentencia condenatoria dictada previamente contra Ángel Gómez Casierra.

d) Sentencia: El Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay, tras adecuar típicamente el hecho suscitado con el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, así como valorar la prueba aportada por cada una de las partes, confirmó la inocencia de Aura Larisa Klinger Tenorio, ordenando por ende su inmediata libertad; además de declarar la culpabilidad de Gabriel Caicedo Ramírez y Yessica Amparito Sanmartín Salazar, como autores y responsables del delito de tenencia ilícita de sustancias sujetas a fiscalización con la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, la que al presentar atenuantes y fundamentándose para ello en el artículo 72 del Código Penal se redujo a ocho años de reclusión mayor ordinaria y multa de sesenta salarios mínimos vitales generales a cada uno de ellos. (Sentencia por tenencia ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, 2012). (Anexo 5).

3.2. Análisis a las penas impuestas.

Después de la adecuación típica de las situaciones jurídicas plasmadas previamente al artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (2004) respecto al delito de tenencia ilícita de sustancias sujetas a fiscalización, se han imputado los tres casos, objeto de nuestro estudio, con la pena mínima aplicable a dicho tipo penal puesto que, conforme se señaló anteriormente y según consta de las sentencias anexadas al presente trabajo, se los sancionó inicialmente con la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, para luego reducirse a ocho años de reclusión mayor y multa de sesenta salarios mínimos vitales, tras considerarse para ello como atenuantes los literales c y d del artículo 85 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, esto es la rusticidad e indigencia de la infractora, en el primer caso; y la existencia de dos o más circunstancias atenuantes en el segundo y en el tercer caso conforme lo establece el artículo 72 del Código Penal (2008).

Pese a dichas consideraciones, es menester notar que, aunque mencionadas sentencias se han ceñido a lo establecido en la ley especial, no ha sucedido así respecto la Constitución de la República puesto que, en primera instancia, los tres casos han sido imputados con idéntica pena, desconociendo el daño ocasionado de acuerdo a la cantidad de sustancias sujetas a fiscalización por la que se juzga cada uno de ellos, de modo que se ha impuesto igual sanción a quien poseía 19.5 gramos de cocaína como ocurre en el primer caso, así como a quien mantenía en su poder 36.3 gramos de marihuana en el segundo caso y 243 gramos entre cocaína y marihuana conforme sucedió en el tercero.

A más de ello, es necesario notar que, de igual modo en los tres casos, se ha imputado la misma sanción prevista para el delito de homicidio, como lo es la pena de ocho años de reclusión mayor conforme lo reza el artículo 449 del Código Penal (2008) de forma que, el legislador no ha ponderado previamente los bienes jurídicos que pretende tutelar mediante cada tipo penal; lo que contraría asimismo el principio de proporcionalidad punitiva, contemplado como fundamental en el numeral 6 del artículo 76 de la Carta Magna (2008).

3.3. Seguimiento penitenciario.

Mediante una entrevista realizada al Doctor Vásquez (2013), ex Director del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Cuenca, e incorporada en el Anexo 6 del presente trabajo, nos indica que aproximadamente el cincuenta por ciento de reos se encuentran en dicho lugar tras hallarse vinculados con narcóticos, quienes al igual que los imputados por cualquier otro delito cumplen a cabalidad la pena impuesta previamente por el respectivo Tribunal de Garantías Penales, pudiendo sin embargo hacerse acreedores a los beneficios penitenciarios tales como la rebaja de la pena, y la denominada prelibertad o libertad condicionada, tras cumplir con la mitad de la sanción y presentar además méritos tales como buena conducta, realizar procesos educativos, laborales, entre otros requisitos establecidos en el Reglamento de Aplicación al Código de Ejecución de Penas y de Rehabilitación Social.

A más de ello, el Doctor Vásquez (2013) manifiesta que, a fin de cumplir con el objetivo del centro cuya dirección se encontraba a su cargo, como lo es la rehabilitación propiamente dicha de sus internos, existen grupos no gubernamentales

para ayuda de adicciones, pese a los cuales existen muchas limitaciones puesto que, aunque gran parte de los reos pretendan acogerse a dichos tratamientos de salud física y mental a fin de hacerse acreedores mediante méritos al sistema de rebaja de penas según lo establecido en el Reglamento de Aplicación al Código de Ejecución de las Penas y de Rehabilitación Social, se cuenta para ello únicamente con dos psicólogos de planta para una población penitenciaria de aproximadamente 750 a 800 internos, lo que evidentemente no satisface dicha necesidad.

Respecto al principio de proporcionalidad punitiva por tenencia de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Vásquez (2013) señala que efectivamente no existe dicha correspondencia puesto que, como a manera de ejemplo lo menciona, se juzga de la misma forma a quien posee 7 kilos y a quien mantiene en su poder 20 gramos de dichas sustancias sujetas a fiscalización, sin considerar para ello que el grado de peligrosidad del segundo como micro expendedor es notablemente menor que la del primero, distribuidor quien por lo general queda en la impunidad.

CAPÍTULO IV

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

4.1. Conclusiones.

4.1.1. La tenencia de sustancias sujetas a fiscalización tipificada en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas se contrapone al principio de proporcionalidad punitiva.

Del análisis plasmado en capítulos anteriores se desprende que, efectivamente el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas contraría el principio de proporcionalidad punitiva contemplado como una de las garantías básicas del debido proceso en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República puesto que, dicho tipo penal imputa la misma pena en todos los casos, independientemente de la cantidad de narcóticos por la que se la juzgue, de modo que por ejemplo quien poseyere siete gramos de marihuana será sentenciado con idéntica pena a quien mantenga en su dominio una tonelada de la misma, lo que evidentemente resulta injusto.

4.1.2. La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas no considera en su tipificación por tenencia ilícita de narcóticos la peligrosidad que genera el infractor.

A más de la injusticia contemplada en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y plasmada ya en líneas anteriores, dicho tipo penal desconoce el grado de peligrosidad que generan dichos tenedores de acuerdo a la cantidad de sustancias estupefacientes y psicotrópicas que poseen, la que indudablemente no es la misma, de modo que un micro expendedor quien debido a su escasez de recursos económicos ha optado por incurrir en la comisión de este delito, es considerablemente menos peligroso que aquel distribuidor y muchas de las veces jefe de grandes mafias, capaz de cometer los más espantosos crímenes.

4.1.3. La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas no ha jerarquizado las lesiones producidas mediante el delito de tenencia de sustancias sujetas a fiscalización en relación a los bienes jurídicos tutelados en otros tipos penales.

Al momento de la tipificación del delito en estudio, el legislador no ha ponderado el bien jurídico que se pretende tutelar mediante dicho tipo penal en relación a otros delitos tipificados en el Código Penal, de modo que se imputa el menoscabo a la salud pública con la misma pena e incluso mayor al de la vida en el caso del homicidio, desconociéndose evidentemente el nivel de daño que ocasionan dichas conductas en cada delito, lo que a más de inconstitucional y menoscabar los derechos humanos, resulta ser totalmente irracional.

4.1.4. El procedimiento para determinar la presencia de narcóticos en las sustancias incautadas, así como la dependencia de los acusados por dicho concepto adolece de varias deficiencias.

Es menester señalar que, existen varias deficiencias en nuestro medio respecto al procedimiento empleado para determinar la presencia de narcóticos en las sustancias incautadas puesto que, a más de no poseer técnicas que determinen el porcentaje exacto del principio activo contenido en las mismas, carecemos también de un procedimiento científico que demuestre el nivel de dependencia y tolerancia de quienes alegan ser consumidores de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, basándose así los informes periciales respectivos únicamente en las declaraciones que hagan los acusados al respecto, pericias que incitan se esquite la justicia con facilidad.

4.1.5. Actualmente carecemos de la cantidad necesaria de toxicólogos forenses que realicen los exámenes que determina la ley oportunamente.

Al no poseer el número adecuado de médicos especializados en narcóticos se presta para que se escarnezca la justicia puesto que, al realizarse tardíamente a los acusados tanto los exámenes de sangre como de orina que determina la ley, ocasiona que quien resultare ser consumidor sea injustamente condenado tras no detectarse la presencia de las sustancias sujetas a fiscalización, así como quien no lo sea las consuma con antelación a la toma de dichas muestras a fin de ser calificado por tal evento como inimputable.

4.2. Recomendaciones.

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas ha generado innumerables injusticias respecto la punición por tenencia de sustancias sujetas a fiscalización al

contrariar, entre otros aspectos, el principio de proporcionalidad punitiva contemplado como fundamental en nuestra actual Carta Magna, razón por la que a fin de ceñirla al espíritu de ella y obtener de ese modo penas proporcionales y por ende justas resulta imprescindible reformarla al tenor de las siguientes recomendaciones.

4.2.1. La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas debe establecer un límite cuantitativo respecto la posesión de las sustancias sujetas a fiscalización.

Tras considerar la actual despenalización del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, y pese a las críticas emitidas en torno al sistema mediante el cual se establece un límite cuantitativo respecto la posesión de las sustancias sujetas a fiscalización por su excesiva rigidez, considero imprescindible éste sea implementado en nuestra legislación debido a la cualidad más relevante que éste posee, como lo es la seguridad jurídica proporcionada a la sociedad mediante su aplicación debido a que, únicamente de este modo aquella conocerá con certeza la punición establecida a causa de la comisión del delito objeto de nuestro estudio, a más de erradicar de este modo las arbitrariedades que hasta el momento se han suscitado por dicho evento.

De este modo, conforme a un informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología en data 18 de Octubre de 2001 (Mayán Santos, 2007), no se ha de imputar la tenencia de: (a) 100 gramos de marihuana, (b) 25 gramos de hachís, (c) 7,5 gramos de cocaína, (d) 3 gramos de heroína, (e) 900 miligramos de anfetaminas

o, (f) 3 miligramos de LSD; tras ser éstas consideradas como las cantidades necesarias para el uso diario de un consumidor habitual.

Pese a que aquellas dosis establecidas como mínimas por el Instituto Nacional de Toxicología se han basado en un fundamento científico, es menester analizar la situación de quien las poseyere, puesto que si bien aquellas correspondieren a un consumidor habitual, puede no ser así respecto quien esté iniciando una adicción de esta naturaleza, para quien consecuentemente dichas cantidades pueden resultar excesivas y por ende punibles, al igual que de sobrepasarse las cantidades mencionadas en líneas anteriores, en cuyos casos se les imputará la pena de uno a cinco años de prisión; mientras que de convertirse en cantidades de notoria importancia conforme lo establece asimismo el informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología (Mayán Santos, 2007), esto es a partir de: (a) 10 kilogramos de marihuana, (b) 2,5 kilogramos de hachís, (c) 1.000 gramos de morfina, (d) 750 gramos de cocaína, (e) 300 gramos de heroína, (f) 300 gramos de aceite de hachís, (g) 240 gramos de éxtasis, (h) 90 gramos de anfetaminas y, (i) 300 miligramos de LSD; se les impondrá la pena de diez a quince años de prisión al tratarse de grandes distribuidores en relación a las cantidades y al tipo de dichas sustancias mantenidas en su posesión.

4.2.2. La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas debe diferenciar a los tenedores de sustancias sujetas a fiscalización de acuerdo a la cantidad que poseyeren.

Al establecerse un límite cuantitativo respecto la tenencia ilícita de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas es posible que se diferencie entre aquellos poseedores de pequeñas cantidades de dichas sustancias, de quienes resultaren ser distribuidores de ellas a gran escala, lo que a más de permitir una punición proporcional en relación al daño ocasionado, facilitará la localización de aquellos grandes distribuidores, quienes son los que realmente controlan el narcotráfico, fomentando de este modo una verdadera lucha antidrogas.

4.2.3. El Ministerio de Inclusión Económica y Social debe generar nuevas fuentes de empleo.

Es menester señalar que, por lo general quienes incurren en la comisión de este delito provienen de sectores marginales debido a su escasez de recursos económicos, por lo que es necesario además se incremente la intervención del Ministerio de Inclusión Económica y Social, generando nuevas fuentes de empleo que promuevan la inserción de estas personas en el ámbito laboral, lo que a más de reducir el riesgo de peligro que por dicha carencia generan en la sociedad, disminuiría la actual sobrepoblación penitenciaria, cuyo excesivo número de reos es físicamente imposible de satisfacer inclusive las necesidades más básicas de alimentación e higiene.

4.2.4. Se debe incrementar el número de toxicólogos forenses que intervienen en los procesos por juzgamiento de tenencia ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Si bien actualmente resulta utópica la implementación de técnicas que determinen el porcentaje exacto del principio activo contenido en las sustancias estupefacientes o psicotrópicas por el que se las pretende juzgar, no así respecto la adopción de políticas públicas por parte del Estado que fomenten la preparación de toxicólogos forenses mediante por ejemplo el otorgamiento de becas, lo que incrementaría el número de dichos especialistas, permitiendo agilidad en los procesos, a más de evadir así la burla que por su actual déficit se pretende hacer a la justicia.

4.2.5. Se debe incrementar el personal que labora en los Centros de Rehabilitación Social.

Es preciso recomendar finalmente que, se contraten más psicólogos que trabajen en los Centros de Rehabilitación Social, a fin de cumplir el objetivo propuesto a partir de la instauración misma de dichas instituciones, como es la rehabilitación propiamente dicha de los reos, evento cuya carencia la imposibilita; a más de evitarse con ello la reincidencia de aquellos en la comisión del delito objeto de nuestro análisis.

BIBLIOGRAFÍA

Abarca Galeas Luis. (2001). *Lecciones de procedimiento penal*. Tomo 5. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Abarca Galeas Luis. (2001). *Lecciones de procedimiento penal*. Tomo 6. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Abarca Galeas, L. (2003). *Lecciones de Procedimiento Penal*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Amoroso, L. (18 de Abril de 2013). (G. Abril, Entrevistador)

Astolfi, Gotelli, Kiss, López Bolado Maccagno, Poggi. (1989). *Toxicomanías*. Buenos Aires, Argentina: Universidad.

Borja, R. (2005). *Síntesis del Pensamiento Humano en torno a lo Jurídico*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión.

Cabanellas, G. (1968). *Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.

Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Talleres Gráficos FA.VA.RO., S.A.I.C. y F.

Carbonell, M. (2007). *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Código Penal (2008).

Constitución de la República del Ecuador (2008).

Convención única de 1961 sobre Estupefacientes.

Estado, C. E. (9 de Diciembre de 2012). Obtenido de <http://www.agroecuador.com/HTML/infocamara/2012/15122012/ANEXO%201%20Borrador%20do%20debate%20Codigo%20Penal%20Integral.pdf>

Fontán Balestra, C. (1980). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. (2004).

Guía a la redacción en el estilo APA. 6ta. edición.

Maggiore, G. (1972). *Derecho Penal*. Bogotá: TEMIS Bogotá.

Mayán Santos, M. E. (septiembre de 2007). *Noticias Jurídicas: Artículos Doctrinales*. Obtenido de sitio web Noticias Jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200709-58545755.html>

Méndez, M. (18 de Abril de 2013). (G. Abril, Entrevistador)

Mir Puig, S. (1985). *Derecho Penal*. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias.

Morales Viteri, J. P., & Paladines, J. V. (2009). *Entre el control social y los derechos humanos, los retos de la política y la legislación de drogas*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Moreno Nicolalde Fabián, Yazan Montenegro Ruth. (2006). *Garantías Constitucionales y Derechos Humanos*. Tulcán, Ecuador: Imprenta Municipal y Gobierno Municipal de Tulcán.

Peralta, J. (2003). *Lecciones sobre Historia de Derecho*. Azogues: Casa de la Cultura Ecuatoriana.

Puig S. Mir, Stratenwerth, Roxin Clauss, Bergalli R., Rodriguez M. G., Baratta A., Hassemer W. Bustos Cerezo J. Kaufmann A., Jescheck H.H., Muñoz Conde F., Gimbernat Ordeig E., Luzón Peña D., Córdoba Roda J. (1982). *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Temis.

Reglamento de Graduación de la Facultad de Ciencias Jurídicas para el otorgamiento del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República.

Rojina Villegas, R. (1986). *Derecho civil mexicano: Introducción y Personas*. México: Porrúa.

S.A., E. A. (s.f.). Obtenido de http://www.aemps.gob.es/legislacion/espana/medicamentosUsoHumano/docs/estupefacientesPsicotropos/rcl_1967_706.pdf

Serrano Maíllo, A. (2004). *Introducción a la Criminología*. Lima: Ara Editores.

(s.f.). Obtenido de <http://www.dipublico.com.ar/10005/convenio-internacional-sobre-el-opio-ginebra-19-de-febrero-de-1925/>

(s.f.). Obtenido de <http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/legisla/pdf/i3.pdf>

(s.f.). Obtenido de http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_supre_trafi_ilici_drog_noci_gine.pdf

(s.f.). Obtenido de <http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/legisla/pdf/i10.pdf>

(s.f.). Obtenido de http://www.gafisud.info/documentos/esp/base/Normas%20Internacionales/convenio_n%20de%20viena_1988_es.pdf

(s.f.). Obtenido de <http://www.losandes.com.ar/notas/2009/8/21/un-441712.asp>

(s.f.). Obtenido de http://docs.mexico.justia.com/federales/codigo_penal_federal.pdf

(s.f.). Obtenido de <http://pdba.georgetown.edu/Security/citizenssecurity/domrep/leyes/ley50.pdf>

Vásquez, D. (16 de Mayo de 2013). (G. Abril, Entrevistador)

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2005). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

ANEXO 1

Entrevista personal realizada al Doctor Leonardo Amoroso, Fiscal I de la Unidad de Delincuencia Organizada del cantón Cuenca.

ANEXO 2

Entrevista personal realizada al Doctor Miguel Méndez, médico legista.

ANEXO 3

Sentencia del Juicio N° 0038-2011, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay.

PRIMER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES JUICIO N. 038-2011 JUEZ PONENTE: Dr. Julio Vintimilla Murillo Cuenca, 24 de abril del 2013.-16h.50.-
VISTOS: Se ha convocado a Audiencia Pública, Oral y Contradictoria de Juicio para conocer y resolver la situación jurídica de la señora Elisa del Carmen Orellana Carrión, a quien se le acusa por el ilícito tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, como así consta del auto llamamiento a juicio dictado por la Juez Temporal del Juzgado Segundo de Garantías Penales del Azuay Dra. Astrid Alcívar A. Concluida la Audiencia de Juicio, el Tribunal Primero de Garantías Penales, luego de deliberar, emitió resolución declarando la culpabilidad de la acusada y para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 306 del Código de P. Penal, la sentencia se reduce a escrito, de acuerdo a las siguientes consideraciones: PRIMERO.- No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que vicie el Procedimiento, por lo que se declara su validez. SEGUNDO.- Teoría del Caso: La Fiscalía General del Estado, por intermedio del Fiscal Dr. Leonardo Amoroso Garzón, Manifiesta: Que la teoría del caso, se encuentra constituida por los siguientes hechos fácticos: El día miércoles 23 de febrero del 2011, a eso de las 21h10 en circunstancias que el cabo de Policía Jorge Berrones Morocho en junta del cabo Fernando Cruz y del Policía Luis Morejón, realizaban un patrullaje por la calle Rafael María Arízaga, entre las calles Mariano Cueva y Hermano Miguel de esta ciudad, observaron la presencia de una señora en actitud sospechosa de contextura delgada, cabello tinturado, nerviosa, al percatarse de la presencia policial procedió a arrojar al piso tres fundas plásticas transparentes que en su interior contenía una sustancia blanquecina, posiblemente droga, siendo recogidas por la Policía y en su intento de evadir, ingresa en un domicilio de la calle Rafael M. Arízaga de esta ciudad y por tratarse de un delito flagrante ingresa también la Policía, logrando neutralizar en el interior de una habitación, identificándose como Johanna Romero Ospina, en este mismo cuarto de habitación se encontraba la acusada Elisa Orellana Carrión, la misma que demostraba una actitud nerviosa, metiendo sus manos en los bolsillos del calentador que llevaba puesto. La Policía le solicita que saque las manos de los bolsillos, observando el cabo Fernando Cruz que en el bolsillo del lado izquierdo tenía una funda de color negro, que al retirarla en su interior encontraron 17 funditas plásticas transparentes, las cuales contenían una sustancia blanquecina, posiblemente droga. Ante este hecho se comunican con la Central de Atención Ciudadana, solicitando el envío de una señorita Policía para que pueda registrarlas, colaborando la Policía Pila Aynuca Nathaly, quien al registrarle a

la detenida Johanna Romero Ospina, se percata que la Señora Elisa Orellana Carrión aduciendo querer orinar, se sienta en una bacinilla y sacándose de sus partes íntimas una sustancia blanquecina tipo polvo, lo arroja a la orina, por lo que la policía para rescatar, procede a filtrar en una camiseta, recogiendo una sustancia blanquecina que sometidas estas evidencias, a la prueba preliminar de identificación homologada, dio resultado positivo para derivado de cocaína, con un peso de 23 gramos. Concedida la palabra al abogado de Elisa Orellana Carrión Dr. Mauricio Rodas manifiesta: Que aceptaba la aseveración del Señor Fiscal en lo referente a la existencia material de la infracción, no así la responsabilidad penal de la acusada, no es verdad que haya tenido la cantidad de sustancia que indica el Señor Fiscal, que ella desde los trece años viene consumiendo droga y siendo adicta tenía para su uso, no para tráfico. TERCERO: Prueba aportada por los sujetos procesales.- La Fiscalía General del Estado solicita que en esta audiencia, se evacúe la siguiente prueba: Para justificar la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal de la procesada, se reciban las declaraciones de Jorge Humberto Berrones, Luis Eduardo Morejón Estrada, Rosa Nathaly Pila Aynuca, Italo Jiménez Gallegos, Dr. Geovanny Palacios Guerrero, Dra. Lucy María Romero Correa. Por su parte el defensor público de Elisa del Carmen Orellana Carrión, Dr. Mauricio Rodas solicita como prueba documental los certificados de Antecedentes Penales y los Certificados de Conducta que fueron solicitados oportunamente en el anuncio de prueba constante de este proceso. La Presidencia del Tribunal manifiesta que no procede la prueba solicitada y anunciada, en virtud de que quien solicitó no fue la procesada Elisa Orellana Carrión sino Blanca León Pacheco a su nombre, no como defensora de la acusada, por lo que no siendo parte en este proceso no se puede considerar en esta audiencia. El Señor Fiscal pide se reciba la declaración de la Dra. Lucy María Romero Correa quien con juramento manifiesta: Que fue designada como perito para practicar un análisis químico en junta del Dr. José Requelme en la diligencia de pesaje y destrucción de la droga; el Sr. Luis Mario Vintimilla le entregó tres muestras de 0.2 gramos cada una, que la primera muestra se le entregó de un peso neto de 12 gramos. La segunda muestra de un peso neto de 1.1 gramos y la tercera muestra de un peso neto de 6.4 gramos, que luego de los análisis realizados dieron positivo para cocaína; que la primera muestra estaba embalada en una funda plástica húmeda, en una sola masa, que la cocaína es poco soluble y se puede recuperar, que en la orina no se disuelve la droga, que se filtra y se recupera. Que se ratifica en su informe pericial. El Señor Fiscal solicita se reciba la declaración del Sr. Italo Alejandro Jiménez Gallegos.- Ante la pregunta del Sr. Fiscal ¿En qué lugar trabaja? Manifiesta que presta sus servicios en el departamento de criminalística de la Policía Nacional, que fue designado como perito para el reconocimiento del lugar de los hechos, en junta del cabo Guillermo Tene Quevedo, habiendo concurrido a la calle Rafael María Arízaga N.5-59 y Hermano Miguel de esta ciudad, en cuyo interior a 10 metros de la puerta de ingreso se pudo observar una habitación en donde habían sido detenidas Elisa Orellana Carrión y Johanna Romero Ospina, tratándose de una escena cerrada al costado derecho de la calle Rafael María Arízaga, en un inmueble de dos plantas, que su compañero que levantó el Parte Policial de las mentadas personas manifestó que

les habían encontrado con drogas, que practicó también el reconocimiento de evidencias consistente en una cartera de color azul y un celular marca NOKIA. Comparece a declarar el Dr. Geovanny Palacios Guerrero quien indica que fue designado como perito para realizar el examen psicosomático de la acusada Elisa Orellana Carrión, quien presenta una personalidad mixta, una evolución de tipo crónico de consumo de sustancias estupefacientes desde los trece años, que comienza en la ciudad de Guayaquil; ella consume 4 sesiones por día de 10 pistolas, en relación a su tolerancia. Que la droga encontrada en su poder es una excesiva cantidad de acuerdo a su naturaleza y tolerancia. El Sr. Juez Dr. Luis Flores le pregunta ¿En base de qué datos realiza el examen pericial? indica en base del parte policial, de los datos que proporciona la examinada, le pregunta ¿Existen huellas, elementos físicos que delaten el consumo de drogas? Contestando indica que se denota por la palidez y el semblante, nerviosidad, languidez, bajas de peso, hechos que no se encontró en la examinada. Comparece a declarar Jorge Humberto Berrones Morocho quien manifiesta que el día 23 de febrero del 2011 a las 21h10, se encontraba de patrullaje por las calle Rafael María Arízaga entre Mariano Cueva y Hermano Miguel de esta ciudad, percatándose que una señora que estaba con una chaqueta rosada, un pantalón jeans, que luego se identificó como Johanna Romero, al reconocer a la Policía, se puso nerviosa, procedió a arrojar al piso tres fundas plásticas que contenían una sustancia blanquecina que luego de la prueba de campo da positivo para cocaína, recogiendo el declarante tales fundas, y tratando de evadir a la policía, entra en un domicilio de la calle Rafael María Arízaga N. 5-59 y al perseguirla ingresan también al interior, en una habitación le detienen, habitación en donde se encontraba la Sra. acusada Elisa Orellana Carrión, y estaba nerviosa, llevándose las manos a los bolsillos del pantalón y al pedirle que saque las manos se percataron que tenía una funda de plástico en el bolsillo del lado izquierdo, estando a la vista parte de la funda y al retirarle la funda Fernando Cruz encontraron en su interior, 17 funditas con una sustancia blanquecina. Que llamaron a la Central de Asistencia Ciudadana pidiendo manden a una Policía para que les registren a las señoras Romero y Orellana. Al revisar la policía Rosa Nathaly Pila Aynuca a la señora Romero, la acusada Elisa Orellana solicita que quiere orinar, procediendo a hacerlo en una bacinilla, en donde bota un polvo blanco que luego filtraron en una camiseta para recuperar la droga. Que la sustancia encontrada a la señora era de 9.5 gramos y la sustancia encontrada en la orina, tenía un peso de 13.7 gramos, que sometido a la prueba de campo dio positivo para cocaína. Comparece a declarar Luis Eduardo Morejón Estrada. El Sr. Fiscal le pregunta: ¿En dónde, cómo y cuándo se produjeron los hechos?, contestando indica: El día 23 de febrero del 2011 encontrándose patrullando a eso de las 21h10 por la calle Rafael M. Arízaga entre Mariano Cueva y Hermano Miguel de esta ciudad, divisaron la presencia de una señora que luego supo llamarse Johanna Romero Ospina, que al ver a la Policía se puso nerviosa, arrojando al piso tres fundas plásticas que contenían una sustancia blanquecina presumiblemente droga, y al tratar de evadir a la policía, ingresó en un domicilio de la calle Rafael M. Arízaga N. 5-59, yendo en su persecución la policía al interior y en un cuarto de habitación a 10 metros de la puerta de ingreso, le

detuvieron encontrándole también a la señora Elisa Orellana Carrión, quien al ver a la policía se puso nerviosa, metiendo las manos en los bolsillos y al pedirle que saque, apareció una funda plástica en su bolsillo y al sacarlo Fernando Cruz, encontraron en su interior 17 funditas con una sustancia blanquecina. Que llamaron a la Central de Asistencia Ciudadana para que envíen una policía a fin de que registre a las señoras Romero y Orellana, llegando la policía Rosa Nathaly Pila Aynuca, y cuando registraba a la señora Romero, la señora Elisa Orellana pidió le deje orinar, lo hizo en una bacinilla, y sacando de su interior arrojó en la orina un polvo blanquecino, el que para recuperarlo, los policías procedieron a filtrar en una camiseta, sustancia que al ser sometida a la prueba preliminar de campo, dio positivo para cocaína. Comparece a declarar Rosa Nathaly Pila Aynuca.- manifiesta: que el día 23 de febrero del 2011 estaba en la central 109, que le llamaron para registrar a la que está presente Elisa Orellana Carrión y a Johanna Romero, concurriendo a la calle Rafael M. Arízaga y Mariano Cueva; que la señora Orellana decía que no se aguantaba el deseo de orinar, cogió una bacinilla, y luego ve que bota una sustancia blanquecina en la orina, lo que comunica a sus compañeros, quienes para recuperar la droga , filtraron en una camiseta, luego de la prueba preliminar de campo, dio positivo para cocaína. TESTIMONIO DE LA ACUSADA CON JURAMENTO.- La procesada se identifica como Elisa del Carmen Orellana Carrión, de 49 años de edad, ecuatoriana, domiciliada en la ciudad de Cuenca en la calle Rafael M. Arízaga N. 5-59 y Hermano Miguel, estado civil: soltera, de profesión comerciante, que el número de su cédula de ciudadanía no recuerda, y manifiesta: Que no tiene domicilio fijo, en veces ha estado en el sector Miraflores, en otras en el sector Terminal Terrestre, y esta vez estuvo con su amiga en el lugar mencionado. Que el día de los hechos su amiga Johanna fue a comprar cigarrillos en el mercado, y al retornar ingresaron los Policías encontrando a su amiga 3 fundas y a ella 6 fundas para el consumo personal. Que es una mujer enferma que consume droga desde los 13 años de edad, habiendo aprendido en la ciudad de Guayaquil. CUARTO.-DEBATES.- El Sr. Fiscal en la fase de los debates manifiesta: Que se ha probado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad penal de Elisa del Carmen Orellana Carrión por el ilícito tipificado y sancionado en el Art. N. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas por lo que pedía sentencia condenatoria. Con la declaración de la Dra. Lucy Romero, quien practica el análisis químico de las sustancias encontradas en poder de la acusada, con el informe del perito Stalin Jiménez Gallegos, del reconocimiento del lugar de los hechos, con la declaración del perito Geovanny Palacios Guerrero sobre el examen psicossomático de la acusada, quien manifiesta que si bien es consumidor, existía tenencia excesiva para su consumo y tolerancia, manifestando que no existen huellas físicas demostrativas, como producto del consumo como suele presentarse a los adictos de drogas. Con los testimonios de los policías Jorge Humberto Berrones, Fernando Cruz, Luis Eduardo Morejón y Nathaly Pila, se ha probado la responsabilidad penal de la procesada y la tenencia ilícita de 17 funditas plásticas de cocaína con un peso de 9.5 gramos y la sustancia encontrada en la orina con un peso de 13 gramos, lo que sometido a la prueba preliminar de campo dio positivo para cocaína. Que la prueba se ha evacuado

conforme a derecho comprobándose la existencia de la infracción y la responsabilidad penal, al amparo de los Arts. 85, 20 y 259 del Código de P. Penal, por lo que acusaba a Elisa del Carmen Orellana Carrión de ser autora del delito tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. ALEGATOS DE LA DEFENSA.- El Dr. Mauricio Rodas, Abogado de la acusada, manifiesta: si bien se encuentra aprobada la existencia de la infracción, EL Señor Fiscal no ha podido aprobar la responsabilidad de Elisa del Carmen Orellana Carrión. El Perito en el reconocimiento del lugar de los hechos y de las evidencias, en su informe da cuenta que como evidencias ha reconocido una cartera y un celular, ¿si existía tenencia ilegal de drogas, en dicha habitación debe existir balanza, pesas, fundas para la venta?, evidencias que no existen y mal se puede acusar de tenencia ilícita. El informe psicosomático practicado por el Dr. Geovanny Palacios deja en duda al no saber cuál de las dos personas Orellana o Romero tenía mayor capacidad de consumo de la droga incautada, a fin de determinar si había o no exceso de tal sustancia, tanto más que no existe el examen psicosomático en la persona de Jhoanna Romero. Que la señorita Policía Nathaly Pila Aynuca en la declaración en esta Audiencia, no sabe el lugar, o la calle en donde practicó la revisión a la acusada Orellana, ni la cantidad de sustancia encontrada, para poder hablar de tenencia ilegal. La procesada es consumidora de droga desde los trece años, no tiene domicilio ni lugar donde vivir, la calle Rafael María Arízaga, no es su domicilio, si no la de su amiga. La adicción no debe ser criminalizada por vulnerar el Art. 364 de la Constitución de la República, por lo que no estando probada la responsabilidad de la acusada se debe dictar sentencia absolutoria a su favor. QUINTO.- VALORACION DE LA PRUEBA: Con los actos y diligencias practicadas en esta Audiencia de Juicio, de conformidad con el numeral 6 del Art. 168 de la Constitución de la República y los Arts. 79, 80, 250, 252 y 258 de la Ley Adjetiva Penal, Fiscalía General del Estado demuestra la existencia de la infracción; así tenemos: a) con el testimonio de la Dra. Lucy María Romero Correa, quien expone que para el análisis químico recibió tres muestras de 0.2 gramos, y que luego del análisis dio positivo para cocaína, que la primera muestra con peso neto de 12 gramos, de la cual sacaron 0.2 gramos, estaba embalada en una funda plástica húmeda, hecho una sola masa, que en la orina no se disuelve la droga, que se filtra y se recupera; b) con el testimonio de Tobías Guillermo Tene Quevedo quien practica el reconocimiento del lugar de los hechos, indicando que se trata de una escena cerrada, ubicada al costado derecho de la calle Rafael María Arízaga, en un inmueble de dos pisos con la numeración 5-59. La responsabilidad penal de la acusada se halla demostrada con las declaraciones de los Policías Jorge Berrones Morocho, Fernando Cruz Soto y Luis Morejón Estrada, quienes en forma clara y concisa, exponen que el día 23 de febrero del 2011 a las 21h10, se encontraban de patrullaje por la calle Rafael María Arízaga, entre la calle Mariano Cueva y Hermano Miguel, observando que una señora se encontraba, nerviosa y sospechosa, que luego supieron respondía al nombre de Jhoanna Romero, quien al reconocer a la Policía, arroja tres fundas plásticas al piso con una sustancia blanquecina que luego del análisis preliminar de campo dio positivo para cocaína, y tratando de evadir ingresa a un domicilio de la

calle Rafael María Arízaga N°5-59; que al perseguirle por tratarse de un delito flagrante en el interior del inmueble en un cuarto lo detienen, lugar en el que se encontraba la acusada Elisa Orellana Carrión, quien se pone nerviosa y lleva las manos a los bolsillos del pantalón, y al pedirle que saque las manos observan que aparecía parte de una funda plástica, y que al retirar la misma Fernando Cruz, encuentra 17 funditas con una sustancia blanquecina, que luego del análisis de campo da positivo para cocaína; que llaman a la Central de Atención Ciudadana para que envíen una Policía para que les registren, llegando para ello la Policía Rosa Pila Aynuca y cuando ella registraba a la señora Romero, la acusada Elisa Orellana manifiesta que no aguanta más el deseo de orinar, sentándose en una bacinilla, viendo que arrojaba en la orina una sustancia blanca, que ellos filtraron esta sustancia en una camiseta que luego del análisis del campo dio positivo para cocaína. Con el testimonio de la Policía Rosa Nathaly Pila Aynuca quien indica en su declaración que el 23 de febrero del 2011 se encontraba en la Central 109 que ante la llamada de que designe una Policía para el registro de dos detenidas ella concurrió y cuando revisaba a Jhoanna Romero le pidió la acusada Orellana orinar, por lo que cogió una bacinilla circunstancia en las cuales ve arrojar en la orina una sustancia blanca hecho que comunica a sus compañeros. Con el Testimonio del Dr. Geovanny Palacios Guerrero, quien manifiesta en su declaración que practicó el examen psicosomático a la acusada, quien tiene una personalidad mixta, una evolución de tipo crónica, de consumo de sustancias estupefacientes, que la acusada en su examen indica que hace cuatro sesiones al día, de diez pistolas; que la droga encontrada es una excesiva cantidad de acuerdo a su naturaleza y tolerancia. Que consume droga desde los trece años de edad. SEXTO.- ADECUACION TIPICA: La situación jurídica conocidos en esta audiencia se encasillan en el ilícito tipificado y sancionado en el Art.62 del la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por reunir las condiciones que conforman tal ilícito: a) quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean, obtengan en su poder sustancias sujetas a fiscalización; en el presente caso se ha demostrado tenía en su poder sustancias sujetas a fiscalización, que luego del análisis químico da positivo para cocaína, tenencia que lo hace sin autorización legal o despacho de receta médica; b) con su consentimiento expreso o tácito deducible de una o más circunstancias. En la causa se ha probado que la acusada con su consentimiento expreso tenía en su poder una sustancia que luego del análisis se determinó que era cocaína; c) en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio. En la especie se ha demostrado que la acusada tenía la sustancia en su bolsillo y en la parte íntima de su persona. Se ha demostrado por parte de la Fiscalía sin lugar a duda la existencia de la infracción y la responsabilidad penal de la acusada. SEPTIMO.- Lo expuesto por la defensa de la acusada en la etapa de los debates de que no se ha probado la responsabilidad de la acusada, no se acepta pues con los testimonios de los Policías Jorge Berrones Morocho, Fernando Cruz Soto y Luis Morejón Estrada se demuestra que la acusada tenía en su poder una funda con 17 funditas con una sustancia blanquecina, que luego del análisis químico da positivo para cocaína, también se ha probado con la declaración de Rosa Pila que la acusada luego de orinar en la bacinilla, arrojó la

droga. En lo referente a que no se puede condenar a una persona adicta, consumidora de droga, de conformidad con el Art.364 de la Constitución de la República, tampoco se acepta pues la defensa de la procesada no ha probado dentro de la audiencia de juicio la circunstancia que exige la norma contemplada en el Art.63 de la Ley de Sustancias de Estupefacientes y Psicotrópicas, es decir no prueba el estado de dependencias al consumo de cocaína como tampoco el nivel de tolerancia que tiene a esta droga, y que hace indispensable la dosis que ha poseído, esto es los 6.4 gramos de peso neto encontrado en el bolsillo de su pantalón y los 12 gramos de peso neto que arrojó la orina en la bacinilla, por lo que no demuestra que se trate de una persona enferma y adicta a la cocaína.- Por lo expuesto el Primer Tribunal de Garantías Penales del Azuay en aplicación a los Arts.16, 28 y 304 A de la Ley Adjetiva Penal “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA” declara que Elisa del Carmen Orellana Carrión de 49 años de edad, ecuatoriana, domiciliada en la ciudad de Cuenca, en la calle Rafael María Arízaga y Hermano Miguel, soltera comerciante es autora y responsable del ilícito tipificado y sancionada en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas por lo que se le impone la pena de 12 años de reclusión mayor extraordinaria y multa de cien salarios mínimos vitales generales, pero en consideración al Art. 85 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas literal c y d, habiendo demostrado y apreciado por el Tribunal rusticidad e indigencia de la infractora que constituye atenuante para efectos de la aplicación de la pena y circunstancia atenuante contemplada en el Art. 29 numeral 8 del Código Penal, la pena se modifica y se le impone 8 años de reclusión menor ordinaria y multa de 60 salarios mínimos vitales generales; la pena seguirá cumpliendo en el “Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley” de Mujeres de la Ciudad de Guayaquil, debiendo imputarse todo el tiempo que haya permanecido detenida por esta causa. De ejecutoriarse este fallo el señor Abogado Secretario del Despacho gire la boleta de Ley para legalizar la reclusión de la sentenciada. La actuación del Señor Abogado de la Defensa y del señor Fiscal en esta audiencia ha tenido una debida actuación.- Remítase en consulta el proceso a la Corte Provincial de Justicia del Azuay.- Las disposiciones legales aplicadas en esta sentencia se hallan dentro de la misma. Notifíquese (f) Dra. Patricia Novillo Galarza- Presidenta, Dr. Luis Flores Juez Titular y Dr. Julio Vintimilla Murillo Juez Temporal.

ANEXO 4

Sentencia del Juicio N° 0048-2012, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay.

TRIBUNAL PRIMERO DE GARANTIAS PENALES DEL AZUAY JUEZ PONENTE: Jaime Vintimilla Bravo Cuenca, Mayo 22 del 2012; las 11h30 **VISTOS:** Constituido el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay, integrado por los jueces, ciudadanos: Miguel Antonio Arias, quien lo preside, Simón Valdivieso Vintimilla y Jaime Vintimilla Bravo, en esta ciudad de Cuenca el día lunes 21 del presente mes y año en curso a las 08h40, con el objeto de celebrar la audiencia oral, pública y contradictoria para resolver la situación jurídica del acusado Marco Vinicio Pardo Pardo, teniendo como fundamento el auto de llamamiento a juicio dictado por el señor Juez Tercero de Garantías Penales de Cuenca, debidamente ejecutoriado, que le declara presunto autor del delito tipificado y sancionado en el art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, acogiendo el dictamen sustentado por el Fiscal Dr. Luis Flores Idrovo; luego de desarrollada la diligencia conforme a las disposiciones procesales pertinentes a la etapa de juicio, una vez evacuadas e introducidas todas las pruebas solicitadas oportunamente por los sujetos procesales, este Tribunal habiendo previamente deliberado anunció en forma verbal la sentencia condenatoria conforme art. 305 del Código de Procedimiento Penal, declarando autor culpable del mismo delito antes indicado al acusado, debiendo emitirse de manera fundamentada esta resolución por escrito por el Juez Ponente; y, para ello se considera los siguientes puntos: **PRIMERO:** Jurisdicción y Competencia.- Este Tribunal tiene competencia por expresas disposiciones legales de los arts. 28 y 260 del Código de Procedimiento Penal en relación con los arts. 220 y 221 del Código Orgánico de la Función Judicial, como por haberle correspondido mediante el Sorteo de ley, realizado el 9 de Abril del 2012.- **SEGUNDO:** Validez Procesal.- Al no haberse omitido solemnidad procesal alguna, común a todos los juicios e instancias como por haberse cumplido con las normas constitucionales del debido proceso garantizadas en los arts. 76 y 77 de la Constitución de la República, ni haberse alegado por las partes procesales motivos que causen nulidad que deban considerarse, se declara expresamente la validez procesal y de las pruebas actuadas en la audiencia. **TERCERO:** Teoría del caso de la Fiscalía: La Fiscalía General del Estado representada por el Dr. Luis Flores Idrovo, sostuvo en la audiencia que demostrará al Tribunal, que en fecha 3 de Febrero del año 2012, a eso de las 10h35, había sido detenido al acusado Marco Vinicio Pardo Pardo, en el sector denominado El Progreso, vía a Mayancela de esta ciudad de Cuenca, en posesión de sustancias estupefacientes, donde habían concurrido los miembros del grupo de la Jefatura de Antinarcóticos de la Policía Nacional, para realizar el operativo, porque tenían conocimiento por información reservada, que en este lugar, concretamente en un inmueble de dos plantas de color rosado, donde habita el ciudadano conocido como “El Lojano” que es de estatura media, tez blanca, pelo lacio, y que todos los días sale por las mañanas, toma un bus del servicio público para dirigirse al Mercado 9 de Octubre de esta ciudad donde se dedica al expendio de las sustancias prohibidas, que

como habían concurrido a verificar la información pudieron ver que salió la persona que tenía las características similares a las proporcionadas por la información reservada, del inmueble color rosado que está diagonal a la Iglesia del sector junto a una tienda de víveres, acompañado de una mujer; y, mientras caminaban por la vía pública al acercarse los agentes, se desprendió de una funda plástica color rosado, que al ser recogida encontraron en su interior seis sobres en hojas de papel cuaderno a cuadros, conteniendo cada uno una sustancia vegetal verdosa y de su mano izquierda se había retirado otra funda de similares características conteniendo también siete sobres, cada una con una sustancia vegetal verdosa similar, presumible marihuana, identificándose como Marco Vinicio Pardo y la mujer como Mariana Panamá Aucapiña, esta última había manifestado que no quería tener ningún tipo de problemas, por lo que voluntariamente había ingresado al inmueble y había traído otra funda conteniendo seis sobres más con la sustancia vegetal similar, dando un peso de bruto de 45 gramos que al someter los Agentes a una prueba de identificación preliminar homologada (PIPH) ha dado positivo para marihuana, así como también el resultado del examen químico realizado en el Departamento de Criminalística, que la cantidad es excesiva para su tolerancia y dependencia, ya que se dice ser una persona adicta, pero esto no se probará, sino que su conducta se adecua a lo dispuesto por el art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.- Teoría del caso de la Defensa: El procesado Marco Vinicio Pardo Pardo, quien estuvo representado por la Dra. Julieth Aguirre Ordóñez, se orientó esencialmente a sostener en su teoría del caso que: Con las pruebas que presentará justificará que su defendido no se encontraba dedicado al expendio de sustancias prohibidas, sino que se trata de una persona enferma, ya que existe un examen psicosomático, realizado antes de la diligencia de verificación, pesaje y destrucción de la sustancia, porque viene consumiendo marihuana desde los doce años de edad.

CUARTO.- PRUEBAS DE CARGO: El representante de la Fiscalía General del Estado anunció e introdujo como pruebas de cargo solicitadas, las siguientes actuaciones: 1. Prueba Documental.- Consistente en el acta de verificación de la integridad de las envolturas, identificación, pesaje y destrucción de las evidencias incautadas (marihuana) realizadas por el Juez Tercero de Garantías Penales y el Delegado del CONSEP, que no fue impugnada u objetada; 2.- Prueba Testimonial, a) El Testimonio Propio de Víctor Santiago Flores Vera, quien manifiesta laborar en el Departamento de Criminalística de la Policía Judicial como perito y haber realizado la inspección ocular técnica del lugar de los hechos, refiriéndose se trata de una escena abierta por tratarse de un lugar público, en el sector denominado El Progreso, al costado izquierdo en el sentido de la vía que conduce de Cuenca a Mayancla frente a un inmueble de dos plantas, que queda junto a una tienda de víveres y diagonal a la Iglesia del lugar, donde se había procedido a la detención del acusado Marco Pardo, y al conainterrogatorio de la defensa, precisó que no se verificó si se trataba del domicilio del acusado el inmueble en referencia, ya que sólo se reconoció el lugar de la detención. b).- Dra. Lucy María Romero Correa, quien se identifica como perito químico del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial, para realizar exámenes químicos forenses y análisis de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, análisis toxicológicos, de alcoholemia y de espermatozoides desde Octubre de 1998 e indica procedió a realizar el análisis químico ordenado en la instrucción No. 06-2012 de Fiscalía, conjuntamente con el Dr. José Requielme luego de posesionarse y que dentro de la diligencia llevada a cabo con el señor Juez Tercero de Garantías Penales el 13 de Marzo del 2012 a las 11h20, para verificación de las envolturas, identificación, pesajes bruto y peso neto y posterior destrucción de

las evidencias aludidas a esta causa, se le entregó tres muestras por parte del Sr. Luis Mario Vintimilla, Delegado del CONSEP, de dos décimas de gramo cada una de las respectivas evidencias tratándose de una sustancia vegetal, seca verdosa fragmentada, que tenía los siguientes pesos netos; la primera de 11.2 gramos, segunda 12.7 gs., y la otra de 12.4 gs. Que luego del análisis realizado, con ensayos de precipitación para rastreo de derivados de cannabis y sometidas a pruebas de coloración, cromatografía en capa fina, bajo observación microscópica ha establecido que las tres muestras entregadas, han dado positivo para cannabis herbácea más conocida como marihuana y que con este resultado presentó su informe con el No. 066 el 19 de Marzo del 2012”. c).- El Dr. Geovanny Palacios Guerrero, en su calidad de perito médico legista registrado en la Fiscalía General del Estado, expresa que practicó el examen psicosomático al acusado Marco Vinicio Pardo Pardo y refiere que llegó a las siguientes conclusiones: Que tiene una personalidad mixta, con tenencia excesiva de cantidad de droga para el nivel de tolerancia y grado de dependencia, de acuerdo a la naturaleza de la evidencia y según antecedentes obtenidos primero del parte policial informativo como de la prueba de identificación preliminar homologada en relación con la enfermedad actual y evolución que dice tener, estableciendo primeramente de las dos o tres envolturas que se incautó al momento de la detención, en cuanto a la enfermedad actual, refiere que inició en fumar desde la edad de los trece años en Loja y ha venido aumentando su consumo, que refiere que pasó en un Centro de Rehabilitación donde pasa mes y medio, se escapa y posterior habla de un consumo mayor de esta sustancia hasta su detención, que además consume base de cocaína que consume en las noches desde los 13 años y alcohol desde los nueve años prematuramente, y con el cigarrillo desde los dieciséis, de acuerdo a la cantidad encontrada en su poder en relación con la dependencia, no existe una relación de que sea suficiente para su consumo inmediato, por la excesiva cantidad, de acuerdo a su experiencia y según su relato que el consumo al día era de seis a nueve sesiones con un cigarrillo o “cacho” cada sesión equivaldría a diez cachos diarios y si relacionamos con la cantidad incautada no hay una correlación siendo excesiva, ya que aproximadamente en cada cacho(cigarrillo) se lo utiliza para elaborar entre 0.4 o 0.5gs., no llega a un gramo, es excesiva la cantidad como deja indicado. Al contrainterrogatorio formulado por la defensa en el sentido de que no ha tomado en consideración el peso neto de la sustancia, responde que ésta se obtiene en una diligencia que es posterior a su intervención. d).- El Teniente de Policía Jorge Eduardo Cadena Pérez, de la Jefatura Provincial de Antinarcóticos, dice haber dirigido el operativo para la verificación de la información reservada que había recibido el agente Gustavo Pilco, el día anterior, acerca de la persona que habita en un inmueble color rosado de dos plantas ubicado frente a la iglesia del sector El Progreso vía a Mayancela, de la que tenían sus características particulares, baja estatura, tez blanca, pelo lacio y que el tres de febrero a eso de las 10h00, realizaron investigaciones básicas de inteligencia en el lugar con los agentes de la Jefatura, observando a eso de las 10h30 que del inmueble indicado sale un ciudadano acompañado de una ciudadana hasta la calle principal, que iban a la parada del bus, y que al identificarse como agentes antinarcóticos el ciudadano aquí presente (refiriéndose al acusado) ante la presencia policial, primero bota una funda de plástico y en su otra mano izquierda tenía otra funda, las mismas que en su interior contenían la sustancia encontrada, identificándose como Marco Pardo y la acompañante como Mariana Panamá quien dijo ser su conviviente, comunicando a la señora Fiscal, Dra. Patricia Novillo, a quien le supo indicar que ella estaba siendo obligada bajo maltratos, a que le ayude a vender la sustancia en el Mercado 9 de

Octubre y que los policías que tomaron contacto directo con el acusado fueron Stalin Aguilar y Gustavo Pilco quienes encontraron y recogieron las evidencias. Al contra examen de la defensa, acerca de si se cercioraron que en el inmueble indicado tenía su domicilio el acusado, indica que en ese momento su acompañante manifestó que en su domicilio tenía más sustancia, por lo que, ingresó y sacó de allí otra funda pequeña, conteniendo siete sobres de la misma sustancia expresando que no quería tener más problemas. e).- Stalin Oswaldo Aguilar Granda, quien dice pertenecer a la Jefatura de Antinarcóticos igualmente manifiesta que mediante información reservada, llegaron a tener conocimiento que en el sector El Progreso, vía a Mayancela, frente a la iglesia del mismo nombre junto a una tienda, habita un ciudadano conocido como alias “Lojano” quien en horas de la mañana sale de este inmueble, todos los días para avanzar al Mercado 9 de Octubre a expender sustancias o drogas, que el tres de febrero a eso de las 10h00, concurrieron con un equipo a verificar esta información y al lugar a eso de las 10h30, se observa que, desde el inmueble, sale un ciudadano con similares características a la información obtenida acompañado de una de otra ciudadana y avanzan por la vía principal, y esperaban abordar un bus, en esos instantes, al parecer reconoce a los agentes y se puede observar que este ciudadano se despoja de una funda plástica la cual es recogida por los compañeros, encontrando en su interior sobres de papel cuaderno conteniendo la sustancia, igualmente en su otra mano izquierda se encontró otra funda conteniendo sobres similares a los anteriores una vez verificado esto e identificados como agentes antinarcóticos en esos instantes la persona que lo acompañaba se identificó como Mariana Panamá, que decía ser la conviviente manifestó que ella ya no quiere tener ningún tipo de problemas concerniente a tener este tipo de drogas y que en el interior de la casa él tenía más droga, en eso mi Teniente que estaba a cargo del operativo comunicó inmediatamente de este particular a la señora Fiscal Dra. Patricia Novillo, la ciudadana antes mencionada entró al inmueble sacó una funda y nos entregó a mi teniente, la cual contenía sobres similares a los anteriores, por lo que avanzaron a la Fiscalía donde la ciudadana Mariana Panamá le comunicó a la señora Fiscal que este ciudadano le obliga a vender droga, por ello dispuso la detención únicamente del ciudadano Marco Pardo. Al realizar el contra examen la defensa, pregunta si se cercioraron que en ese inmueble tenía el domicilio el acusado, responde categóricamente que vieron que salieron de ese domicilio, y que cuando se identificaron como policías antinarcóticos, el acusado reaccionó de manera agresiva, se puso un poco violento comenzando a agredirle a su persona a pesar de que exhibió sus credenciales de agente; y, sobre el por qué, no esperaron que llegue al Mercado 9 de Octubre donde afirman que concurre a vender, indica que no están afirmando que se dedique al expendio, sino por la información recibida, y cuando se percató de la presencia Policial se despoja de una funda y por eso tuvieron que actuar. f).- Gustavo Enrique Pilco Granizo, es conteste en aseverar y corroborar así mismo, sobre lo que han narrado sus compañeros respecto del operativo, y que los hechos se dieron en las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar detallando que, el ciudadano detenido se identificó como Marco Vinicio Pardo Pardo, quien se despojó de una funda plástica transparente conteniendo en su interior seis sobres de papel cuaderno a cuadros en su interior una sustancia vegetal verdosa que posterior a las pruebas de campo dio positivo para marihuana, de igual manera en la mano izquierda se le encuentra igual otra fundita color rosada siete sobres de papel con la misma sustancia que dio positivo para marihuana y la ciudadana Mariana Panamá quien decía ser su conviviente que se encontraba en esos instantes nos manifestó que era el señor (refiriéndose al acusado) quien le obligaba bajo maltratos para que le ayude a vender

y que tenía más sustancia en el domicilio, es así que la señora le entregó al Teniente Cadena, siete sobresitos de papel cuaderno en el interior una sustancia color verdosa y se le dio a conocer a la Dra. Patricia Novillo como Fiscal ante quien avanzamos con estos ciudadanos, y le manifestó la mencionada ciudadana lo mismo, por ello dispuso la detención únicamente del ciudadano Marco Vinicio Pardo Pardo, ya que le dijo que estaba obligada por el acusado a vender, precisa que fue él quien recibió la información reservada personal y que tomó contacto directo con el acusado y observó las evidencias. Al contraexamen, explica que la información tuvo el día anterior al operativo, que comunicó al Tnte. Cadena, y que en cuanto al domicilio, refiere que la señora Mariana supo decir que ese era su domicilio, donde se hallaban unos niños también y que la detención fue en la vía pública a pocos metros de la tienda, cerca de su casa, que cuando tomaron contacto se despojó inmediatamente de una funda plástica color rosada que contenían los sobres, arrojándola a la parte de atrás donde estaba el césped crecido en el lugar, que no pudieron esperar llegara al Mercado 9 de Octubre donde se dice expendía sustancia, porque ya se desprendió del paquete y tenían que actuar ante las evidencias. Al ser nuevamente examinado por el señor Fiscal, indica que sólo le acompañaron el Sgto., Aguilar a la señora Panamá hasta la casa donde entró sólo ella y ninguno de sus compañeros, luego entregó al Teniente Cadena la funda con siete sobres más. g).- Edwin Sagba Sagba, agente antinarcóticos también corrobora lo afirmado por su Jefe del operativo y los otros dos compañeros aludidos, sobre la detención del acusado, acotando como nueva información que, cuando se percató de la presencia policial, botó la funda el acusado con su mano derecha la misma que tenía los sobres en papel cuaderno y en la mano izquierda tenía la otra funda con seis sobres de la misma sustancia vegetal verdosa, refiere también que realizaron con la señora Fiscal las pruebas de campo para determinar las sustancias mediante reactivos uno llamado duquenois además con reactivos de ácido clorhídrico, dando positivo para cannabis o marihuana y la ciudadana que lo acompañaba llamada Mariana aseguró que el señor le obliga a vender droga a ella y como no quiere tener problemas, ingresó al domicilio y de allí, sacó y le entregó al Tnte. Cadena siete sobres más de la misma sustancia que dio también positivo para marihuana, dándose a conocer inmediatamente a la señora Fiscal de turno, quien ordenó sólo la detención de la persona que está presente en la sala de audiencias, mas no a la persona que le acompañaba, concluyendo que la prueba de PIPH, lo realizó él en presencia de la Fiscal Dra. Patricia Novillo y ante el contraexamen de la defensa precisa que el acusado salió del referido inmueble donde según la información reservada es su domicilio, que no esperaron que llegara al Mercado 9 de Octubre donde se dice expende la sustancia, porque sólo fueron a verificar la información y ante los hechos suscitados tuvieron que actuar.- QUINTO.- PRUEBAS DE DESCARGO: Concluida la prueba de cargo; el acusado Marco Vinicio Pardo Pardo, una vez explicado sobre sus derechos constitucionales y legales, de guardar silencio o ser escuchado por el Tribunal, consultando con su defensora particular previamente, manifestó expresamente que quiere ser escuchado. Al efecto expresó que: Es consumidor y siempre le compra sustancia al “Negro Fabricio” en paquetitos de un dólar y justo el jueves se encontró con unos amigos con quienes se reúnen para jugar, hacer deporte, y como dijeron que querían marihuana, hicieron vacas para comprar, y como no tenía plata para comprar, un amigo le dijo te doy diez dólares y el otro igual, y que con los veinte dólares de ellos fue a comprar al “Negro Fabricio”, quien le dio veinte paquetes, y que ese día cuando se estaba yendo a la Católica a jugar, la mamá de sus hijos le llamó y le dijo que le ayude a ver las frutas porque ella vende frutas en la Feria Libre, y que le

acompañara, llevando consigo las dos fundas y que dejó en el closet de la ropa de sus hijos el resto, lo que llevaba era para el “Lanza” y el “Cacho” (refiriéndose a sus dos amigos) que lo de la casa era de él, porque debían dividirse los veinte paquetes entre los tres, tocándoles a siete paquetes y que de cada bola, salen un cacho o grifo. Que es falso que le trate mal o le pegue a su conviviente ni le ha obligado a vender, que es un adicto, estuvo internado en un Centro de adicciones desde el 29 de diciembre del 2009 al 3 de febrero del 2010 un mes y medio, pero se escapó, que por ser adicto siempre le botaban de los trabajos, porque fuma marihuana desde los 13 años, que el tratamiento no siguió, sino que regresó con más fuerza sin poder superar, que lo que tenía en la casa le tocaba a él. Acto seguido su Defensora evacuó la prueba solicitada, consistiendo en presentación de la siguiente: a).- Documental: seis certificaciones de antecedentes penales otorgados por los Juzgados y Tribunales de Garantías Penales de esta Provincia, acreditando no tener otra causa penal registrada en su contra; cuatro certificados de honorabilidad y buena conducta, un certificado del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Cuenca, que acredita su buen comportamiento y dos partidas de nacimiento una personal y otra demostrando ser padre de familia por tener un hijo menor llamado Andrés Enrique Pardo Panamá, que fueron introducidos como prueba en su favor. b).- Testimonial: Los testimonios de: Karen Lorena Farfán Gómez, Juan Eduardo Farfán Gómez, Jorge Hernán Macas Castillo y Manuel Espiritu Plaza Chillogalli, la primera quien manifiesta haber tenido una relación sentimental con el acusado hace algunos años y que al conocer que consumía marihuana, le apoyó en cuanto pudo para que deje, pero no pudo, que incluso le encontró fumando marihuana, supo que ingresó a un centro de rehabilitación, pero salió y siguió con más fuerza; el señor Fiscal haciendo uso de la versión que ha rendido en Fiscalía para refrescarle la memoria ya que había señalado que le conoció desde hace ocho años y hace seis fue su enamorada, indica que sí debe ser porque ya es mucho tiempo, concluye indicando que en varias ocasiones le vio fumando; el segundo testigo dice también que le conoce desde hace ocho años atrás, y conoce que es adicto, porque le ha visto y además estuvo en una clínica de rehabilitación. Al contraexamen de Fiscalía responde que sí tiene un cuñado llamado Fredy Pardo Hermano del acusado; los últimos refieren que el acusado trabajó con ellos, el tercero nombrado dice ser artesano y le despidió porque fumaba en el taller y el último también le despidió porque en el taller de estuquería los compañeros de trabajo dijeron que fumaba mucho y cuando le reclamó no le gustó, trabajó cinco meses y salió. SEXTO.- ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA TIPICIDAD: El delito que acusa la Fiscalía General del Estado se encuentra tipificado por el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que señala: “Quienes Sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control...” El bien jurídico protegido por este tipo penal, ha sido considerado mayoritariamente en la doctrina por los dogmáticos, que el bien jurídico protegido es la salud pública, así consideró el pleno de nuestra Corte Constitucional, en la sentencia 006-12-SCN-CC, aprobada el 19 de enero de 2012 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 641, de fecha 15 de febrero del 2012, y se considera un delito de peligro abstracto, por cuanto al ser un tipo abierto, no se cuenta con un sujeto pasivo concreto a quien se le haya lesionado o causado daño, ya que se precautela la salud de toda la sociedad que se encuentra potencialmente frente

al peligro o riesgo del consumo de estas sustancias consideradas nocivas por la Organización Mundial de la Salud, por ello incluso ha suscrito el Estado Ecuatoriano Convenios Internacionales no sólo para erradicar el tráfico de estas sustancias sino también para prevenir el consumo y genera violencia al tener conexidad con otros delitos como el lavado de activos y narco guerrilla que pertenecen a la esfera de la delincuencia organizada transnacional. En esta clase de delitos basta la mera tenencia por ello se le considera dentro de los delitos de mera actividad o formales y que esta tenencia sea bajo el consentimiento expreso o tácito del autor o sujeto activo de la infracción, lo que configura la antijuridicidad del acto y el elemento subjetivo o dolo, que es la tenencia de una sustancia de manera ilícita a sabiendas o con conocimiento de la ilicitud. SEPTIMO.- VALORACION DE LAS PRUEBAS: Las pruebas deben pedirse, ordenarse y practicarse en la etapa de juicio, teniendo como finalidad, establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado, con amplia libertad de las partes para pedir las que fueren necesarias, siempre que no contravengan la ley y sus derechos fundamentales, cumpliendo los principios dispositivo, de intermediación, concentración y contradicción propios del sistema acusatorio, que en el caso concreto se han cumplido; y, Fiscalía para demostrar la materialidad del delito presentó las siguientes pruebas: Testimonio propio de la Dra. Lucy María Romero Correa, perito químico del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial quien realizó la prueba química de la sustancia incautada, de dos décimas de gramo cada una de las respectivas evidencias tratándose de una sustancia vegetal, seca verdosa fragmentada, que tenía los siguientes pesos netos; la primera de 11.2 gramos, segunda 12.7 gs., y la otra de 12.4 gs. Y que luego del análisis realizado, con ensayos de precipitación para rastreo de derivados de cannabis y sometidas a pruebas de coloración, cromatografía en capa fina, bajo observación microscópica ha establecido y asegurado de manera contundente que las tres muestras entregadas, han dado positivo para cannabis herbácea más conocida como marihuana, siendo esta sustancia considerada en la Lista I del Anexo II de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, sujeta a control y fiscalización, y que ha sido también acreditado por los Agentes que intervinieron en el operativo, que estas evidencias se encontraba en las tres fundas color rosado, dos que dicen lo tenía una que se desprendió lanzando al césped, la otra que tenía en su mano izquierda y la tercera que entregó voluntariamente su conviviente Mariana Panamá sacando del inmueble donde lo tenían, se ha acreditado también con el testimonio del Policía Víctor Santiago Flores Vera, que la detención o lugar de los hechos, ocurrió en la vía pública, sector El Progreso vía Mayancela de esta ciudad de Cuenca, provincia del Azuay, sin que sobre estas pruebas, se haya presentado alegaciones u objeciones de naturaleza alguna; y, con los mismos testimonios de los Agentes de la Jefatura Provincial de Antinarcóticos, que han sido contestes en afirmar que esta sustancia estuvo en poder del acusado Marco Vinicio Pardo Pardo, quien también así lo reconoce, pero objetando según la teoría del caso, que es un consumidor dependiente, y que se le debe dar un trato especial de someterse a rehabilitación por ser una persona enferma, siendo esta la política estatal como lo determina el art. 365 de la Constitución de la República, sin embargo esta hipótesis, no ha sido demostrada, ya que para que considere a una persona como dependiente, se lo debe justificar con el o los informes de peritos médicos acreditados, en base al grado de dependencia de la persona, según la naturaleza de la sustancia y el nivel de tolerancia en relación con la dosis poseída que sea indispensable; los testigos de descargo dijeron que era adicto pero no indicaron a qué, y si bien dijeron que fumaba, no explicaron que sustancia sólo la primera nombrada, estos testimonios aseguran conocerle, pero no ha

justificado la teoría del caso de la defensa; cuanto más que en este punto, ha sido contundente el perito médico de la Fiscalía General del Estado, Dr. Geovanny Palacios Guerrero, al manifestar coherentemente, que la cantidad de la sustancia encontrada en poder del acusado es excesiva, según el grado de dependencia y nivel de tolerancia que presenta, al referir que si consume diariamente entre seis a nueve sesiones con un cigarrillo o “cacho” cada sesión equivaldría a diez cachos diarios y si relacionamos con la cantidad incautada no hay una correlación siendo excesiva, ya que aproximadamente en cada cacho(cigarrillo) se lo utiliza para elaborar entre 0.4 o 0.5gs., no llega a un gramo. En la fase de debates, la fiscalía luego de hacer un recuento de la prueba sostuvo que ha probado la existencia material del delito y la responsabilidad del acusado, por lo que debe emitirse una sentencia condenatoria imponiendo la pena que considere procedente el Tribunal, por su parte la defensa expresa que se ha demostrado tratarse de una persona dependiente como lo han demostrado personas cercanas, que no se trata de un expendedor, que su domicilio no tiene en el lugar donde han indicado los Agentes Antinarcóticos, sino en la calle Pio Bravo junto al Restaurante Karina, por lo que debe confirmarse su inocencia y de no ser así se considere los atenuantes. OCTAVO.- JUICIO DE ADECUANCIA: De lo expuesto luego del análisis de la prueba aportada debe establecerse la adecuada subsunción o ensamble que debe existir entre la conducta o acción realizada por el acusado y descrita en los considerandos anteriores, mediante un proceso lógico de abstracción, en relación con la norma contenida en la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas que tipifica como delito y establece la sanción, encontrando que la conducta realizada es típica y se adecua a lo que señala el art.62 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, al haberse demostrado que el acusado tenía en su poder la sustancia “marihuana” siendo irrelevante que sea o no su domicilio, como pretendió la defensa eludir la responsabilidad, sobre la evidencia que se sacó del inmueble donde salió el acusado previo a su detención, ya que de acuerdo a la norma que tipifica el delito, basta que tenga sustancia sujeta a control y fiscalización por la ley invocada, en cualquier sitio bajo su control con conocimiento pleno de que es prohibido, ya que únicamente se puede poseer previo despacho de receta médica, autorizada por el CONSEP, habiendo actuado con conciencia y voluntad, que es el elemento subjetivo del injusto penal, que abarca el haber conocido la ilicitud de su conducta, elementos subjetivos que exige el art. 32 del Código Penal en relación con el art. 33; configurándose por ello el acto típico, antijurídico y culpable, que constituye la estructura de los delitos de acción dolosa, porque no se han demostrado causas de justificación y ser reprochable ya que no se trata de una persona inimputable, como los menores o los enfermos mentales y no concurrir con el acto causas de inculpabilidad. NOVENO.- APLICACIÓN DE LA NORMA SANCIONADORA: Al haberse comprobado conforme a derecho en base a las pruebas de cargo, que han sido sometidas por este Tribunal Primero de Garantías Penales, al análisis de la sana crítica, aplicando las reglas de la lógica y la experiencia, tanto la existencia material del delito que se juzga como con la prueba testimonial practicadas en la audiencia, que han llevado a la certeza, es decir más allá de toda duda razonable de la participación del acusado como autor del delito, al haberse destruido su estado de inocencia, al tenor del Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, este Primer Tribunal de Garantías Penales, resuelve: HACIENDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA” dictar sentencia condenatoria contra Marco Vinicio Pardo Pardo, ecuatoriano con cédula No. 1103650808, de 34 años de edad, estado civil unión libre,

domiciliado en Cuenca, en la calle Pio Bravo y Vargas Machuca, sin recordar su numeración, ocupación artesano, a quien se le declara autor culpable del delito tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por lo que se le impone la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria y la multa de sesenta salarios mínimos vitales generales pero al haberse acreditado circunstancias atenuantes, con la prueba documental presentada, aunque resulta un exceso probatorio, dado que la buena conducta anterior y posterior al hecho, es inherente al principio de inocencia, que debe ser desacreditado por la Fiscalía General del Estado, aplicando lo dispuesto en el Art. 72 del Código Penal se la modifica a ocho años de reclusión mayor ordinaria, pena que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Cuenca, debiendo computarse el tiempo que haya permanecido detenido por esta causa, para lo cual, se girará la boleta constitucional respectiva, y el pago de la multa impuesta. En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 309.6 del Código de Procedimiento Penal, y de lo evidenciado durante el juicio, se desprende que la actuación Fiscal representada por el Dr. Luis Flores Idrovo ha sido la correcta como también la actuación de la Abogada Defensora Dra. Julieth Aguirre Ordóñez. Se dispone también de acuerdo a lo previsto en el inciso cuarto del Art. 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas la destrucción de las muestras de las sustancias incautadas. Se ordena además la devolución de los celulares retenidos a sus propietarios por no tener ninguna relación con los hechos; y, en conformidad con el quinto inciso del Art. 123 de esta misma Ley de la materia invocada, se dispone la consulta de esta sentencia ante una de las Salas de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, debiendo remitirse el proceso a la brevedad posible. Notifíquese y cúmplase.-

PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL Y TRANSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY

Juicio N°-134-12 Conjuez Ponente: Dr. VICTOR LLERENA Cuenca, 10 de julio de 2012. Las 09h03 VISTOS: El presente proceso sube en grado, en virtud de la consulta de la sentencia del acusado señor MARCO VINICIO PARDO PARDO, dictada por el Primer Tribunal de Garantías Penales del Azuay; en el juicio penal seguido por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes; que por el sorteo legal correspondiente debe ser conocido y resuelto por la Primera Sala de lo Penal, y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia, que para hacerlo, considera: PRIMERO: Que no hay nulidad alguna que se haya producido por lo que la tramitación es válida, siendo esta Sala la competente para conocer de este juicio en razón del artículo 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; SEGUNDO: Conforme a ley se pasan los autos al Fiscal Provincial a fin de que se pronuncie respecto de la consulta, quien por escrito presenta su pronunciamiento, que en lo fundamental, determina que la droga que llevaba en las fundas cuando fue detenido era para entregarla a dos amigos, hecho que corrobora su actuar ilícito, por lo que no puede ser beneficiario de lo dispuesto en el Art. 364 de la Constitución, pues si bien es un adicto, la cantidad de estupefaciente encontrada en su poder es excesiva para su consumo personal de acuerdo a la naturaleza y tolerancia de un enfermo como él, por todo lo dicho considero que la sentencia condenatoria materia de la consulta deber ser confirmada. TERCERO: - Al respecto la Sala procede a realizar el siguiente

análisis: A) La existencia de la infracción se encuentra probada, con: A.1) El acta de verificación de envoltura, pesaje, toma de muestras y destrucción de la evidencia encontrada en poder del acusado, en la que se determina tres evidencias, a saber: Evidencia No. 1 son seis envolturas de papel cuaderno a cuadros, con una sustancia vegetal color verde, con un peso bruto de trece gramos, ocho décimas de gramo, verificado en el expediente investigativo en el informe del examen químico preliminar, consta esta evidencia con un peso bruto de catorce gramos y peso neto de once gramos, dos décimas de gramo. Evidencia No. 2 Se observa siete envolturas de papel de cuaderno a cuadros, con una sustancia vegetal color verde, con un peso bruto de quince gramos siete décimas de gramo, verificado en el expediente investigativo en el examen químico preliminar, consta esta evidencia con un peso bruto de quince gramos y de peso neto de doce gramos siete décimas de gramo. Evidencia No. 3 se observa siete envoltura de papel de cuaderno a cuadro, con una sustancia vegetal color verde, con peso bruto de quince gramos cuatro décimas de gramo. Verificando en el expediente investigativo en la forma de examen químico preliminar, consta esta evidencia con peso bruto de quince gramos y el peso neto es de doce gramos, cuatro décimas de gramo. Todas estas evidencias positivas para marihuana; A.2) EL informe pericial dado por el Dr. José Requelme Torres y la doctora Lucy María Romero Correa y , quien realiza el análisis químico de la evidencia que le fuera entregada por el delegado del CONSEP, señor Luis Mario Vintimilla y por la señora Jueza, que sometida al análisis dio positivo para marihuana; A.3) El informe del reconocimiento del lugar de los hechos, realizado e informado por Víctor Santiago Flores, describiendo una escena abierta en la ciudad de Cuenca en la vía a Mayancela por la Iglesia del sector frente a un inmueble de color amarillo; B) En cuanto a la responsabilidad del procesado se tiene: B.1) la declaración de los policías antinarcóticos JORGE EDUARDO CADENA PEREZ, STALIN OSWALDO AGUILAR GRANDA, GUSTAVO ENRIQUE PILCO GRANIZO, EDWIN GONZALO SAGBA SAGBA, quienes en su declaración expresan en forma muy similar lo siguiente: el día anterior a los sucesos el cabo segundo de policía Gustavo Pilco, hizo conocer a su superior Teniente Jorge Cadena, sobre la información reservada que un ciudadano que habita en el sector del progreso en Mayancela, en un inmueble de dos pisos color rosado estaba traficando,. Al día siguiente nos trasladamos y realizamos las operaciones básicas de inteligencia, salió el ciudadano en compañía de una ciudadana quienes iban a abordar un bus, al percatarse de nuestra presencia bota una funda que tenía en su mano derecha, y en su mano izquierda tenía una funda con una sustancia color verdosa, al preguntarle su nombre se identificó como Marco Vinicio Pardo Pardo, el mismo estaba con una señora de apellido Panamá, la que dijo que su conviviente le obligaba, mediante agresión física, a vender la droga en la 9 de Octubre, ella entregó otro paquete .B.2) La declaración del médico perito Geovanny Palacios Guerrero, en el presente caso se llegó a determinar que el acusado tiene una personalidad mixta con excesiva cantidad para el consumo, de acuerdo a la tolerancia y dependencia. B.3) Testimonio del Acusado, quien manifiesta que le compraba la droga marihuana al negro Fabricio y le vende paquetitos de un dólar que mis amigos el Cacho y el Lanza con los que jugamos

juntos, me dieron veinte dólares, luego con mi conviviente me fui al mercado acompañándole pues ella vende frutas en el mercado. Soy consumidor y estuve en la clínica de la cual escapé. Que incluso de los trabajos que me botan es porque saben que fumo marihuana. B.5) Se presenta prueba documental de certificados de buena conducta, certificados de antecedentes penales, sin que haya sido procesado ni condenado en ninguna causa. B.6) Testigo KAREN LORENA FARFÁN GÓMEZ, que tuvo romance con el acusado que todo esta bien hasta que se entro el que era consumidor de droga. Entró en un centro de rehabilitación, sin embargo, luego salió y lo hizo con más fuerza. B.7) Testigo JUAN EDUARDO FARFAN GOMEZ, JORGE HERNAN MACAS CASTILLO y MANUEL ESPIRITU PLAZA CHILLOGALLI, declaran en forma similar de que conocen desde hace bastante tiempo al acusado y que es adicto a las drogas desde hace bastante tiempo. CUARTO.- Por toda la prueba evacuada, es claro que el acusado estaba en posesión de la sustancia de marihuana; y, de acuerdo con el informe pericial es excesiva para su consumo, por lo que estaría demostrada su responsabilidad en el ilícito cometido. Sus atenuantes son perfectamente aplicables, como lo analizó el Tribunal Aquo. Por todo lo expuesto se ha justificado la existencia de la infracción así como la responsabilidad del acusado, la Sala por el análisis del proceso "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", y dando respuesta a la consulta subida por ley, confirma íntegramente en todas su partes la sentencia condenatoria dictada en contra del procesado MARCO VINICIO PARDO PARDO. Con el ejecutorial remítase el expediente al Tribunal de origen, para los fines de ley.- En virtud de la acción de personal No. 172-DDCNJA-08, actúe la Dra. María Lorena Palacios como Secretaria Relatora Interina. Notifíquese.

ANEXO 5

Sentencia del Juicio N° 0097-2012, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay.

JUICIO No. 97-2012 JUEZ PONENTE: DRA. ARBELLY ASTRID ALCÍVAR ALCÍVAR TRIBUNAL PRIMERO DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY. Cuenca, 23 de abril de 2013, a las 10h00. Vistos.- Convocados los sujetos procesales a audiencia de juicio, oral, pública y contradictoria para resolver la situación jurídica de los acusados YESSICA AMPARITO SANMARTIN SALAZAR, GABRIEL MARCELO CAICEDO RAMIREZ, AURA LARIZA KLINGER TENORIO, a quienes la Fiscalía General del Estado les acusa por el delito de TENENCIA ILEGAL DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS, tipificado en el Art. 62 de la Ley de Estupefacientes y Psicotrópicos, sancionado en el mismo artículo, y, habiendo cumplido con la evacuación de pruebas y practicado el debate luego de las exposiciones expuestas ante éste Primer Tribunal de Garantías Penales, el mismo, de conformidad a lo previsto en el Art. 305 del Código de Procedimiento Penal, ha llegado a la conclusión con resultado condenatorio para los acusados Yessica Amparito Sanmartín Salazar y Gabriel Marcelo Caicedo Ramírez, y, confirmando la inocencia de Aura Lariza Klinger Tenorio, por lo que en cumplimiento de lo establecido en el Art. 306 del mismo cuerpo de ley y éste Tribunal Primero de Garantías Penales considera: PRIMERO.- El proceso es válido en virtud de que no se ha vulnerado derechos fundamentales, especialmente el derecho a la defensa del acusado ni se ha omitido solemnidades esenciales que pudieran incidir en la decisión de la causa. SEGUNDO.- Teoría de caso. a) El Fiscal, Dr. Rommel Molina, expuso su teoría de caso en los siguientes términos: “que el día 27 de mayo del 2012, aproximadamente a las 04h00, el Teniente Carlos Fuel, quien dirigía un operativo en la Av. Don Bosco y Av. Loja, fue alertado por una señora de ese lugar que decía que había sido víctima de un asalto a mano armada de parte de dos individuos afro-ecuatorianos, la persona que hizo la denuncia identificó la casa donde habían ingresado estas dos personas, ubicado en la Av. Loja 7-105 y Puerto de Palos, montaron guardia y vieron salir en ese momento al sentenciado Ángel Gómez Casierra y le incautan en su poder 1490 dólares, el mismo que ya fue sentenciado por el Tribunal Primero de Garantías Penales, habiendo también la víctima identificado al, en ese momento, detenido. El teniente Carlos Fuel Almeida y el Teniente Cristian Acevedo Samaniego, en junta de otros policías ingresaron al domicilio, registran el departamento pequeño que estaba allí, encontrando a los ahora procesados, al realizar el cateo respectivo del lugar, encuentran en la habitación de Gabriel Caicedo Ramírez y Aura Larisa Klinger Tenorio un arma entre la ropa, marca Taurus con seis cartuchos sin percutir que estaban alojados en la cámara del revólver, luego, ingresan a la habitación que utilizaba Ángel Gómez Casierra -sentenciado- y encuentran en el colchón donde estaba acostada Yessica Amparito Sanmartín Salazar, conviviente del sentenciado mencionado anteriormente, la cantidad de 230 envolturas de cocaína que alcanzó un peso neto de 110 gramos y 133 gramos de Marihuana, además de una balanza, en la cocina un feto en descomposición”. b) Los acusados Gabriel Caicedo

Ramírez y Yessica Amparito Sanmartín Salazar, a través de su abogado defensor, Dr. Gustavo Quito Mendieta, manifestaron en su teoría inicial que: “El día de los hechos, 27 de Mayo de 2012, aproximadamente a las 03h45, en la casa 7-105, ubicada en la Av. Loja y Puerto de Palos, de ésta ciudad de Cuenca, su defendida, Yessica Amparito Sanmartín Salazar, en vista que estaba con el enamorado, Ángel Gómez Casierra, escuchó una llamada de él, quien había salido a comprar algunas cosas, al bajar las gradas de dicha casa, al cruzar la puerta es detenida por la policía sin darle explicación ni cosa por el estilo, sino teparle la cabeza con una toalla, ponerle al piso, luego en un cuarto e incomunicarla. Luego al escuchar esta bulla, el ciudadano Caicedo, bajó a ver lo que sucedía y vio que le estaban deteniendo a Ángel Gómez Casierra y sin explicación alguna le detienen y le llevan a un cuarto oscuro, tapado la cabeza con una funda de basura, en el que no se le explicó nunca de que se trataba sino que lo trasladaron a un cuarto oscuro donde no tenía contacto con las personas, ellos en ningún momento conocieron algún ilícito, a más de esto Casierra fue sentenciado, con una pena de 8 años, por tenencia de drogas y en audiencia dijo que la droga era de él y que los demás no conocían absolutamente. c) Por su parte la acusada Aura Larisa Klinger Tenorio, a través de su abogado defensor, Dr. Carlos Andrade Bojorque, manifestó en su teoría de caso inicial: “Ella fue invitada por su novio, Gabriel Marcelo Caicedo Ramírez, cinco días antes de que se produjera la detención, era la primera vez que venía a Cuenca, pues, ella trabaja como empleada doméstica en la ciudad de Guayaquil, ella fue recibida en el terminal por su novio, no sabía absolutamente nada del ilícito que ahora se le ha puesto en consideración por parte de fiscalía, de igual manera ella, el día de los hechos, no tuvo ningún conocimiento de lo que estaba sucediendo, pues, ella no había constatado que había drogas, ni arma, ni feto en el lugar, por lo que es inocente y es injustamente presa, además que ya existe una sentencia en éste mismo caso, en éste tribunal”. TERCERO.- Pruebas presentadas. La prueba que fue anunciada previamente fue presentada por los sujetos procesales consistió: 1.- Por parte del representante de la Fiscalía General del Estado: a) Prueba testimonial: Carlos Alfonso Fuel Almeida, Cristian Daniel Acevedo Samaniego, Segundo Víctor Peñafiel Gonzales, Juan Carlos Peñafiel Castro, Cristian Paúl Caluña Muguicha, Luis Francisco Hidalgo Salazar, Gisela Estefanía Pedreros Macas, Guillermo Tobías Tene Quevedo, Diego Cueva Asintinbaya, Cesar Paúl Ñacato Donoso, Rodrigo Laureano Tibanquiza León, José Moisés Requelme Torres, Lucy María Romero Correa. b) Prueba documental: Prueba Preliminar Homologada, Informe Pericial de análisis químico de estupefacientes, informe técnico de reconocimiento del lugar y evidencias, acta de diligencia de verificación de envolturas, toma de muestras, pesaje y destrucción desustancias estupefacientes; y, el informe pericial balístico. 2.- Los acusados Yessica Amparito Sanmartín Salazar y Gabriel Marcelo Caicedo Ramírez, a través de su abogado presentaron la siguiente prueba: a) Prueba testimonial: Sandra Isabel Montaleza Morocho, Lourdes Cecilia Siguencia Bravo, Holger Oswaldo Cevallos medina Emerson Efrén Escobar Angulo. b) Prueba documental: Certificados de honorabilidad, certificado de Antecedentes Penales, Certificado de Conducta de los Centros de Privación de Libertad de Personas en conflicto con la Ley de varones y mujeres de Cuenca. 3.- En el caso de la acusada Laura Larisa Klinger Tenorio, su abogado defensor presentó como prueba la siguiente: a) Prueba testimonial: Daniel Enrique Torres Nazareno, Víctor Efraín Cevallos Garzón, Jorge Segundo Tenorio Burbano, Anita Nabel Quiñonez Tenorio, Héctor Alejandro Cortez Jiménez, Carla Vanesa Cuero Arrollo. b) Prueba documental: Antecedentes Penales, Certificado de Conducta del Centro de Privación de Libertad de Personas en Conflicto con la Ley

de Mujeres de Cuenca, Certificado de honorabilidad emitido por Aurelio Duffer Valencia Quiñonez y de Francisco Xavier Vallejo Palma, Copia certificada de la sentencia condenatoria del sentenciado Ángel Gómez Casierra. Además, copias simples de Certificados de Honorabilidad emitido por José María Mosquera Espín, Jorge Segundo Tenorio Burbano, Daniel Enrique Torres Nazareno, así como una copia simple del certificado de trabajo emitido por Héctor Alejandro Cortez Jiménez, de la versión rendida por Carlos Fuel, parte policial, de los policías Cristian Acevedo, Segundo Peñafiel, Juan Peñafiel, Cristian Caluña, Luis Hidalgo, Gisela Pedreros, de la acusada Aura Lariza Klinger Tenorio, de Ángel Oswaldo Gómez Casierra, del registro de detenciones de la acusada Aura Lariza Klinger Quiñonez. Acuerdos Probatorios. Acorde con lo manifestado por el Art. 286.1. del Código de Procedimiento Penal, las partes en Audiencia deciden acuerdos probatorios sobre los testimonios de los peritos solicitados por la fiscalía, esto es, Guillermo Tobías Tene Quevedo, Diego Cueva Asintinbaya, Cesar Paúl Ñacato Donoso, Rodrigo Laureano Tibanquiza León, José Moisés Requelme Torres, Lucy María Romero Correa, así como los testigos de buena conducta por parte de la acusada Aura Klinger Tenorio los testimonios de Daniel Enrique Torres Nazareno, Víctor Efraín Cevallos Garzón, Héctor Alejandro Cortez Jiménez, Carla Vanesa Cuero Arrollo, en el caso de los demás acusados, Yessica Amparito Sanmartín Salazar y Gabriel Marcelo Caicedo Ramírez todos sus testigos de honorabilidad, es decir, Sandra Isabel Montaleza Morocho, Lourdes Cecilia Sigüencia Bravo, Holger Oswaldo Cevallos medina Emerson Efrén Escobar Angulo. Así como toda la prueba documental presentadas por las partes, en el caso de la Fiscalía Prueba Preliminar Homologada, Informe Pericial de análisis químico de estupefacientes, informe técnico de reconocimiento del lugar y evidencias, acta de diligencia de verificación de envolturas, toma de muestras, pesaje y destrucción desustancias estupefacientes; y, el informe pericial balístico. En el caso de la prueba documental presentada por Aura Lariza Klinger Tenorio los Antecedentes Penales, Certificado de Conducta del Centro de Privación de Libertad de Personas en Conflicto con la Ley de Mujeres de Cuenca, Certificado de honorabilidad emitido por Aurelio Duffer Valencia Quiñonez y de Francisco Xavier Vallejo Palma, Copia certificada de la sentencia condenatoria del sentenciado Ángel Gómez Casierra. Los acusados Yessica Amparito Sanmartín Salazar y Gabriel Marcelo Caicedo Ramírez los Certificados de honorabilidad, certificado de Antecedentes Penales, Certificado de Conducta de los Centros de Privación de Libertad de Personas en conflicto con la Ley de varones y mujeres de Cuenca. CUARTO.- Testimonios presentados. TESTIGOS DE LA FISCALIA. 1.- Policía Juan Carlos Peñafiel Castro. Dijo en lo esencial lo siguiente: “Esa madrugada estábamos patrullando con mi teniente Fuel, por el sector de Yanuncay, en la unidad 33, cuando estábamos en la Loja y Don Bosco, se acercó una señora que no quiso decir su nombre, indicando que dos individuos afro-ecuatorianos habían procedido a asaltarle con un arma de fuego, 50 dólares, al momento ella supo decir por donde se fueron que entraron a un domicilio con rejas negras, en el que se encuentra estacionado un vehículo tipo camioneta, blanco, el número del domicilio era 7-105, a un lado una tienda llamada tienda Mayra, entonces procedimos a patrullar con la señora también, nos pudimos dar cuenta de un individuo de las mismas características salía de ese domicilio, interceptamos al señor, hicimos un cacheo, le preguntamos que hacía y en el cacheo dentro del bolsillo tanto derecho como izquierdo, encontramos la cantidad de 1490 dólares, le preguntamos de donde tiene ese dinero para ver si justifica, llamamos al 101 para que colaboren unidades, llamamos al Fiscal de turno, estaba el Dr. Rojas, quien nos dijo que al ser un delito

flagrante autoriza el ingreso, ingresamos al segundo piso, al lado derecho donde estaba descansando los señores Caicedo y Klinger, pude ver que en la mitad de la ropa se encontraba un arma un revolver con cachá de madera, inclusive mi teniente Fuel pudo constatar que se encontraba con 6 proyectiles sin percutir todavía, en ese momento con el Teniente Acevedo fuimos a la otra habitación, al otro lado y al registrarle el colchón, verde con azul, en el interior encontró un bolso negro, dijo que había un poco de fundas plásticas en lo que procedió a llamar a los compañeros de antinarcóticos para que hagan un análisis, entonces fuimos revisando todo el departamento, en el cual encontramos en la cocina una funda en un bolso negro un feto en estado de descomposición, preguntamos de quién era y dijeron que era de el señor Gómez Casierra. Ante las preguntas del fiscal responde que como le encontramos en la cama donde ella estaba descansando, le preguntamos y ella dijo que vive con el señor Gómez Casierra, que duerme allí -dirigiéndose a Yessica Amparito Sanmartín-, que reconoce a los acusados en la sala de audiencias, que no puede identificar las evidencias debido a que es el de más antigüedad el encargado de las evidencias, que no vio la mochila, que el Teniente Fuel dijo que había que llamar a los de antinarcóticos para que hagan el PIPH, que los objetos que vio que incautaron son el revólver, el bolso negro. Ante las preguntas del Dr. Gustavo Quito responde: Que únicamente el día de los hechos estaba él, el teniente Fuel y el policía Peñafiel, que él fiscal dio la autorización por tratarse de un delito flagrante, que el fiscal vino donde estaban, que justo detuvieron a Gómez Casierra porque la señora que le denunció, indicó que eran dos y justo sale el señor Gómez, que procedieron a hacer el cacheo porque la señora indicó que esa persona era la que le había robado, que al preguntarle de donde tenía ese dinero el no pudo justificar de donde la tenía, porque es raro que una persona tenga ese dinero, la señora no quiso decir nada por miedo a represalias, que ésta señora era mayo, tenía 50 años, tuvo contacto con los tres, que ingresaron todos, no sólo los tres porque se acababa de pedir colaboración, estábamos esperando a las otras unidades, entramos con el fiscal, que no ingresaron al domicilio, no en calidad de detenido porque el teniente dijo que hay que ver como son las cosas, estaba afuera, frente al domicilio, que no bajó otra persona que sólo lo detienen a él, que no recuerda cuantos patrulleros llegan, que no sabía de quien era la casa, que eran 8 o 5 policías los que ingresaron a la casa, unos primeros y otros atrás, que el teniente Fuel es el que encuentra el arma y el teniente Acevedo el bolso en el interior del colchón, que él vio que encontró pero no sabe que sustancia, que ellos encuentran las cosas pero el de antigüedad es el que coge o está encargado. A las preguntas del Dr. Andrade responde: que encontró a Aura Klinger en la habitación adentro los dos, que los vio parados -refiriéndose a Klinger y Caicedo-, que la ropa donde encontraron el revólver era bastante pero no pude observar porque el teniente cogió, que en el cuarto encontraron el arma, en el segundo piso que era a la derecha el otro al extremo, que era dormitorio, que ingresaron por estar en delito flagrante eso dijo el Fiscal, que la flagrancia se dio por la detención de Gómez Casierra, que pudo observar a los dos que estaban en la habitación, que la habitación de Aura Klinger estaba a la derecha, que cuando se les preguntó por las cosas solo dijeron del feto". 2.- Policía Juan Carlos Peñafiel Castro.- Que el 27 de mayo de 2012 me encontraba en el patrullero ARA1133, el jefe del patrullero era el Teniente Carlos Fuel Almeida y como oficial el sargento peñafiel, nos encontrábamos por la Loja y Don Bosco en circulación normal, se nos acercó una señora, manifestándonos que dos individuos se nos acercaron y habían cometido un asalto, de amedrentándole con un arma de fuego, la cantidad de 50 dólares, le quisimos tomar el nombre a la señora pero dijo que no para no recibir represalias, pero nos indicó que en una casa estaban

estos dos individuos, ella pudo ver que ingresaron, así mismo nos dio las características, se pidió la colaboración de las demás unidades para tratar de localizarle a estos dos individuos. Pudimos observar que el señor Gómez Casierra salía de esa misma casa, donde la señora había dicho, de rejas negras y allí estaba una camioneta blanca, entonces de tuvimos al señor Gómez y le hicimos el registro policial se le encontró en los bolsillos dinero en efectivo, que era más o menos 1490 dólares, le preguntamos de ese dinero de donde procede y no nos dijo nada, se llamó al Fiscal Rojas y él nos autoriza el ingreso a la casa. Conjuntamente con el capitán Valdiviezo, en presencia del Fiscal, ingresamos al 2do piso justo donde se encontraban descansando Klinger con Caicedo, al hacer el registro mi teniente encontró un arma de fuego Taurus con seis proyectiles sin percutir, al hacer el registro de la otra habitación estaba descansando Yessica Amparito, por parte del Teniente Cristian Acevedo, en un colchón estaba una funda dentro de una mochila de color negro, de allí del bolso sacó unas fundas pequeñas y unas medianas donde había una sustancia vegetal verdosa, que luego el señor de antinarcóticos se los llevó para las pruebas, donde dio positivo para cocaína y marihuana, a los sospechosos se les procedió a leer sus derechos, a revisión médica y luego al CDP. Reconoce a Yessica Amparito en la sala de audiencias. Muestra las fotos el fiscal e identifica el revólver, al ver las evidencias en el informe reconoce una balanza. A las preguntas del Dr. Gustavo Quito responde: que estaban los tres y detuvieron a Casierra fuera del domicilio, que no le tuvieron en calidad de detenido sino para hacer el registro, al hacer el registro encontramos el dinero en los dos bolsillos, que cuando detuvieron a Casierra le llamamos al Fiscal para que autorice la entrada o no al domicilio del señor Casierra, que no recuerda el nombre ni las características de la denunciante, que llegaron con el Capitán Valdiviezo y personal de élite, que eran 6 u ocho, que ingresó primero el Teniente Fuel, el Capitán Valdiviezo, el Fiscal conjuntamente con el Sargento Peñafiel, que subí al mismo tiempo pero detrás del Teniente Fuel, que el arma la encontró el Teniente Fuel, que no estaban divididos, primero entraron a la habitación y luego en la otra, que la señorita Aura estaba con Caicedo, que estaban en el dormitorio de ellos porque ellos estaban descansando allí, que el oficial Cristian Acevedo ingresó a la otra habitación y estaba descansando allí Yessica Amparito, que se quedó afuera con los otros policías, que se quedó esperando en la puerta de la habitación, que Yessica Amparito estaba acostada, que el Teniente Acevedo estaba sacándole las cobijas de la cama, allí vio un pequeño orificio, metió la mano y sacó el bolsito, que pudo ver que sacó el bolso, era negro, pequeño, que observó que cuando abrió el bolso se encontró con sustancias, que siempre estuvo en la puerta, que estaba allí el teniente con el conductor. A las preguntas del Dr. Andrade responde: que la habitación donde encontraron el arma era la del lado derecho, que encontraron a Klinger descansando acostada, que encontraron también ropa de hombre y de mujer, que el arma se encontró entre esa ropa, que cuando se encontró el arma no dijeron de quien era, que el feto se encontró pero no dijeron del arma más bien que el feto pertenecía a una ex conviviente del señor-refiriéndose a Casierra- .

3.- Policía Cristian Paúl Caluña Muguicha.- Ante las preguntas del Fiscal responde: que en el mes de mayo de 2012 laboraba en el sector de Yanuncay, que era el chofer de una de las unidades que se encontraba en el lugar, que por medio de la central de radio nos comunicaron que avancemos al lugar a colaborar en el ingreso de un inmueble, por lo que inmediatamente fuimos al lugar donde ya se encontraban el Capitán Valdivieso, Jefe de control de la Unidad, el Fiscal Adrián Rojas, que autorizó el ingreso al inmueble y nosotros que colaboramos, que el inmueble estaba ubicado en la Don Bosco y Puerto de Palos, que cuando llegaron colaboramos con el

ingreso al inmueble y del lado derecho estaba una habitación donde se encontraba la señorita Aura y el señor Gabriel, en el que en medio de la ropa se encontró un revolver, de color negro, cache de madera, que la ropa era de hombre y de mujer, luego en la otra habitación estaba la señorita Yessica donde en un colchón verde y azul, se encontró una maletita de color negro, donde se encontraban unas envolturas en fundas plásticas con una sustancia blanquecina, que siguió colaborando y en la cocina encontró una maleta negra en su interior una botella de plástico transparente y en el interior un feto en descomposición, entonces sus compañeros preguntaron de quién era ese feto y dijeron que era de Gómez Casierra, luego les indicaron que se retiren del lugar. Ante el tribunal reconoce a los acusados como los mismos que estuvieron en el hecho. Reconoce las evidencias y ve una balanza, así como reconoce la casa en la foto que indica el informe de reconocimiento del lugar. A las preguntas del Dr. Gustavo Quito responde: que él llegó a eso de las 3h50 a 3h55 más o menos, que los demás policías estaban esperando para que se les colabore e ingresar al lugar, que pudieron ir porque estaban cerca del lugar, que cuando ingresaron a la habitación donde encontraron la droga estaban el Subteniente Acevedo y un compañero, que él solo pudo observar, que estaba en la puerta. A las preguntas del Dr. Andrade responde: Que la habitación donde descansaba estaba a la derecha, que pudo ver que estaba en la habitación, que el arma no la tenía la señorita-refiriéndose a Klingersino en la ropa, que de la droga nadie dijo nada. 4.- Policía Luis Francisco Hidalgo Salazar.- A las preguntas del Fiscal dice: que se encontraba trabajando en el mes de mayo en Yanuncay, que se encontraba patrullando por el sector cuando recibimos la llamada de la central diciendo que nos acerquemos a colaborar en la Av. Loja y Puerto de Palos, con el Teniente Fuel que por tratarse de un delito flagrante, cuando ingresaron al domicilio del lado derecho se encontró a Klinger y Caicedo, encontraron el revólver entre la ropa, que él vio que estaba allí, en el otro dormitorio del lado izquierdo encontraron a la señorita Yessica Amparito, que era conviviente del señor Gómez Casierra, vio que en el colchón azul y verde encontraron la maleta negra con unos paquetitos transparentes con una sustancia blanquecina, que después se supo que era cocaína, así mismo cuando realizaban el registro de todo el inmueble se encontró a la altura de la cocina una maleta negra donde se encontraba un feto en descomposición, después se retiraron por petición del Teniente Fuel, que nadie dijo nada ni reclamó. Ante las preguntas del Dr. Gustavo Quito responde: Que aproximadamente llegó al lugar a las 4 de la mañana, que estaba con su compañero de patrullero Cristian Coluña, que cuando subió al lugar estaba el capitán Valdivieso, el señor Fiscal y el Teniente Fuel con sus auxiliares, que no todos estaban detenidos sino el señor Gómez Casierra, que estaba dentro de la patrulla, dice que ingresó al domicilio a colaborar que no fue el primero, que no vio con exactitud quienes estaban allí, que no sabe con exactitud quienes vieron que estaba en la primera habitación a esas dos personas, que él llegó al otro cuarto cuando habían abierto el colchón, que era el colchón verde y azul donde se encontró las sustancias, estaban varias personas pero no vi quien la encontró. Ante las preguntas del Dr. Andrade responde: Que la acusada Klinger se encontraba descansando en la habitación del fondo del lado derecho, que no puede decir si estaba acostada o parada, que sólo vi el arma. 5. Policía Gisela Estefanía Pedreros Macas.- Ante las preguntas del Fiscal dice: Que conoce a los acusados debido a que le pidieron colaboración el día de los hechos, que el 27 de mayo de 2012 aproximadamente a las 4h00, mientras estaba en servicio, por medio de la central de radio le pidieron prestar ayuda a un domicilio, cuando llegó estaba el Capitán Valdivieso, Jefe de control de la Policía, el Dr. Adrián Rojas, Fiscal de turno, quien autorizó el ingreso al inmueble, que al fondo en el

segundo piso del lado derecho estaba la señora Klinger Tenorio y el señor Gabriel Caicedo, mientras que los demás compañeros hacían el registro, pudo percatarse de que entre la ropa habían encontrado un revolver, continuó el registro y sus compañeros encontraron en la otra habitación un colchón verde con azul, había una maleta de color negro habían envolturas donde existía una sustancia blanca y otras verdosas, en la cocina se encontraron un bolso negro y en su interior un feto en descomposición. A las preguntas del Dr. Gustavo Quito responde: que ingresó pero son cuartos de arriendo, ingresó hasta el fondo pero no a las habitaciones, que habían muchas habitaciones. Ante las preguntas del Dr. Andrade dijo: que Klinger se encontraba en el cuarto, que en medio de la ropa se encontró el arma, que no dijeron nada sobre la droga o el revólver sino del feto. 6. Policía Carlos Alfonso Fiel Almeida, frente a las preguntas de Fiscalía responde: que recuerda el 27 de mayo 2012, dice aproximadamente a las 4 am, en el momento de patrullaje en el sector Loja y Don Bosco, le llamo la atención una señora que dijo haber sufrido un robo antes por parte de dos individuos afro ecuatorianos, un alto y uno de estatura pequeña, que le habían amedrentado sustrayéndole la cantidad de 50 dólares, posterior a esto colaboro a la perjudicada, la cual manifestó que había podido percatarse donde estos individuos habían ingresado, que era a unos pocos metros donde estaba la señora, que era en una casa blanca de numeración 7 105 tienda Mayra rejas negras, donde se encontraba una camioneta Chevrolet Luv blanca, posteriormente realizaron el patrullaje respectivo para poder identificar a las personas de esta casa salía un individuo de similares características a la que menciono la persona perjudicada, momento en el cual se detuvieron y el individuo trato de ingresar nuevamente al domicilio, inmediatamente procedieron a abordarle, se le realizo una requisita y se encontró en los bolsillos, tanto derecho e izquierdo, la cantidad de 1490 dólares, a lo que se le pregunto qué iba a hacer con este dinero, de donde lo obtuvo y no supo manifestar ninguna situación, por que se le llamo al señor Fiscal, para indicarle esta novedad, quien legalizo su procedimiento, ya que se presumía en este domicilio se encontraba el otro individuo con la respectiva arma de fuego, por lo que en presencia del señor Fiscal que avalizo el procedimiento, ingresaron al segundo piso en el domicilio donde se radicaba este individuo, el señor Gómez Casierra. Al momento de ingresar nos percatamos de que había dos habitaciones en el interior de este departamento, uno a lado derecho y otro lado izquierdo, en el lado derecho se encontraban dos personas un hombre y una mujer afro-ecuatorianos descansando, en el momento que procedía a hacer una revisión en esa habitación, se encontró en la ropa que estaba tirada en el piso, el arma de fuego, un revolver marca Taurus, color negro y cache de madera con cinco proyectiles, de igual forma le acompañaba el Teniente Acevedo, el cual ingreso a la habitación de lado izquierdo, en donde se encontraba otra señorita o señora, el Teniente haciendo una revisión encontrando en el colchón, una maleta negra con una sustancia blanquecina presumiblemente cocaína y una sustancia verdosa presumiblemente mariguana, de igual forma al seguir realizando la verificación en el domicilio en la cocina una maleta negra, en un frasco plástico se encontró un feto en descomposición, con todo lo actuado y en presencia del Fiscal, se procedió a la detención de las 4 personas. Que reconoce a los acusados como los que estuvieron en los hechos, que son las evidencias encontradas las que estaban en el informe, que el señor Acevedo ingreso a la otra habitación, que todo fue encontrado en el domicilio de Casierra. Ante las preguntas del Dr. Gustavo Quito responde: Que ingresaron al lugar varias personas, que nadie mas salió cuando detuvieron a Casierra, que a todos se detuvo sin que identifique a cual detuvo el. Ante las preguntas del Dr. Andrade

dijo que el Señor Caicedo se lo encontró descansando sobre un colchón y que había mucha ropa tirada, de hombre y de mujer donde se encontró el arma. 7. Policía Cristian Daniel Acevedo Samaniego, ante las preguntas del Fiscal dijo: que el 27 de mayo 2012 a las 4am se encontraba de patrullaje por su sector de responsabilidad, a través del 101, teniente Fuel pedía la respectiva colaboración para un procedimiento policial que se estaba dando en esos sectores avenida Loja y Puerto de Palos, al momento que ingreso se puso en contacto con el Teniente Fuel, ingresaron al inmueble, el específicamente por ser oficial ingreso con varios compañeros a registrar una de las dos habitaciones del departamento donde se encontraba descansando una ciudadana, de sexo femenino, la señora o señorita Yessica Amparito Sanmartin Salazar, al momento que realizo el registro de la habitación, se pudo percatar que en el colchón existía un orificio pequeño en el interior se encontró un bolso de color negro, cuyo interior tenía varias envolturas con sustancias de color blanco y vegetales, que dada la prueba de PIPH es cocaína y marihuana, en la misma se encontraba una bolsa donde estaba una pesa y varias fundas, eso es lo que puede decir de su procedimiento, que Yessica Amparito no reclamo nada, que reconoce que son las evidencias al mostrar el informe el Fiscal, que en el colchón había este orificio la bolsa de color negra en el colchón, que el inmueble donde encontraron la droga es el que consta en el informe de reconocimiento de lugar, que habían dos dormitorios, sala, cocina, que los dos dormitorios estaban de puerta a puerta dos metros aproximadamente. Ante las preguntas del Dr. Quito responde: Que pidieron colaboración por un robo, para ingresar a un lugar, que ingreso a la habitación él y el conductor, que no revisaron los otros departamentos que habían porque solo se limito a colaborar.

TESTIGOS DE LA ACUSADA AURA LARIZA KLINGER TENORIO.

1. Jorge Segundo Burbano Tenorio.- Ante las preguntas del Dr. Andrade Bojorque responde: que conoce hace cuatro años a la acusada porque son vecinos, que ella trabaja con el señor Héctor Cortez y Karina Cuero, causa asombro porque algunos días antes le había llamado el señor Caicedo, ex novio de ella, incluso dijo que iba a pedir permiso a los jefes, para venir a Cuenca, que el 21 de mayo llegó a la casa –refiriéndose a la casa de él- y dijo que el jefe ya le había dado permiso para ir a Cuenca, como no conocía Cuenca porque nunca había ido le iba a esperar en el terminal, ella dijo que le acompañáramos a coger el bus, y lo hicimos como a las 17 horas estuvieron en el terminal de Guayaquil y la dejaron embarcada en la Cooperativa San Luis, que le dijo que iba a ver un amigo que había en Cuenca. Ante las preguntas del Fiscal dice: Que Klinger les pidió que lo acompañaran al terminal, que era el bus de San Luis, que compró boleto, que labora con Héctor Cortez y Karina Cuero, que ella –refiriéndose a Klinger- trabaja con estos señores, que el lugar de trabajo es Cristo del Consuelo en Guayaquil.

2. Anita Navel Quiñonez Tenorio.- Que conoce a la acusada Klinger, desde hace 4 años en Guayaquil porque viven en el barrio Cristo del Consuelo, arrendamos una casa ella en un cuarto y nosotros en otro, que Klinger los llamó pero antes dijo que había tenido una llamada de un ex enamorado llamado Marcelo Caicedo, que ella le había dicho que iba a hablar con sus patrones para ver si le daban permiso y así fue le dieron el permiso por una semana, viajó el 21 de Mayo, pronto fue a ver un bolso para irse y pasó por el cuarto de ellos para avisarles, que la acompañaron al terminal y se fue en la Cooperativa San Luis. Que no conocía Cuenca, que el ex enamorado la esperaba en Cuenca, que él la fue a recoger para llevarla a su domicilio, que llevó un bolso. Ante las preguntas del Fiscal responde: Que no sabe cuánto paga en la casa donde viven en Guayaquil porque es su esposo el encargado del pago, que tiene un hijo pero pasa con la mamá, que se fue en la Cooperativa San Luis, que compró boleto, que no le

había comentado si Klinger estaba asegurada. QUINTO.- Testimonio de los acusados. Los acusados rindieron sus testimonios bajo juramento. a) La acusada Yessica Amparito Sanmartín Salazar dijo: “llamarse como indica, de 19 años de edad, de estado civil soltera, domiciliada en Cuenca en el sector de Ricaurte, de ocupación Niñera, de nacionalidad ecuatoriana. El día que los señores dicen, yo estuve afuera con el señor Ángel Gómez Casierra, ellos me cogieron a fuera con él, nunca me encontraron en un cuarto, dijeron q le iban a requisar al señor y yo estuve ahí presente, cuando le requisaron le encontraron un dinero, en el cual el señor me quería dar a mí y el Señor Fuel me arrancho, me sacudió, me lo quito y luego yo comencé a gritar y después bajo la señora Aura Lariza al verme a mí que yo gritaba diciendo que lo iban a llevar a él porque supuestamente había robado, yo nunca, nunca, supe a lo que él se dedicaba no tenía ni idea y luego bajaron ellos, nunca me cogieron arriba a mí, yo no tenía la menor idea a lo que él se dedicaba a lo que él hacía, yo iba de vez en cuando, cuando él me llamaba, nunca me imagine que iba a pasar, no tengo más que decir”. b) Gabriel Marcelo Caicedo Ramírez dijo: llamarse como está mencionado, de 23 años de edad, de nacionalidad ecuatoriano, de estado civil soltero, de ocupación albañil e indica que el 27 mayo 2012, se iba yendo de viaje Gómez Casierra, yo estaba durmiendo en la habitación cuando escuché los gritos que lo querían meter preso, estaba en la habitación, en lo que baje los tope a los policías que estaban afuera que querían entrar a la habitación, a lo que yo voy saliendo los policías entran y me cogen a bajo en la puerta y me subieron a la habitación, ya habían tumbado la puerta me sentaron en una silla me pusieron una toalla en la cabeza y nada más; y, c) La acusada Aura Lariza Klinger Tenorio, al respecto de los hechos manifestó: “llamarse como está escrito, de 27 años de edad, de nacionalidad ecuatoriana, madre soltera, de ocupación empleada domestica, oriunda de Esmeralda pero reside en Guayaquil, con Cédula de Ciudadanía No. 0803089416, que el 21 de mayo, 9 pm, llegué a Cuenca porque yo tuve tiempo atrás una relación, el consiguió mi numero, no sé cómo, me llamo y me dijo que estaba viviendo aquí en Cuenca y que si podía venir a Cuenca a pasar unos días con él para estar aquí, indicando al señor Gabriel Marcelo, le dije yo estoy trabajando, déjame hablar con mi patrona para pedir permiso para ir y me dijo que sí, bueno yo vine llegué y me recogió en el terminal, a las 9pm, siempre le preguntaba en que trabajaba y él respondía que trabajaba con un amigo, que le ayudaba a un amigo en el comercio de ellos, a si me dijo siempre, yo vine, estuve 5 días ahí, cuando me despierto sorprendida de madrugada a las 4 de la mañana con la policía, detenida ya por droga, por arma, por feto, cuando yo nunca tuve conocimiento de eso y ellos lo saben, ellos saben que yo ahí no vivía, yo allí había llegado porque él me invitó a que viniera unos días, yo estaba de pasada yo me iba a ir a continuar con mi vida que tenía, yo nomas venía unos días jamás me imaginé encontrar con todo esto, ni las llamadas hubiera contestado si yo me hubiera imaginado con lo que me iba a encontrar, como iba a saber que lo que otra persona guarda en su cuarto, yo a las otras dos personas no las conocía, yo nunca antes los había conocido, con la única persona que pasaba palabra era solo con él –refiriéndose a Caicedo-, como yo estaba de pasada no me daba interés en preguntar a lo que él se dedicaba”. SEXTO.- Adecuación típica. Que el delito por el cual se acusa Fiscalía General del Estado, a través del Dr. Rommel Molina, es el tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, que reza: “Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier

otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título o que esté bajo su dependencia o control serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales”, a los que la doctrina, en relación al bien jurídico tutelado: salud pública, denomina de peligro abstracto. La acción que se describe se haya contenida en los verbos rectores: poseer o tener, que en su sentido más estricto encierran el carácter de dominio sobre la cosa, que al decir un concepto básico, podría entenderse al dominio como “el poder que uno tiene de usar o disponer...”. Sin embargo, ésta acción se hace efectiva por cumplirse con los elementos objetivos del tipo penal señalado, esto es: a) posean o tengan sustancias estupefacientes y psicotrópicas: sin autorización legal o despacho de receta médica previa. b) Que posean o tengan sustancias estupefacientes y psicotrópicas: con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias. c) Que posean o tengan sustancias estupefacientes y psicotrópicas: en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo. d) que posean o tengan sustancias estupefacientes y psicotrópicas: en cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título o que esté bajo su dependencia o control. Así como debe cumplirse con el elemento subjetivo del tipo penal, el dolo, que según nuestra ley lo determina cuando los actos han sido cometidos con voluntad y conciencia o lo que es más claro, con conocimiento y voluntad. SEPTIMO.- Valoración de la prueba presentada. 1.-La prueba presentada por el representante de la Fiscalía General del Estado ante este Tribunal Primero de Garantías Penales determina que existen suficientes pruebas que establecen la existencia de la infracción a través de: a) Los testimonios de los policías Segundo Víctor Peñafiel Gonzales, Juan Carlos Peñafiel Castro y de Carlos Fuel Almeida concuerdan por lo que se conoce, que el día 27 de Mayo de 2012, entre las 03h30 y 04h00, una mujer, que no quiso identificarse, se acercó a ellos y les indicó que había sido víctima de robo a mano armada por parte de dos individuos afro-ecuatorianos, que le sustrajeron la cantidad de cincuenta dólares y que se encontraban en una casa del sector, ubicada en la calle Loja 7-105 y Puerto de Palos, ante lo cual acudieron inmediatamente al lugar y vieron salir del mismo a Ángel Oswaldo Gómez Casierra –sentenciado-, quien había sido reconocido por la denunciante como uno de los que le robaron, por lo que se le acercaron y lo detuvieron para hacer el cacheo respectivo, encontrando en ambos bolsillos de su pantalón la cantidad total de 1490 dólares, pidiéndole al detenido que justifique la procedencia del dinero encontrado y no supo responder, ante tal situación llamaron a personal de apoyo y al Fiscal de turno, Adrián Rojas, quien en vista de que se había cometido un delito flagrante autoriza el ingreso al domicilio del detenido, lo que es corroborado por los testimonios de los otros policías: Cristian Paúl Caluña Muguicha, Luis Francisco Hidalgo Salazar, Gisela Estefanía Pedreros Macas, Cristian Daniel Acevedo Samaniego, por lo que ingresaron al domicilio de donde salió el detenido encontrando en una de las habitaciones, el Subteniente de Policía Cristian Daniel Acevedo Samaniego, mientras hacía la revisión, en el colchón sobre el que descansaba Jessica Amparito Sanmartín Salazar, había una ranura por la que pudo observar se encontraba un bolso negro que en su interior contenía una funda en la que se hallaban otras fundas con una sustancia blanquecina y otras con una sustancia verdosa, ambas, al ser sometidas a las pruebas preliminares de campo, en razón de que una vez descubiertas fueron entregadas al personal de Antinarcóticos, dieron resultado positivo para cocaína y marihuana respectivamente. b) Que el informe técnico de reconocimiento del lugar y evidencias - aceptado por las partes dentro de los acuerdos probatorios- indica que el domicilio

se encuentra ubicado en la calle Loja y Puerto de Palos, signado con la numeración 7-105, como confirman también los demás testigos presentados en audiencia por parte de fiscalía. Así mismo, que las evidencias obtenidas corresponden a las mencionadas por los testigos, esto es, el colchón donde se encontró la evidencia, la balanza, el bolso negro. c) Que el acta de diligencia de verificación de envoltura, toma de muestras, pesaje y destrucción de sustancias estupefacientes indica que las muestras obtenidas para verificación corresponden a las que fueron adquiridas durante la revisión del departamento donde se encontraban los ahora acusados y que forman parte de las evidencias, además, que la cantidad encontrada que corresponde a 110 gr de peso neto es de un polvo de color crema, del cual se designan dos décimas de gramos como muestra 1 para verificación, y, la cantidad de 133.1 gr de un material vegetal seco, fragmentado de color verde, se signa como muestra para verificación dos décimas de gramos. d) Que el Análisis químico verifica que la sustancia encontrada en la muestra uno corresponde a Cocaína, y, que la muestra dos corresponde a Marihuana. e) Que de los testimonios de Segundo Víctor Peñafiel Gonzales y Juan Carlos Peñafiel Castro son contestes por lo que se determina que es el Teniente Fuel, el que encuentra en el dormitorio donde se encontraba la acusada Aura Lariza Klinger Tenorio descansando junto al coacusado Gabriel Marcelo Caicedo Ramirez un revolver marca Taurus, así como que el Teniente Cristian Daniel Acevedo Samaniego al ingresar a la habitación donde se encontraba Yessica Amparito Sanmartín Salazar, dentro del colchón sobre el que ella descansaba, encontró un bolso color negro en cuyo interior se hallaba las sustancias sujetas a fiscalización. 2.-En cuanto a la responsabilidad de los acusados, debemos partir recordando que el delito por el que acusa Fiscalía, es el tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, que la adecuación típica se encuentra determinada cuando la posesión o tenencia de sustancias estupefacientes sin autorización legal o médica pueda ser "...en sus personas...", o, como dice también éste artículo, "...en su domicilio...o cualquier otro sitio del que sean tenedores u ocupantes a cualquier título...", siendo el consentimiento uno de los elementos objetivos del tipo penal que se describe como principal. Se entiende comúnmente al consentimiento como el acuerdo entre varias partes, el mismo que puede ser expreso o tácito y no necesariamente esa voluntad expresa o tácita puede ser exteriorizada en la forma conocida en el ámbito civil, como lo afirma Santiago Mir Puig, en su libro Derecho Penal Parte General, en su sexta edición del año 2002, en la página 507: "...que el consentimiento sea reconocible externamente por cualquier medio aunque no sea por los previstos en el derecho civil", por lo que: a) En el caso de Yessica Amparito Sanmartín Salazar, Fiscalía ha probado conforme a derecho, que sin autorización legal o despacho de receta médica tenía las sustancias encontradas, lo que es corroborado con los testimonios de los policías Cristian Daniel Acevedo Samaniego, Cristian Paul Caluña Muguicha y Luis Francisco Hidalgo Salazar, quienes aseguran que la acusada se hallaba descansando sobre el colchón que tenía una ranura, dentro del cual estaba un bolso negro, donde se encontraban las sustancias, cuanto más, que consentía de manera tácita en la tenencia o posesión de las sustancias, debido a que era su vivienda por ser la conviviente del sentenciado Ángel Gómez Casierra, es decir, que la acusada tenía entera disposición sobre el bien habitado y sobre todas las cosas que en él habían, en éste caso el colchón que era al parecer, para su uso y aunque en su declaración, indica "...yo estuve afuera con el señor Ángel Gómez Casierra, ellos me cogieron afuera con él, nunca me encontraron en un cuarto, dijeron q le iban a requisar al señor y yo estuve ahí presente, cuando le requisaron le encontraron un dinero, en el cual el señor me quería dar a mí", en

ningún momento, tomando en consideración lo dicho en el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que el testimonio del acusado sirve como medio de defensa y de prueba a su favor, asegura que vive en otro lugar, cuanto más que la teoría de caso expuesta a través de su abogado defensor, ratifica la relación que mantenía con Ángel Oswaldo Gómez Casierra –sentenciado-. No sólo que tenía o poseía dichas sustancias bajo su consentimiento tácito, sino que fueron encontradas en el lugar de su domicilio o ámbito de custodia. El abogado defensor de la acusada Yessica Amparito Sanmartín Salazar, indicó en su teoría de caso, que era el acusado Gabriel Marcelo Caicedo Ramírez el que sale del departamento cuando escuchó la bulla, sin embargo, el testimonio de la misma acusada Yessica Amparito Sanmartín Salazar indica que era la señora Aura la que bajó cosa totalmente contradictoria con lo mencionado en el testimonio de la coacusada Aura Klinger Tenorio que indica que ella se encontraba descansando cuando ingresaron los policías al lugar. Todos los testimonios presentados por la fiscalía coinciden en que la acusada en mención se encontraba descansando nunca como anunció en su teoría inicial. b) En el caso del acusado Gabriel Marcelo Caicedo Ramírez, los testigos Jorge Segundo Burbano Tenorio y Anita Nabel Quiñones Tenorio, presentados por la acusada Aura Lariza Klinger Tenorio, indicaron que “...el ex novio la había invitado a pasar unos días en su domicilio en Cuenca...”, lo que es corroborado por la misma acusada en su testimonio, así como por el mismo Gabriel Marcelo Caicedo Ramírez que en su testimonio afirma estar domiciliado en Cuenca y al momento de los hechos se encontraba en el departamento donde se encontró la droga “...en la habitación”, además, Aura Lariza Klinger Tenorio, indicó en su testimonio que el coacusado decía cuando le preguntaba sobre su trabajo “...trabajo con un amigo, le ayudo a un amigo en el comercio de ellos – señalando a Yessica Amparito Sanmartín Salazar- así me dijo siempre...”. El departamento, como indica el testimonio de Segundo Víctor Peñafiel Gonzales y el Teniente de Policía Cristian Daniel Acevedo Samaniego, principalmente, estaba conformado por dos habitaciones, una a lado derecho donde se encontró a Aura Lariza Klinger Tenorio y Gabriel Marcelo Caicedo Ramírez y hacia el fondo otra donde se encontraba la habitación de Yessica Amparito Sanmartín Salazar. A decir de lo afirmado por parte de Gisela Estefanía Pedreros Macas, la casa era un lugar de arriendo; sin embargo, nunca el testimonio del coacusado deslindó su coparticipación del hecho, pues, vivían juntos en el mismo lugar en iguales condiciones, dentro de su ámbito de custodia se encontró las sustancias, por lo que es deducible, además, que existe el consentimiento tácito de la tenencia de las sustancias, mucho más cuando dijo trabajar como “Albañil”, habiendo dicho la acusada Klinger bajo juramento que él le indicaba que laboraba en el comercio de ellos, contradiciendo incluso lo manifestado por la acusada Yessica Amparito Sanmartín Salazar, que cuando éste Tribunal le preguntó sobre su ocupación dijo ser “niñera” y no comerciante. Al estar ocupando la habitación y compartiendo el mismo espacio, en iguales condiciones, por el mismo hecho de haber invitado a la acusada Klinger Tenorio a su domicilio, trabajando junto a Gómez Casierra –sentenciado- y Yessica Amparito Sanmartín Salazar, determina con seguridad y sin dejar espacio a la duda, de que era poseedor de la droga, que sabía de su existencia, que consentía tácitamente en su tenencia en su domicilio, por lo que se establece su coparticipación. c) En cuanto a la coacusada Aura Lariza Klinger Tenorio, tomando en cuenta que el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal, habiendo anunciado como prueba su testimonio, indica que la declaración del acusado es un medio de defensa y de prueba, ella manifestó que al momento de los hechos, ella se encontraba ocupando por unos días la habitación de la casa, junto a

Gabriel Marcelo Caicedo Ramírez, en razón de la invitación que le realizó él como ex novio, como aseguran sus testigos Burbano Tenorio Jorge Segundo y Anita Anabel Quiñonez tenorio, ¿cómo podía consentir de manera expresa o tácita en un hecho que desconocía resultante de un engaño?, pues, el coacusado, Caicedo Ramírez, según su propio testimonio, le había indicado que venga a pasar con él unos días, que cuando le preguntó sobre su trabajo manifestó que trabajaba en el comercio de un amigo, ...de ellos –indicando a Amparito Sanmartín Salazar-..., sin hacerle conocer realmente del ilícito por el cual ahora se le juzga, cuanto más que en la presente Audiencia de Juzgamiento, bajo juramento, indicó el coacusado Caicedo Ramírez como ocupación el ser Albañil. Es requisito indispensable del consentimiento en general la libertad para consentir, no la coerción ni el engaño del acto que se trate para que tenga efectividad, ante esto, el Art. 36 del Código Penal manifiesta que “cuando la acción u omisión que la ley ha previsto como infracción, es en cuanto al hecho, no al derecho, resultante del engaño de otra persona, por el acto de la persona engañada responderá quien le determinó a cometerlo”, por éste motivo, no existe una adecuación típica de la conducta de la acusada, pues, el consentimiento como uno de los elementos objetivos de éste tipo penal, es ineficaz en razón del engaño realizado por el coacusado Caicedo Ramírez en cuanto a la actividad ilícita que realizaba en su domicilio. Siendo la carga procesal responsabilidad de Fiscalía, ésta no pudo demostrar la responsabilidad de Aura Lariza Klinger Tenorio, mientras que la acusada presentó sus testigos y como anunció previamente su declaración como medio de defensa y prueba a su favor.

OCTAVO.- Resolución. Por lo expuesto, en base a la sana crítica establecida en la Constitución del Ecuador y en la ley, este Primer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, confirma la inocencia de AURA LARIZA KLINGER TENORIO, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil soltera, de 27 años de edad, de ocupación empleada doméstica, domiciliada en Guayaquil, por lo que se ordena su inmediata libertad, se levanta todas las medidas cautelares dictadas en su contra por esta causa; y, declara la culpabilidad de los ciudadanos YESSICA AMPARITO SANMARTÍN SALAZAR, sin Cédula de Ciudadanía, de nacionalidad Ecuatoriana, de estado civil soltera, de 19 años de edad, de ocupación niñera, domiciliada en Cuenca en el sector de Ricaurte; y, GABRIEL MARCELO CAICEDO RAMIREZ, sin Cédula de Ciudadanía, de nacionalidad Ecuatoriana, de 23 años de edad, de estado civil soltero, de ocupación Albañil, domiciliado en éste cantón Cuenca, como autores y responsables del delito de TENENCIA ILEGAL DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS, tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Se les impone la pena de DOCE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA, sin embargo, en vista de que se han presentado atenuantes que el Primer Tribunal ha considerado, y, en base a lo establecido en el Art. 72 del Código Penal se procede a modificar la pena a OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, y, se les impone la multa de sesenta salarios mínimos vitales generales a cada uno de ellos. Se dispone que la pena la cumpla en el Centro Privación de la Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley” con sede en la ciudad de Cuenca de Mujeres, y, en el Centro Privación de la Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley” con sede en la ciudad de Azogues de Varones, respectivamente. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 60 del Código Penal, se dispone la interdicción política de los sentenciados, por el tiempo de duración de la condena. Descuéntese el tiempo que

hayan permanecido detenidos por ésta causa. Ejecutoriada esta sentencia el señor Secretario gire la boleta correspondiente. De acuerdo con los incisos cuarto y quinto del Art. 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas destrúyase las muestras incautadas y elévese en consulta esta resolución para ante una de las Salas Especializadas de lo Penal y Tránsito, de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, a donde se apercibe a las partes para que comparezcan a hacer valer sus derechos. No ha existido conducta impropia del Fiscal ni de los Abogados patrocinadores. Las disposiciones legales aplicadas de éste fallo se encuentran descritas dentro del mismo.- Notifíquese.-

ANEXO 6

Entrevista personal realizada al Doctor Vásquez, ex Director del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Cuenca.