



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**TRATAMIENTO Y DETERMINACIÓN DE LA PENA EN
LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS
CATALOGADAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN EN LA
JUSTICIA ECUATORIANA.**

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de Justicia de la República.

AUTOR:

JUAN SEBASTIÁN ORDÓÑEZ INGA

DIRECTOR:

DR. PABLO LEONCIO GALARZA CASTRO

CUENCA-ECUADOR

2020

DEDICATORIA

Al llegar el conticinio y recuerdo de tu sonrisa será el momento que perpetúe el sempiterno de mi anhelo por justicia.

Para Gabriela y Manolo.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres Guido Leonardo y Ana Isabel,
por obsequiarme la libertad y sabiduría para cumplir mis sueños.

A María Elisa,
por ser la belleza que orienta mi destino, la compañera del camino que llamamos
vida.

A mi mentora Patricia,
por ser el pilar fundamental de mi preparación académica y enseñarme desde
pequeño el camino ético del Derecho.

A mis tías Lorena y María Augusta,
por demostrarme que la fortaleza del ser humano se encuentra en sus principios y
valores.

A mis amigos de Vignolo Barzallo,
por formarme profesionalmente y enseñarme que el conocimiento está para ser
compartido.

A mi director Dr. Pablo Galarza,
por su tiempo, criterio y disponibilidad para realizar este proyecto.

A Manolo,
por todas aquellas noches de desvelo en las que me acompañaste.

RESUMEN

La determinación punitiva es sustancial al momento del juzgamiento de una persona, dicha determinación, en relación con el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, ha tenido un desarrollo jurisprudencial inconsistente a lo largo de los últimos diez años; la Corte Nacional de Justicia ha creado criterios que han violentado derechos constitucionales y han fallado en el entendimiento de la teoría del concurso de delitos, generando una falta de unanimidad en las decisiones de los jueces de instancias inferiores, ocasionando una vulneración a la seguridad jurídica en el país.

Mediante la resolución vigente 02-2019, se pretende corregir los problemas prácticos ocasionados, mas no sus inconsistencias dogmáticas jurídico-penales; por lo que cabe analizar los cuestionamientos que devengan del tratamiento penal al tráfico ilícito de estupefacientes, así como el desarrollo de las políticas y mecanismos jurídicos que combaten al fenómeno socioeconómico de las drogas, con relación a la determinación punitiva.


Palabras Clave: Concurso de Delitos, Corte Nacional de Justicia, Determinación Punitiva, Finalidad de la Pena, Principio de Legalidad, Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

ABSTRACT

The punitive determination is substantial at the time of a person's judgment. This determination has had an inconsistent jurisprudential development over the past ten years in relation to the illicit traffic of controlled substances. The National Court of Justice has created criteria that have violated constitutional rights and have failed to understand the theory of multiple criminal offenses, which has generated a lack of unanimity in the decisions of the judges in lower instances and causing a violation of legal security in the country. The current resolution 02-2019 aims to correct the practical problems caused, but not their legal-criminal dogmatic inconsistencies. For this reason, the questions arising from the criminal treatment of illicit drug trafficking, the development of legal policies and mechanisms that combat the socio-economic phenomenon of drugs in relation to the punitive determination were analyzed.

Keywords: multiple criminal offenses, national court of justice, punitive determination, purpose of the penalty, principle of legality, illegal drug trafficking.




Translated by
Ing. Paúl Arpi

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	<i>II</i>
AGRADECIMIENTOS	<i>III</i>
RESUMEN	<i>IV</i>
ABSTRACT	<i>V</i>
ÍNDICE DE CONTENIDOS	<i>VI</i>
INTRODUCCIÓN	<i>1</i>
CAPITULO I TRÁFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN.	<i>3</i>
1.1 Desarrollo histórico de la legislación penal ecuatoriana respecto al tráfico ilegal de sustancias estupefacientes.	<i>3</i>
1.2 Políticas criminales frente al fenómeno socioeconómico de las drogas en el Ecuador.	<i>6</i>
1.3 Legislación comparada entorno al tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.	<i>12</i>
1.3.1 Legislación Alemana.	<i>13</i>
1.3.2 Legislación Chilena.	<i>15</i>
1.3.3 Legislación Colombiana.	<i>17</i>
1.4 Análisis al tipo penal tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.	<i>20</i>
1.4.1 Categorías principales de la teoría del delito que interviene en el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.	<i>21</i>
1.4.2 Bien jurídico.	<i>27</i>
1.4.3 Estructura y composición del tipo penal tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.	<i>28</i>
CAPÍTULO II FINALIDAD DE LA PENA Y TEORÍA DEL CONCURSO DE DELITOS COMO CRITERIOS DE DETERMINACIÓN PUNITIVA.	<i>33</i>
2.1 Finalidad de la pena.	<i>33</i>

2.1.1 Teorías de la pena.....	33
2.1.2 Finalidad de la pena en el Ecuador.	36
2.2 Resolución 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia.	37
2.2.1 Determinación de los problemas jurídicos.....	37
2.2.2 Criterio para la acumulación de penas.	39
2.2.3 Principios y derechos afectados por la resolución.....	40
2.3 Unidad de Acción.	44
2.3.1 Unidad de acción y de delito.....	45
2.4 Concurso de leyes y concurso de delitos.	46
2.5 Hipótesis concursales y Teoría del concurso de delitos.....	47
2.5.1 Unidad de acción y pluralidad de delitos o concurso ideal.....	48
2.5.2 Pluralidad de acciones y de delitos o concurso real.	50
2.5.3 Tratamiento penal del concurso ideal y concurso real en el Código Orgánico Integral Penal.....	52
2.6 Determinación e individualización de la pena.....	53
2.6.1 Principios para la determinación de la pena.	55
2.7 Delito continuado y delito en masa como otras formas de hipótesis concursal.	58
CAPÍTULO III ANÁLISIS Y EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 02-2019 DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.....	61
3.1 Análisis jurisprudencial y criterios que no aplican la acumulación punitiva.	61
3.1.1 Análisis jurisprudencial a la sentencia No. 01283-2016-01574 del Tribunal de Garantías Penales del Azuay.....	62
3.1.2 Análisis jurisprudencial a la sentencia No. 01283-2018-00337G del Tribunal de Garantías Penales del Azuay.....	65
3.2 Resolución 02-2019 de la Corte Nacional de Justicia.	71
3.2.1 Determinación del problema jurídico.	72

3.2.2 Criterio para modificar la acumulación de penas.....	72
3.3 Situación jurídica actual de las personas procesadas mediante la resolución 12-2015.....	76
CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFÍA	86

INTRODUCCIÓN

El Ecuador, como varios países de Latinoamérica, mantienen fuertes políticas criminales respecto al tráfico ilícito de sustancias y se ha manifestado a favor de la llamada “guerra contra las drogas”, la cual no ha hecho más que ahondar en los problemas derivados del tráfico de sustancias ya que siempre se ha tenido la predisposición, en nuestro imaginario colectivo, de criminalizar al consumidor y considerar el consumo como uno de los peores males de la sociedad, estos pensamientos han marcado el desarrollo de las políticas públicas en cuanto al tráfico y consumo de las sustancias estupefacientes al igual que han guiado a la legislación ecuatoriana a convertirse en una herramienta represiva.

Este tema no ha sido tratado desde ninguna esfera distinta de la criminal, en años recientes el tema se lo toma como una afectación a la salud sin embargo mientras las políticas criminales y la legislación no se adecue en este sentido se combatirá con un arsenal desmedido a un problema que no se lo entiende y precisamente ese es el problema, cuando no se sabe que es lo que se está combatiendo cualquier medida es insuficiente, cualquier medida es excesiva.

El presente trabajo de titulación tiene por finalidad tratar un tema muy particular en materia penal, el análisis de la determinación de la pena en relación con el tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización; el tema sugiere sencillez, pero al momento nuestro ordenamiento jurídico ha sufrido ciertos cambios al respecto y únicamente por fallos de la Corte Nacional de Justicia, consecuencia de la idiosincrasia de nuestro país respecto al tema lo que genera una especie de transgresión a la seguridad jurídica ya que el criterio para su determinación se ha encontrado tan inestable en estos años.

Cuando la Corte Nacional de Justicia emitió la resolución 12-2015 estableció un nuevo criterio para la acumulación de penas alejándose completamente de la doctrina, desarrollada a través de tantos años por entendidos en la ciencia del Derecho, creó lo que podría llamar un nuevo concurso de delitos, que no tiene relación alguna con la teoría del concurso de delitos, dentro de la argumentación la Corte Nacional establece que para la acumulación de penas en el caso de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización no se trata de un concurso ideal o de un concurso real, este criterio pareciera que responde a un propósito de política criminal de estado, más lo que en la práctica convertía a la resolución violatoria de principios constitucionales, específicamente al

principio de legalidad; esto provocó durante más de 3 años de emitida dicha resolución, algunos de los tribunales penales optaron por inobservar dicha resolución con la finalidad de mantener coherencia en nuestro ordenamiento jurídico, realizando interesantes análisis en donde prevalecen los principios constitucionales y penales.

Hoy en día con la resolución 02-2019 se ha planteó un nuevo criterio en cuanto a la determinación de la pena, aparentemente solucionó el problema creado por el mismo pleno, pero solo en cuanto a sus consecuencias, es decir la acumulación punitiva, no obstante realiza un análisis incorrecto de la teoría del concurso de delitos y ese es el centro del presente trabajo, todo este desarrollo sobre la determinación punitiva es indispensable para explicar la falta de unanimidad de criterios respecto a la determinación de las penas de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes para verificar la afectación al principio de legalidad y seguridad jurídica. ¿Cuál es el criterio idóneo para la determinación de la pena en el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización? ¿Se omite el desarrollo de la Teoría del Concurso de Delitos? ¿Amerita una reforma el COIP en cuanto al tráfico de drogas? ¿Cuál es la situación jurídica de las personas procesadas y sentenciadas? Estos cuestionamientos no han podido ser resueltos por el escaso estudio sobre la determinación penal en este delito ya que la resolución 02-2019 es reciente; por lo que el tema amerita un análisis que permita esclarecer dichos cuestionamientos.

CAPITULO I TRÁFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN.

1.1 Desarrollo histórico de la legislación penal ecuatoriana respecto al tráfico ilegal de sustancias estupefacientes.

Es preciso estudiar y hacer una referencia a la historia que ha vivido el Ecuador con la lucha antidrogas, así como el desarrollo legislativo respecto al tema, para en lo posterior analizar los fallos jurisprudenciales y poder entender los criterios respecto a la punición de este ilícito; este capítulo tendrá por objetivo estudiar el origen de la problemática partiendo de una breve historia del país frente a este fenómeno, analizar las políticas y mecanismos que se han esgrimido a lo largo de los años para combatir el problema, comparar las bases legislativas de países de la región y estructurar el tratamiento penal del tipo para poder emitir un criterio respecto a los razonamientos jurisprudenciales de la Corte Nacional.

En primer lugar, se debe establecer cuál es el papel que desempeña el Ecuador frente al tráfico ilícito global o regional; pues como sabemos el narcotráfico es un problema interestatal, y para adentrarse en el tema hay que recordar la afamada “*war on drugs*” política establecida en junio de 1971 por el Presidente de Estados Unidos, Richard Nixon, la misma que trascendió las fronteras de la unión americana e influye hasta la fecha en las políticas de los países, en especial en Latinoamérica, por una serie de características que cuenta la región, hablamos que el Ecuador no ha sido considerado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos como un productor de coca, a diferencia de sus vecinos Colombia, Perú y Bolivia (Paladines, 2016), lo que llevará a entender que en los primeros años se mantuvo un incipiente desarrollo en cuanto a la legislación antidrogas y más bien se conformaba a acatar directrices internacionales respecto al tema; el Ecuador no ha llegado a ser considerado un país productor por dos motivos.

El primero es que no produce suficiente cocaína u otras sustancias ilegales para ser considerado un peligro para la seguridad regional e internacional, ya que los últimos cultivos relevantes de cocaína fueron erradicados en 1984, mediante una campaña financiada por Estados Unidos, y hasta la fecha, no se ha reportado ni por el Departamento de Estado de Estados Unidos, ni por las Naciones Unidas la existencia de cultivos mayores a 500 hectáreas en el país, más bien existirían cultivos más o menos artesanales que han ido siendo erradicados (Bonilla A. , 2008).

El segundo hace alusión a un tema cultural, el Ecuador no ha sido un país en donde se ha dado un consumo ritual o cultural de hojas de coca pese a su gran número de densidad indígena, a diferencia de Bolivia y Perú que son los mayores productores de arbustos de coca (Bonilla A. , 1991, pág. 11), esto encuentra su origen en la época precolombina pero en el país esta tradición fue eliminada en el siglo XVII y su uso nunca ha reaparecido, incluso en tiempos actuales los campesinos no poseen un conocimiento o tradición por el cultivo de hoja de coca (Rivera Velez, 2005, pág. 290).

Sin embargo, nuestro país ha sido categorizado de una manera distinta por parte de entidades antinarcoóticos, ya que según el Departamento de Estado de los Estados Unidos y la Administración para el Control de Drogas (DEA), al Ecuador se lo ha denominado como un “país de tránsito y conexiones” (Rivera Velez, 2005) e indiscutiblemente un país propicio para el lavado de dinero. Esto se logra verificar ya que nuestro país cumple cuatro funciones dentro del esquema del narcotráfico en la región: 1) Ser una vía de paso de hoja de coca hacia Colombia para su procesamiento; 2) Origen de varias rutas de tráfico hacia mercados internacionales; 3) Ser un mercado de contrabando de precursores químicos usados en el procesamiento de cocaína y heroína y; 4) Poseer una economía apta para el lavado de activos (Nuñez Vega, 2006, pág. 44). Esto denota que nuestro país ya sea por decisión o por las circunstancias, se ha mantenido al margen de la lucha contra este fenómeno, es así como podemos empezar el análisis remitiéndonos a la primera ley que dio origen a la política respecto a las drogas en nuestro país, publicada en 1916, la Ley de Control de Opio estableció limitantes para el comercio del opio y sus alcaloides, dejando exclusivamente su uso para fines médicos (Ley del Control del Opio, 1916).

En 1924 se publicó la Ley sobre importación, venta y uso del opio y sus derivados y de los preparados de la morfina y de la cocaína; en 1958 se emite la Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes; la misma que amplió su abanico prohibicionista y que su principal característica fue la introducción del término “tráfico”, dicho término ha fundado consecuencias hasta nuestros días ya que este se ha configurado como un verbo rector controversial para la represión al consumo de drogas; “A partir de la articulación de la política a través del reproche al tráfico, la legislación de drogas en Ecuador adquiere una impronta penal.” (Paladines, 2016, pág. 9).

El Ecuador, en 1970 promulgó la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes, cuya principal característica fue establecer un sistema de escala respecto a la pena, la cual iba de los ocho a doce años de reclusión (Ley de Control y Fiscalización

del Tráfico de Estupefacientes, 1970), esta ley debe ser entendida en el contexto de que el país ratificó la Convención Única sobre Estupefaciente de 1961 la cual consolidó todos los convenios en materia de fiscalización hasta ese momento, por lo que el esquema normativo debía ser modificado, razón por la cual, se implementó una escala punitiva; además enumeró más de cien sustancias sujetas a fiscalización y creó la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. Esta ley es reformada mediante el Decreto Ley en 1971 (R.O. 139) y es así como el país conecta con la afamada “guerra contra las drogas” ya antes mencionada; “Mediante el discurso de “guerra contra las drogas” se da un giro hacia la represión en la política internacional, posicionando a la “mano dura” como marco a seguir en las leyes y políticas de drogas del mundo.” (Paladines, 2016, pág. 10).

Esta ley fue reformada en varias ocasiones, es así como en 1974 tenemos a la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y en 1987 contamos con la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; y en 1990 se promulgó la tan polémica Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas o mejor conocida como Ley 108, esta ley amerita ser objeto de estudio para entender el origen de las políticas públicas respecto al tráfico de sustancias y entender el enfoque que tomó el país frente a la prohibición y consumo de las mismas, el tema será desarrollado en lo posterior pero es relevante destacar como premisa que esta ley, incluyendo sus reformas, ha sido considerada como una de las más draconianas en la materia y esto fue resultado de una política basada en el cumplimiento y acatamiento de directrices internacionales.

Ecuador se suma a la caravana de reformas producidas en la década de los ochenta a lo largo y ancho de nuestra región, no como una mera casualidad, sino como fiel demostración de que detrás de la política doméstica hubo una hegemonía internacional en nombre de la “guerra contra las drogas. (Paladines, 2016, pág. 11)

Antes de concluir con este sendero evolutivo respecto a la legislación ecuatoriana es importante recalcar los instrumentos internacionales más importantes de la política de drogas a nivel mundial, los cuales influenciaron en su momento a la legislación interna de turno; Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1988; sin embargo, más trascendental

aún es saber que hasta la fecha estos mismos instrumentos influyen en cualquier legislación sobre la materia y en la política de la región (Paladines, 2016).

Es así como el 26 de octubre de 2015 se publicó la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, así como su respectivo Reglamento publicado en marzo del 2016; el objeto de esta ley se centra en la prevención integral del fenómeno de las drogas, así como en el control y regulación de las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; además se encuentra vigente el Código Orgánico Integral Penal publicado en 2014, al cual se lo denomina COIP; el conflicto radica en que no se combate a este problema como un verdadero fenómeno socioeconómico y de salud, pese a que su misma normativa así lo establezca, esta llega a ser letra muerta, esta es la realidad y el desarrollo de la legislación ecuatoriana respecto al tráfico ilícito de sustancias, y como lo veremos a continuación las políticas adoptadas por el Ecuador prefieren criminalizar el consumo y continuar con un prohibicionismo infundado, sin importar transgredir a la Constitución.

1.2 Políticas criminales frente al fenómeno socioeconómico de las drogas en el Ecuador.

Una vez planteado el marco legal debemos remitirnos a las políticas y medidas que ha tomado el Ecuador para combatir este fenómeno, ya que esto nos dará luces para conocer cómo es que aquellas políticas llegan a influir no solamente en la legislación sino también en los razonamientos judiciales, teniéndose que en 2015 establecieron un criterio para determinar una pena desproporcional, esto gracias a que las políticas de antaño no llegan a ser la respuesta o mecanismo idóneo para combatir este fenómeno en tiempos actuales.

Se debe hacernos la pregunta ¿el abuso de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización es un problema de salud o de seguridad? Sin olvidar que el abuso de sustancias ilegales es un problema, pero la interrogante es: ¿desde qué óptica se lo debe combatir? Recordando que el Ecuador se ha caracterizado, como los demás países de la región, en seguir lineamientos internacionales respecto al tema de las drogas y no ha podido identificar temas propios a su realidad; es así que la información estadística sobre el consumo de drogas era casi inexistente para 1988, año en el cual se ejecutó la investigación “El Consumo de Drogas en el Ecuador: Una aproximación Cuantitativa”

que es considerada como la primera investigación cuantitativa confiable que se ha realizado en el país sobre el tema de drogas (Andrade, 1991), es decir que varios años después que el Ecuador encuadre su legislación a la afamada guerra contra las drogas todavía ni se pensaba en analizar estadísticamente cual es el problema, y eso responde a la pregunta planteada anteriormente, pues desde el inicio, al internacionalizarse la “war on drugs” se aceptó que el problema del consumo de drogas responde a un tema de seguridad y ese fue el momento en el que se llevó el consumo al campo penal, al prohibicionismo, a la creencia de que todo consumidor es dependiente y todo dependiente es un criminal, creando así políticas públicas secuestradas por el poder punitivo (Paladines, 2016, pág. 6).

Retomando la polémica Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1990 o mejor conocida como Ley 108, se refirió que fue una de las más draconianas frente al consumo y esto no únicamente porque fue producto del acoplamiento a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1988, sino que su esencia se veía marcada por una filosofía prohibicionista y la prohibición no se enfoca en buscar alternativas para la prevención, sino que busca erradicar el consumo; “En otras palabras, imprime sobre los Estados la ilusión de que atacando a la venta minorista o el microtráfico se reduce el consumo y se afecta al narcotráfico.” (Paladines, 2016, pág. 5); y, una vez más se relaciona al consumo con criminalidad.

Se afirma que la Ley 108 es una de las más draconianas porque estableció un sistema de cero tolerancia con el consumo ya que si revisamos su estructura podemos ver que la misma se compone de siete artículos en donde se define su ámbito y objetivos; nueve artículos que conforman la parte orgánica; diez artículos referentes a prevención; nueve artículos referentes a la rehabilitación coercitiva; veinte artículos para el control administrativo; cuarenta y cinco artículos para la tipificación de delitos, sanciones y procedimientos penales; y, veintitrés artículos que regulan procedimientos penales por excepción; además, la ley creó el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP), el cual se planteó como la institución encargada de la prevención, que como veremos más adelante, fracasó; además esta ley vuelve a la policía antinarcóticos un gran actor dentro del proceso penal ya que mediante el parte policial se llega a incidir de manera determinante en el proceso y la sentencia (Paladines, 2016, pág. 21).

Sin embargo, el problema que se encuentra más arraigado hasta nuestros días es el del simplismo de la imputación, por la amplitud de verbos rectores con los que se cuenta, y esto mismo lleva a que la tenencia o posesión sean sancionadas de una manera tan desproporcional. Se ha dado un abuso en la redacción de verbos rectores y esta es considerada una de las características más notorias de las legislaciones en América Latina, y con esto lo único que se logra es ampliar tanto el espectro de punición que al empatar con una escala de penas se crea una red que lo atrapa todo; olvidando que en medio de esta “guerra” se encuentran los consumidores, además que en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1988 se establece que la posesión antes de enmarcarse como delito debe tener como objetivo la producción, comercialización, distribución, es decir lo que la propia convención determina como tráfico ilícito (Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988).

Esta ley tuvo varias reformas que de la misma manera fueron encaminando las políticas frente el fenómeno, sin embargo, tuvimos dos hechos que marcaron lo que parecía ser un nuevo enfoque frente al tráfico ilícito de sustancias; en primer lugar, tenemos el indulto conocido como “Indulto a las mulas del narcotráfico” el mismo que se dio el 4 de julio del 2008, por la Asamblea Constituyente, el cual permitió la liberación de 2.223 personas que debían cumplir con tres requisitos: a) haber recibido sentencia condenatoria; b) la cantidad de droga traficada no debía ser mayor a dos mil gramos, y; c) la persona debía de haber cumplido el 10% de la pena con un mínimo de un año de prisión (Paladines, 2016, pág. 26); esta medida tuvo un alto impacto en descongestionar el sistema carcelario, el cual empezaba a tener problemas, sobre todo benefició a la población femenina en prisión ya que un 30% de las personas indultadas fueron mujeres:

El indulto también contribuyó a la reducción de un 38% de la tasa de encarcelamiento en el país; de esta forma, pasamos de una media en 2007 de 130 a tener en 2009 menos de 73 presos por cien mil habitantes. El indulto abrió el camino para la aplicación de beneficios penitenciarios y la reducción del encarcelamiento preventivo...convirtiéndose en el ícono más emblemático de la (des)carcelización desde la vigencia de la Ley 108. (Paladines, 2016, pág. 26)

Lamentablemente esta fue una medida efectiva a corto plazo, ya que a largo plazo se requirió una solución distinta ya que como se manifestó la tasa de encarcelamiento en

2007 fue de 18.675 personas y para 2009 fue de 10.881 personas; sin embargo, el objetivo tuvo que ser que las personas no ingresen al sistema penal, y así se verifica el aumento estrepitoso entre 2010 y 2014, de 13.436 a 26.591 personas (Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con drogas, 2015).

En segundo lugar, como gran paradigma que enfrentaba el Ecuador, al entrar en vigencia su nueva Constitución, se estableció en su artículo 364 ciertas situaciones jurídicas como que las adicciones deben ser tratadas como un problema de salud pública, tratadas desde un enfoque de salud y ya no de penalización; la prohibición de criminalizar al consumo de sustancias ilícitas, y se reconoce que existen diferentes tipos de consumo, lo cual amerita distintos tratamientos. (Paladines, 2016, pág. 27)

Esto no llegó a empatar de inmediato con la legislación vigente y mediante políticas públicas y debates se alcanzó una reforma. Así en los años previos a la vigencia del Código Orgánico Integral Penal ese cambio tanto político, cuanto jurídico, frente al tratamiento del fenómeno del narcotráfico y sus consecuencias, no caló dentro de la sociedad ni mucho menos en las instituciones de policía que cada vez más estigmatizaron a los consumidores, lo cual ocasionó que se adopten grandes cambios dentro de la legislación ecuatoriana; el principal cambio fue que el Código Orgánico Integral Penal haya derogado todos los delitos y procedimientos penales que establecía la Ley 108; además fue fundamental que el COIP concuerde con lo establecido en la Constitución sobre la prohibición de criminalizar al consumo de sustancias ilícitas; se consiguió la tan esperada proporcionalidad en las penas al igual que la distinción entre autores y partícipes, de esta forma se rompe el injusto criterio de imponer penas a “mulas” como a líderes de bandas del narcotráfico, esto se logró mediante la categorización de tipos de tráfico, mediante las tablas que debía establecer la Secretaria Técnica de Prevención Integral de Drogas (SETED).

Esto se suponía que serviría para categorizar en escalas, la participación de los procesados, siendo estas mínima, mediana, alta y gran escala y de esta manera imponer una pena proporcional de acuerdo al tipo y cantidad de sustancia traficada. “Se rompe con la rigidez que en la ley anterior imponía indiscriminadamente la pena de doce a dieciséis con acumulación a veinticinco años de privación de la libertad.” (Paladines, 2016, pág. 33).

Este cambio de enfoque tanto legislativo como político permitió que sienta una verdadera transformación en cuanto a la lucha contra el tráfico ilícito de sustancias y su consumo, incluso llevó a que el país sea reconocido por la Organización de Estados Americanos en su informe “Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas.”

Sin embargo, es característico que nuestro país no puede mantenerse con criterios o políticas a largo plazo ya que, en septiembre del 2015, el expresidente Rafael Correa volvió a instaurar una política de persecución y prohibicionismo en el país, rompiendo con la apuesta sobre la prevención que hasta entonces se estaba construyendo y evitando que los consumidores sean castigados como micro traficantes, con penas proporcionales a su conducta; se instauró esta nueva política con el fundamento que los micro traficantes estaban protegidos por los umbrales que establecía la tabla del tráfico y que el consumo de heroína en jóvenes había aumentado estrepitosamente, esto fue acompañado una narrativa sensacionalista por parte de los medios de comunicación; esta demonización al consumo de heroína arrastró a que se cambie el enfoque político e incluso judicial, a través de una punición mayor, lo cual ocasiono el olvido del principio constitucional que prohíbe criminalizar el consumo. (Paladines, 2016) El expresidente se valió de tres mecanismos para esta reforma:

El órgano correspondiente para establecer las tablas de tráfico de sustancias, anteriormente el CONSEP, modifico en septiembre de 2015 dichas tablas, acercando cada vez más la delgada línea entre consumo y microtráfico; pues, lo que antes era tráfico de mínima escala se convirtió en mediana y, en ciertos casos, alta escala; lo que generó que los consumidores, generalmente de cannabis, sean procesados como micro traficantes. “Poco a poco el debate público invisibilizó los conflictos por el expendio y consumo de heroína para señalar al pequeño expendedor como el principal problema de la gestión política del gobierno.” (Paladines, 2016, pág. 40)

Desde la función judicial, mediante un fallo de triple reiteración por parte de la Corte Nacional de Justicia, en septiembre de 2015, se planteó la tan criticada resolución 12-2015, la cual establece que no se configura ni un concurso ideal ni real de infracciones, pero se debe realizar una acumulación punitiva cuando una persona incurra en uno o más verbos rectores con sustancias ilícitas distintas, establecidos en el artículo 220 del Código

Orgánico Integral Penal, acumulando la pena por cada sustancia ilícita con la que cuente el procesado; esta resolución fue el mecanismo que más estragos ha causado hasta la fecha, tanto para el sistema penitenciario del país como para las personas que han sido criminalizadas por ser consumidores; a esta resolución le corresponde un análisis mucho más detallado y profundo ya que el objeto de estudio de este proyecto de investigación es la determinación de la pena en el tráfico ilícito de sustancias y esta resolución establece un criterio que amerita ser planteado más adelante.

Desde la función legislativa, se promulgó la Ley de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, la cual acabó por establecer la estructura represiva y prohibicionista en nuestro país, aumentando de forma desproporcional las penas para mínima y mediana escala de tráfico de sustancias; convirtió la pena de mínima escala de dos a seis meses por la de uno a tres años y la de mediana escala que era uno a tres años en tres a cinco años de privación de libertad.

En junio del 2018 el presidente Lenin Moreno, mediante el decreto ejecutivo No. 376, suprimió a la Secretaría Técnica de Prevención Integral de Drogas (SETED), entidad encargada de emitir las tablas de tráfico de sustancias y de regular los proyectos de prevención de tráfico y consumo de drogas, así como encargarse de establecer los permisos necesarios para el uso de estas; mediante este decreto se dispuso que el Ministerio de Salud y el Ministerio del Interior sean los nuevos encargados del tema, trasladando todas sus facultades a estos; específicamente el Ministerio del Interior será el encargado del control de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y de emitir, con previo pedido y aprobación del comité interinstitucional, la tabla de cantidades de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, deberemos analizar si es correcto que este sea el organismo encargado o si se mantiene ese esquema represivo desde la institución encargada de tocar al fenómeno de las drogas desde la persecución y punición (El Comercio, 2018).

Este ha sido el camino que el Ecuador ha recorrido tanto en el campo legislativo, como en el campo de la política penal, se entiende que el país desde el inicio en la lucha contra el tráfico de sustancias ha mantenido una política criminal criminalizadora, y pese a llegar a conclusiones o estudiar los resultados de una política represiva y prohibicionista esta receta no es la correcta, ya que tiene mucha carga humana que tratar pues las personas que consumen deben ser tratadas desde la óptica de la salud pública y no criminalizadas;

se debe separar y demarcar el límite entre consumo y micro tráfico; se deben tener penas proporcionales para que los micro traficantes, pertenecientes a los estratos marginales de la sociedad, no sean reprimidos como lo debe ser un narcotraficante de mediana y gran escala.

Ecuador ha sido un país contradictorio ya que, si bien se vieron luces por un cambio al esquema de la lucha contra el tráfico de sustancias, hoy en día parece que repetimos los mismos errores, retrocedemos en lo que parecía un desarrollo progresista.

1.3 Legislación comparada entorno al tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Una vez analizada la legislación ecuatoriana y sus políticas podemos identificar claramente cuál es la posición del país en la actualidad frente al fenómeno socioeconómico que es el tráfico de sustancias ilícitas, además que nos servirá para determinar si existieron fallos en los razonamientos de la Corte Nacional de Justicia, pero lo importante que atañe a esta sección es conseguir una conclusión de la comparación entre los razonamientos y legislación de nuestro país frente a la legislación y doctrina internacional, ya que como sabemos este no es un fenómeno aislado, el narcotráfico llega a introducir sus tentáculos en cada Estado y llega a pervertir a cualquier estructura, incluso gubernamental; debemos analizar lo que ocurre en otros países y cuales han sido las medidas eficaces para solventar el tema, recordando que la receta de la represión y prohibicionismo no ha dado resultados; pues miremos a otros horizontes con el anhelo de alcanzar resultados diferentes.

Cuando pensamos en alternativas para este conflicto uno de los países precursores en plantear enfoques distintos al de la “*war on drugs*” de Estados Unidos, es Holanda, quien ha preferido la prevención antes que la represión y esto se puede evidenciar en sus políticas más no es de creer que difiere abismalmente en su legislación, como el imaginario colectivo suele creer que en los Países Bajos las drogas se encuentran legalizadas. Holanda parte de una distinción al tráfico de sustancias, en su Ley del Opio (Opiumwet), vigente desde 1928, se distingue entre drogas duras y drogas blandas, las primeras establecidas en la Lista I de mentada ley y las segundas en la Lista II (Opiumwet, 1928); se realiza esta distinción ya que se considera que las drogas duras llegan a causar un mayor riesgo a la salud que las drogas blandas y se opta por una política de prevención ante estas, es así como se puede normar de manera distintas el tipo de tráfico que existe

en el país, tolerando la tenencia de cannabis para consumo propio, hasta 30 gramos, y no calificándolo como delito sino como falta; además permite a las denominadas “coffeeshops”, cafeterías en donde la venta de cannabis y hachís es permitida siempre y cuando se sigan las condiciones estrictas establecidas por el gobierno; como no publicitar su venta, vender un máximo de cinco gramos a cada persona en un día, no servir alcohol, etc. (Rijksoverheid, 2019).

El resultado de esta política para el gobierno holandés es conseguir que los consumidores no entren en contacto con las drogas duras y las repercusiones que esto acarrea, minimizar la demanda de drogas y minimizar los riesgos del consumo a los consumidores. Es así como la política holandesa tiene por objetivo la prevención del consumo de drogas y la reducción de los riesgos que acarrear al consumidor (Revista Pensamiento Penal, 2008), esta es una propuesta distinta a la política represiva, ya que desde la distinción de las sustancias ilícitas se puede plantear soluciones que eviten que el consumidor sea confundido por un micro traficante e ingrese al sistema penal así se podrá evitar que se criminalice al consumo pero sobre todo permitiría que el gobierno se centre mucho más combatir a los medianos y grandes agentes del narcotráfico, esto es un problema que la actualidad enfrenta nuestro sistema penitenciario, el cual se encuentra sobrecargado, lleno de consumidores y de micro traficantes que deben afrontar penas desproporcionales; es menester pues analizar distintas legislaciones para determinar las características que nos lleven a plantear nuevas políticas y mecanismo para llegar a una correcta determinación punitiva frente al tráfico de sustancias ilícitas.

1.3.1 Legislación Alemana.

En este análisis se debe optar por estudiar legislaciones que no estén tan apartadas de la ecuatoriana, es decir tomando de ejemplo las políticas y legislación holandesa vemos como han tenido un desarrollo priorizando la prevención lo cual ha permitido desplegar las políticas y legislación mencionadas; no obstante, debemos recurrir a legislaciones similares en esencia pero que han desarrollado otros mecanismo y políticas que permiten combatir el tráfico de sustancias ilícitas.

Es así como en primer lugar se referirá a la legislación alemana ya que, a criterio del autor, Alemania se caracteriza por ser un potencia tanto económica, tecnológica y jurídica que basa muchas de sus políticas en estadísticas y el impacto que se ocasionan estas en la práctica. En Alemania tenemos al Código Penal Alemán (Strafgesetzbuch -

StGB), el cual su última reforma la vio en 1998, mantiene una estructura clásica dividiéndose en parte general y parte especial (Bundestag, Parlamento Federal de Alemania, Strafgesetzbuch - StGB, 1998), también está el Código Procesal Penal (Strafprozeßordnung - StPO) el cual regula todo lo relativo al procedimiento, principios, sistema penitenciario, etc.

Estas leyes podrían ser analizadas como la normativa general referente al tráfico de sustancias, pese a lo manifestado en ningún lugar de estas codificaciones podemos encontrar al tráfico de sustancias tipificado como delito o sus penas, sino que se tiene una ley particular para el efecto la Ley de Estupefacientes de Alemania (Betäubungsmittelgesetz – BtMG), en esta ley se regula tanto las definiciones correspondientes a la materia, los procedimientos de autorización, delitos y faltas como el sistema de rehabilitación de los delincuentes dependientes, además cuenta con dos anexos en donde se detallan las sustancias que regulan, que la misma ley las denomina como narcóticos, es decir es una ley regulatoria y administrativa para normar el comercio de estupefacientes y el tráfico de los mismos.

Ahora bien la similitud que compartimos con la normativa alemana es la de prohibir la criminalización del consumo y la punición por compra o posesión; prohibición que llega a ser real en la práctica por los mecanismos que prevé esta ley, es decir en Alemania la posesión para uso personal que no afecte a terceros es sancionada como falta y no como delito lo cual permite que el consumidor no entre al sistema penal, cabe detallar es que en esta ley se establece una proporcionalidad idónea de acuerdo al delito o falta que puede ser desde multas hasta la pena privativa de libertad (Stöver, Michels, Wersé, & Pfeiffer-Gerschel, 2019).

La sección 29 de la BtMG establece una pena privativa de libertad de hasta 5 años a quien cultive, fabrique, comercie, comercialice, importe, exporte, venda, compre, entregue, distribuya o adquiera por cualquier modo cualquier narcótico (Ley de Estupefacientes - Betäubungsmittelgesetz - BtMG, 1981); es apreciable que, en el sistema penal alemán, el manejo de las penas se da en virtud de un máximo a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico en donde se determina la pena de entre un mínimo a un máximo; al mismo tiempo hay que establecer que en Alemania pese a que exista la cadena perpetua, la pena máxima por conductas graves es hasta 15 años, lo cual denota como el sistema penal alemán, pese a tener mecanismos severos, trata al tráfico de sustancias ilícitas desde un enfoque distinto, otorgando mecanismos que no criminalicen el consumo.

El mayor desarrollo de esta legislación lo podemos verificar en la sección 31 y 31a, en donde se establece la posibilidad de no iniciar el proceso penal por el consumo de sustancias estupefacientes, en determinadas circunstancias, como cuando la conducta en cualquiera de los verbos rectores, se manifiesta teniendo por objeto pequeñas cantidades para uso exclusivamente personal, además de que la conducta del sujeto activo sea establecida como leve y no exista un interés público para procesarlo (Ley de Estupefacientes - Betäubungsmittelgesetz - BtMG, 1981).

Este mecanismo se complementa con que casi todos los estados federados han establecido límites en cuanto a las pequeñas cantidades respecto al cannabis, siendo esta la droga más consumida en Alemania (La regulación del cannabis en Europa: Informe sobre Alemania, 2019, pág. 2). Es así como Alemania, siendo un país en donde existe punición al tráfico de estupefacientes, en donde la estructura típica de la conducta es similar a la nuestra, se puede verificar una verdadera prohibición a la criminalización del consumo de estupefacientes, principalmente desde la manera para determinar la pena y mediante mecanismos, expuestos anteriormente, que permiten interrumpir el inicio del proceso penal y penas proporcionales a las conductas delictivas; sin lugar a dudas el enfoque de su legislación y políticas es la prevención y no la represión.

1.3.2 Legislación Chilena.

Chile es reconocido como un país con un gran desarrollo económico y tecnológico, con Brasil, son los países más desarrollados en la región; pero Chile en la actualidad parece tener un futuro prometedor, para adentrarnos al marco jurídico que nos compete podemos identificar como norma sustantiva en materia penal al Código Penal de la República de Chile, reformado por última vez en el 2001, este código se encuentra dividido en tres libros que contienen la parte general, parte especial y una parte dedicada a las faltas o contravenciones.

El procedimiento penal se encuentra vigente el Código Procesal Penal de la República de Chile; al analizar esta normativa podemos identificar ciertas diferencias de este ordenamiento jurídico con el propio; para determinar las penas se sigue una tabla en donde se establece la pena, entre presidio mayor, inhabilitación absoluta y temporal, presidio menor, suspensión de cargo y prisión, una vez determinada la pena se cuenta con una escala de grados entre mínimo, medio y máximo y así se establece la pena; llegando a ser la mayor de entre quince a veinte años de privación de libertad, sin embargo en la

legislación chilena se prevé como pena máxima el presidio perpetuo calificado y simple, siendo el primero un régimen especial en donde el reo cumplirá un mínimo de 40 años antes de optar por la posibilidad de libertad condicional y sujeción a demás condiciones, mientras que la simple limita esta posibilidad a un mínimo de 20 años antes de tener la posibilidad de optar por algún beneficio penitenciario (Código Penal de la República de Chile, 1874).

Sin embargo, dentro de estas dos normativas no se encuentra regulado el tráfico de estupefacientes, el cual tiene su normativa particular, la Ley que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas en Chile o Ley 20.000; como similitudes a nuestra legislación podemos apreciar que el consumo personal no es punible, sin embargo, este debe ser privado, pues el consumo en grupos sí lo es, además hace una diferenciación entre tráfico y microtráfico con penas distintas, así tenemos en su artículo 1 que se entiende por traficante la persona que sin contar con el permiso correspondientes elabore, fabrique, transforme, prepare o extraiga sustancias estupefacientes, productoras de dependencia, capaces de provocar daños a la salud; la pena para esta conducta es de 5 años y un día a 15 años; mientras que para el microtráfico se establece:

Art. 4.- El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo (...) (Ley No. 20.000, 2005)

Es decir, la pena sería de 541 días a 5 años, pero si se demuestra que es para consumo personal o tratamiento médico la conducta ya no es punible; esto quedará a criterio del juzgador, y aquí radica el problema puesto que al no existir un mecanismo técnico o un umbral que permita identificar plenamente a un consumidor de un micro traficante, se puede caer en errores como en la legislación ecuatoriana. Como se puede evidenciar la legislación chilena mantiene un esquema de mano dura frente al tráfico de estupefacientes, incluso con penas mayores que a las nuestras; esto ha dado un giro en los últimos años ya que Chile se ha convertido en el país pionero en cultivo de marihuana en

América Latina, para fines científicos y terapéuticos, además que se debate un proyecto de ley respecto a la tenencia y porte, estableciendo como cantidades permitidas hasta 10 gramos.

Chile es otro país en donde no se penaliza al consumidor de sustancias estupefacientes, siempre que se demuestre esta calidad y sea en un espacio privado, sin embargo, es una legislación que por su estructura tiene penas más severas que las de nuestra legislación y al momento de compararlas se evidencia la falta de políticas y mecanismos técnicos que impidan que se dé inicio al proceso penal al igual que alternativas para las penas al microtráfico.

1.3.3 Legislación Colombiana.

Para poder concluir este análisis sobre la normativa internacional al tráfico de estupefacientes, se ha optado por elegir a un país que guarda varias similitudes a nuestra legislación, pero se diferencia de manera abismal por los criterios de su corte constitucional; nos referimos a Colombia, país que posee un marco jurídico similar a los ya analizados; nos compete recalcar las diferencias, características y falencias. Así tenemos al Código Penal de Colombia o Ley 599 de 2000, el cual se encuentra dividido en su parte general y parte especial; el Código de Procedimiento Penal el cual regula normas relativas al procedimiento y demás; asimismo se cuenta con una normativa particular que regula el tráfico de estupefacientes es el Estatuto Nacional de Estupefacientes o Ley 30 de 1986; esta es la normativa relativa al tema la cual amerita establecer ciertas cercanías que mantiene con la legislación ecuatoriana.

En primer lugar, ambos países tipifican los delitos relativos al tráfico de estupefacientes en sus códigos penales y la regulación especial para la utilización autorizada por el Estado, en una ley particular; igualmente en Colombia se segmenta al delito de tráfico que cuenta con una pena base que puede modificarse dependiendo de la cantidad de sustancia, por lo que al igual que en nuestro país el tráfico de estupefacientes es punible mediante escalas.

En el artículo 376 se fija una pena de 8 a 20 años quien: “sin permiso de autoridad competente transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia...” (Código Penal de la República de Colombia, 2000); si la cantidad de droga no excede los 1000 gramos de marihuana, 200 gramos de hachís, 100 gramos de cocaína, 20 gramos de

derivados de amapola o 200 gramos de metacualona la pena será de 4 a 6 años de prisión; y en caso de que la cantidad de droga exceda las cantidades antes mencionadas sin pasar de los 10.000 gramos de marihuana, 3.000 gramos de hachís, 2.000 gramos de cocaína, 60 gramos de derivados de amapola o 4.000 gramos de metacualona la pena será de 6 a 8 años de prisión (Código Penal de la República de Colombia, 2000); cabe recalcar que en Colombia se tiene una acumulación de penas hasta 40 años, no obstante las diferencias en la proporcionalidad de las penas son rotundas y esto vuelve a Colombia un país contradictorio.

Ahora bien, esta legislación llega a diferenciarse de manera abismal frente a la nuestra por el tratamiento que se le da al consumidor ya que el consumo en Colombia no es punible, similar en nuestro país, pero aquí la posesión para consumo personal es mucho más desarrollada, lo que fue un mecanismo pionero en la región ya que la Corte Constitucional de Colombia mediante su fallo C-221 del 5 de mayo de 1994, despenalizó el consumo y estableció que una persona no puede ser sujeto de sanción si esta posee o mantiene la dosis mínima para el consumo personal ya que se estaría vulnerando su derecho al libre desarrollo de la personalidad (Sentencia C-221, 1994); es así como la dosis personal mínima se encuentra plenamente regulada tanto en resoluciones de la Corte Constitucional como en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, que en su artículo 2 literal j) establece que una persona puede portar o conservar para su consumo hasta 20 gramos de marihuana, 5 gramos de hachís, 1 gramo de cocaína o sus derivados y 2 gramos de metacualona (Ley 30 de 1986, 1986).

Estas medidas no han dejado de ser criticadas y como ya lo analizamos existieron presiones internacionales para combatir con mano dura al fenómeno de las drogas, especialmente en los países productores como lo es Colombia es así que, en 2009, mediante una reforma constitucional se implementaron políticas de represión al consumo; sin embargo, la Corte Constitucional ha sido clara y reiterativa mediante su sentencia C-491 de 2012 en la que volvió a establecer la despenalización de la dosis personal.

Así también en 2016 Colombia se unió a los países que regulan el cultivo, producción y venta de productos a base de cannabis con fines terapéuticos y medicinales (Palomino, 2015), estos avances han demostrado que desde un enfoque distinto se puede conseguir mejorar la condición de los consumidores y redireccionar los recursos en la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes, sin embargo el presidente Iván Duque emitió el decreto 1844 de 2018 que reglamenta al Código de Policía, que regula el

decomiso y consumo de estupefacientes en espacios públicos, este tema ya tuvo un pronunciamiento de la Corte Constitucional que declaró de inexecutable dos artículos de dicho decreto (El Espectador, 2019); sin embargo a pocos días del fallo se aprobó una ley que busca regular el porte y consumo en espacios públicos, sobre todo en parques y alrededores de colegios (Cantillo, 2019).

Esto nos demuestra que este es un país en donde se toman en serio las reformas, se han optado por alternativas a la represión, su Corte Constitucional vela por los derechos proclamados y no se da a las presiones políticas; nuestro país debe aprender de estos análisis, de las políticas adoptadas en otras sociedades para acoplarlas a la nuestra es así como respondemos con alternativas al fenómeno del tráfico ilícito de drogas, en primer lugar se debe tener claro que en Ecuador no se penaliza al consumo, por lo que se debe optar por políticas públicas que se enfoquen en la prevención por encima de cualquier cosa, que no se busque tratar con una desproporcionalidad tajante al microtráfico, ya que en su mayoría los procesados pertenecen a estratos sociales marginales, es así como se deben enfocar los recursos en combatir a los grandes actores del narcotráfico y así no saturar al sistema penitenciario, que hoy enfrenta serios problemas, asimismo se deben regular el porte o tenencia, así no se criminaliza al consumidor.

Sin embargo el único documento que se posee sobre la dosis personal es la resolución 001 de 2013 del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP); organismo que se encuentra suprimido y sus facultades divididas entre el Ministerio de Salud y Ministerio de Interior, actualmente llamado Ministerio de Gobierno, no obstante, dicha resolución se encuentra vigente por lo que se debería regular de una forma más técnica y docta a la dosis personal; ya que esta si es sometida a interpretación la resolución podría ser entendida más como una recomendación del entonces Ministerio de Salud.

Hoy en día se necesita una regulación clara y precisa de la dosis personal, para así constituir una arma efectiva para los tribunales al momento de resolver procesos sobre tráfico de sustancias; hoy en día es admisible la tenencia de 10 gramos de marihuana, 2 gramos de pasta de base de cocaína, 1 gramo de clorhidrato de cocaína, 0.1 gramo de heroína, 0.015 gramo de MDA o Metilendioxifenetilamina, 0.015 gramo de MDMA o éxtasis y 0.040 gramo de anfetaminas (Resolución 001 CONSEP-CO-2013, 2013).

Entonces cabe preguntarse por qué el Ecuador es un país contradictorio, cuál es el objetivo que se pretende alcanzar, ya que si optamos por medidas se debe tener clara la

finalidad de las mismas, como fue expuesto frente al tráfico ilícito de estupefacientes se puede priorizar dos caminos para desarrollar toda una política frente al problema; la prevención o la prohibición, especialmente frente al consumo, es decir prevenir el consumo o prohibir el consumo; si seguimos el camino de la prohibición debemos aprender de experiencias pasadas ya que sabemos que ese camino, al ser mal llevado lo que genera es represión, una represión mediante el aparataje penal, tanto a consumidores como criminales; los resultados de estas medidas se pueden observar hoy en día y nuestro sistema carcelario ha sufrido graves intervenciones, principalmente por el sobre poblamiento de las cárceles ecuatorianas.

Por lo tanto, queda claro cuál es el rumbo que se debe de seguir, las alternativas; en ese sentido, la prevención será la clave que nos permita combatir al fenómeno de las drogas desde varios enfoques, no únicamente con la fuerza del derecho penal, es así que debemos priorizar en la agenda política de hoy en día estos cuestionamientos que nos permitan cambiar las políticas, resoluciones y normativas que se han empeñado en la represión y optar por alternativas precisas que enfatizan en la prevención.

1.4 Análisis al tipo penal tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Teniendo en cuenta lo previamente analizado hay que enfocarnos en el objetivo de este proyecto de investigación, puesto que una vez que se ha expuesto el desarrollo legislativo y político tanto fuera como dentro del Ecuador, podemos entender los distintos fundamentos, objetivos y características de la lucha frente al tráfico ilícito de estupefacientes y cuáles son los mecanismos, que hoy en día surten los efectos deseados, es de esta manera que se podrá tener un entendimiento respecto al tema y así adentrarnos en el estudio correspondiente al derecho penal, puesto que el objetivo de esta proyecto es la determinación de la pena frente a un tipo penal específico, por lo que cabe un análisis correspondiente a la doctrina penal pormenorizando las categorías sustanciales de la teoría general del delito así como los elementos que estructuran el tipo penal en cuestión.

1.4.1 Categorías principales de la teoría del delito que interviene en el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Para poder realizar el análisis pormenorizado subsiguiente, es necesario estudiar los fundamentos doctrinarios que a futuro permitirán sustentar las críticas planteadas a las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia, es así como debemos tener presente al estudio general del derecho penal, el cual basa todo su desarrollo en el estudio del delito, así se han ido desarrollando las distintas teorías que permiten sustanciar los diversos problemas que atañen al derecho penal, todos estos derivados del delito; es menester pues analizar cuáles son los principios doctrinarios y teorías que nos permitirán tener un conocimiento más docto para tener la oportunidad de criticar a las resoluciones de la Corte Nacional y entender si estas resuelven los problemas jurídicos planteados o no lo hacen.

Dentro de la parte general del derecho penal se encuentra el desarrollo de la teoría general del delito, la cual es de suma importancia para estudiar de una manera técnica al delito, su principal objetivo, como lo expone el catedrático español Francisco Muñoz Conde:

Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros (...) tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito. (Muñoz Conde, 2000, pág. 1)

A la final lo que se pretende es establecer un sistema penal estructurado, un sistema de derecho penal que agrupe los principios, elementos, categorías, criterios, interpretaciones etc.; que proporcionen sustento al pensamiento penal, es decir crear y desarrollar lo que se conoce como dogmática jurídico-penal. Es pues, la teoría general del delito la encargada de plantear el análisis dogmático, necesario, antes de enfocarnos en el análisis especial del tipo y para esto cabe mencionar, de manera muy sucinta a dos axiomas, la imputación y las categorías que estructuran el concepto del delito.

Frente a la imputación debemos referirnos a ella en líneas generales que faciliten una comprensión sencilla al lector y que estimule al mismo adentrarse en el tema. Tomando en cuenta que el derecho penal únicamente sanciona acciones penalmente relevantes, es decir acciones, tipificadas, que al cometerse producen una alteración en el exterior, esta alteración es el resultado, dicho resultado se debe atribuir a la persona responsable de la acción; por lo que la imputación es “la relación de causalidad entre acción y resultado, o

si se prefiere, la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado es, por lo tanto, el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad (...)” (Muñoz Conde, 2000, pág. 258). Este concepto llega a verse sencillo cuando se está frente a un delito de resultado, sin embargo, no todos los cursos causales llegan a ser tan claros, por esto es que la doctrina ha creado distintas teorías que permiten resolver el tema, más esto no corresponde a la presente investigación.

Por lo tanto, podemos deducir que la imputación penal conlleva un proceso lógico y racional, el cual es tan importante pues determina si una persona es responsable o no de un delito este ejercicio se realiza en conjunto con las categorías que estructuran a la teoría general del delito, ya que sin imputación objetiva, la atribución quedaría a discrecionalidad del juzgador o del Estado; por lo tanto la imputación es la base del sistema penal y es esta, un proceso racional que como lo manifiesta el maestro Edgardo Alberto Donna “la racionalización de la imputación, que de eso se trata la imputación penal, es uno de los temas básicos del Derecho y según cómo se realice esta imputación es lo que definirá a un Estado como democrático o totalitario.” (Donna, 2008, pág. 10). Debemos de entender a la imputación como un concepto o axioma general que abarca el análisis a los demás elementos o categorías de la teoría del delito.

El segundo tema previo al análisis del tipo indudablemente debe ser las categorías de la teoría general del delito, estos se podrían denominar como los elementos que constituyen ese sistema racional antes mencionado que permite una imputación penal oportuna y una descripción de las características en común de los delitos; en palabras sencillas el delito presenta dos tipos de juicios de desvalor, llamados también niveles de imputación, en un primer momento tenemos un juicio de desvalor que recae sobre el hecho o conducta humana y un segundo juicio de desvalor que se realiza sobre el autor de ese hecho (Muñoz Conde, 2000), este es el criterio que fundamenta que en cada juicio existen categorías o elementos, para el catedrático Muñoz Conde existen dos grandes categorías que son la antijuricidad y culpabilidad, y la acción está incluida dentro de la primera categoría, en cambio el jurista Maurach establece que al primer juicio de desvalor se lo llama injusto o antijuricidad y al segundo culpabilidad, otros juristas plantean que las categorías son la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad y que la acción o conducta humana es el punto de partida de la teoría del delito.

Esto permite ejemplificar que cada autor y jurista tendrá su propia estructura del delito pero a lo largo de los años y gracias al desarrollo de las escuelas alemanas del siglo

XX se han replicado características comunes, las cuales nos permiten intuir el concepto de delito entendido como la acción u omisión tipificada por la ley penal que al ser contraria al ordenamiento jurídico, en su conjunto, debe ser atribuida a la persona responsable para su punición; de este concepto obtenemos que esos elementos comunes o categorías son la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, en ciertos casos existen otros elementos adicionales como por ejemplo la penalidad (Muñoz Conde, 2000).

Como fue antes mencionado, esta investigación se centra en la determinación punitiva sobre un tipo penal en específico, el tráfico ilícito de estupefacientes, por lo que no es necesario ahondar en las categorías del delito mucho menos en los diversos problemas dogmáticos que presentan, muchos de ellos ya superados, pero vale la pena destacar dos de ellas en términos generales, ya que al analizar al tipo penal estas categorías llegan a tener un gran impacto en el desenvolvimiento de esta conducta.

1.4.1.1 Acción.

Esta es la categoría base de la teoría del delito, ya que de esta se proyectan todas las demás, pues es lógico entender que solo se debe perseguir las acciones penalmente relevantes, es pues la conducta humana el origen de la reacción jurídico-penal y el objeto que al integrarse las demás categorías forjan el delito (Muñoz Conde, 2000). Cabe recalcar que nuestro derecho penal es de acto y no de autor, esto permite que no se pueda determinar como delito las ideas, pensamientos o intenciones, salvo estas se manifiesten mediante actos externos. A esta conducta humana le corresponden actos positivos como omisiones, ambos comportamientos son relevantes para el derecho penal, pero para nuestro análisis, nos concentraremos en la acción positiva o acción en sentido estricto, teniendo presente que la dogmática al emplear el término acción, incluye a la omisión.

A la acción la desarrollan distintas teorías, nosotros usaremos la teoría final de la acción, propuesta por el profesor Hans Welzel, a principios de los años 30, por la cual es considerado el padre del finalismo; este criterio plantea que todo comportamiento humano depende de la voluntad y esta voluntad siempre implica una finalidad, es así como Welzel plantea que la acción humana es ejercicio de la actividad final.

La “finalidad” o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. (Welzel, 1987, pág. 53)

Dicho de otro modo, no se concibe que una acción no esté dirigida por un fin, esto se lo entiende como el contenido de la voluntad, es decir lo que el sujeto haya querido; de esta manera para estructurar esquemáticamente a la acción o más bien a la dirección final se la debe de plantear desde dos etapas.

Una primera etapa acontece en la esfera del pensamiento del autor, en la cual el sujeto de manera anticipada se propone un fin, para ejecutar este fin selecciona los medios necesarios para su consumación, estos medios únicamente pueden ser elegidos a partir del fin y así es como el autor al saber qué es lo que quiere dirige toda su voluntad para la culminación del fin planteado; cabe indicar que también se debe de considerar los efectos concomitantes que se encuentran vinculados a los medios seleccionados y a la obtención del fin propuesto ya que mediante estos el autor puede llegar a replantearse el fin o los medios seleccionados para su realización y solo cuando el autor los acepte de probable producción, estos efectos concomitantes, pertenecen a la acción (Welzel, 1987).

Así tenemos una segunda etapa, externa, en la que el autor una vez que se ha propuesto el fin, seleccionado los medios para su consumación y examinado los efectos concomitantes, ejecuta la acción en el mundo externo tal y como lo planeo o imaginó, este ya es un proceso causal, pero siempre determinado o dirigido por el fin propuesto por el autor; únicamente se realiza una valoración penal sobre cualquiera de las fases de la acción cuando la acción se ha realizado en el mundo externo, ya que el fin puede ser irrelevante para el derecho penal, pero sus medios o efectos concomitantes si pueden llegar a ser relevantes (Muñoz Conde, 2000). Es pues la acción final la categoría inicial de la teoría del delito y a partir de este punto se podrá analizar tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; es un camino que al transitarlo nos permite realizar un juicio de reproche racional, sobre el autor.

1.4.1.2 Tipicidad y Tipo Penal.

Al analizar la siguiente categoría es primordial mantener los conceptos claros entre tipicidad y tipo; pues recordemos que el tipo penal es un logro alcanzado por el derecho penal liberal que se mantiene estrechamente vinculado con el principio de legalidad y en que nadie puede ser juzgado o sentenciado si no existe la ley que califica, esa conducta, como delito.

Aquí toma gran relevancia el bien jurídico, pues como sabemos el derecho penal busca proteger esos valores jurídico, tan importantes para la sociedad, que cuando son

violentados activan el poder punitivo del Estado; la única forma de afectar un bien jurídico es mediante una conducta, por lo tanto de todos los comportamientos que violentan o amenazan el bien jurídico deben ser descritos por la norma penal así se cumplirá con el principio de legalidad para sancionar dicha conducta; por lo tanto debemos entender al tipo penal como una figura conceptual que sirve para describir una conducta, que violenta o amenaza un bien jurídico protegido y es la norma penal la que prohíbe mentada conducta (Muñoz Conde, 2000).

La tipicidad en cambio se refiere a la subsunción de los hechos al tipo penal, es decir la adecuación de la conducta a lo que se encuentra descrito en la norma penal; “Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.” (Muñoz Conde, 2000, pág. 40).

Por lo tanto, en esta categoría se debe ser minucioso al reconocer cuales son las figuras que intervienen, pues la tipicidad es una categoría que engloba a bien jurídico, norma penal y tipo penal, elementos que se encuentran íntimamente relacionados; así para que el delito llegue a configurarse es necesario que la acción que se realice coincida, de manera objetiva y subjetiva, con lo descrito por el tipo penal y a más de ello contravenga al ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir que no medie causa de justificación alguna. (Donna, 2008).

El concepto de tipo penal fue elaborado por Beling, desde los inicios de la teoría del tipo, su enfoque fue distinguir entre antijuricidad y culpabilidad; así el tipo penal cumple con tres funciones primordiales; en primer lugar, cumple una función de garantía ya que el poder punitivo se encuentra imposibilitado de actuar mientras no cumpla con una conducta que encuentra prevista en un tipo penal, así es como se garantiza el cumplimiento del principio de legalidad y el tipo se convierte en un límite al poder punitivo del Estado.

También el tipo cumple con una función seleccionadora ya que se empeña en elegir las conductas penalmente relevantes y así desempeña su función motivadora, ya que al describir los comportamientos penalmente relevantes, también se conmina a los ciudadanos no realizar las conductas prohibidas, ya que estas acarrearán una pena (Donna, 2008); también se habla de una función indiciaria del tipo penal, en la que el tipo establece un indicio de antijuricidad de la conducta, se llega a dar un juicio previo, en cuanto a la

antijuricidad, pero este debe ser analizado a la luz de esta categoría, indicando que el tipo penal y la antijuricidad se encuentran vinculados.

1.4.1.3 Tipos penales incongruentes.

La teoría del tipo ha permitido el estudio y clasificación de los tipos penales, base del derecho penal especial; su clasificación es de suma importancia ya que permite categorizar y caracterizar a los tipos penales, se hace alusión ya que considero que el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización llega a encasillarse dentro de un género en particular, los tipos penales incongruentes, por lo que, ¿Qué debe de entenderse por congruencia de los tipos penales? Pues como ha sido explicado, el tipo penal es una figura conceptual que tiene un esquema complejo, posee un aspecto objetivo y otro subjetivo, llámense elementos descriptivos y normativos los primeros, mientras que su aspecto subjetivo se enfoca en el dolo y la culpa, esto a rasgos generales; por lo tanto la congruencia del tipo penal plantea que debe existir armonía entre la esfera objetiva y la esfera subjetiva del tipo, el principio general será que el tipo objetivo se encuadre dentro de lo que el autor piensa y ejecuta, lo que es abarcado por el tipo subjetivo, así serán congruentes y paralelos (Maurach & Zipf, 1994).

Empero, cuando esta congruencia objetivo-subjetiva se encuentre alterada concurren los tipos incongruentes de los cuales se destacan dos clases; la primera es cuando el tipo subjetivo sobrepasa los presupuestos del tipo objetivo, es decir la voluntad del autor se sobrepone al dolo y lo rebasa, Donna menciona ciertos casos en los que sucede esta eventualidad, los que merecen nuestra atención son los llamados delitos de intención que exigen al autor una finalidad que exceda claramente al dolo, en palabras del jurista:

Se trata de tipos penales mutilados en varios actos, donde el tipo exige una acción inicial que esté dirigida a un actuar posterior. Dicho de otro modo, son casos en los que el hecho es querido por el agente como un medio para la obtención de otro fin. (Donna, 2008, pág. 386)

La otra clase de tipos penales incongruentes son los que el tipo objetivo supera al tipo subjetivo, llamados delitos calificados por el resultado, como ocurre en el caso del homicidio preterintencional, donde se exige que el dolo alcance un primer resultado, pero el tipo objetivo requiere la producción de otro resultado, más grave; en el ejemplo el autor

ejecuta su acción con el fin de causar un daño en el cuerpo, pero el tipo objetivo exige como condición la muerte de la víctima (Donna, 2008).

Por lo tanto, existe suficiente sustento dogmático para manifestar que el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, es un tipo incongruente, fue creado de esta manera, ya que si bien se cuenta con varios verbos descriptivos de conducta, todas estas buscan un fin, el tipo subjetivo supera al tipo objetivo, esa finalidad es la de traficar estupefacientes; dicho fin no se encuentra claramente establecido, pero eso es lo que se deduce del tipo penal, puesto que nuestra legislación no penaliza al consumidor.

Pero que se entiende por traficar, según el diccionario de la lengua española, el verbo intransitivo traficar significa comerciar, negociar con el dinero y las mercancías, hacer negocios no lícitos (RAE, 2014), es decir el fin que busca el autor del tipo penal, es generar un beneficio económico mediante el tráfico de las sustancias; existe un problema ya que este tipo penal se torna más complejo ya que en nuestra legislación se debe tomar en cuenta la cantidad y el tipo de sustancia para determinar la pena, este particular será analizado cuando se estudien las resoluciones de la Corte Nacional; pero debemos tener claro que es este tipo penal exige una finalidad, partiendo desde la dirección final de su autor podemos esgrimir si su voluntad se ajusta al tipo penal, más allá de su cantidad, por lo que se debe siempre considerar las circunstancias concretas del caso, más allá de la cantidad.

1.4.2 Bien jurídico.

Una vez que hemos abordado el tema referente el tipo penal, cabe mencionar que su análisis quedaría inconcluso si es que no nos referimos al bien jurídico, puesto que como se expuso, tanto el tipo penal, la norma y el bien jurídico se encuentran estrechamente relacionados por lo que se afirma que el bien jurídico es el centro de toda la construcción del tipo penal, ya que este se encarga de proteger dichos bienes mediante la tipificación de conductas que los amenazan o violentan; juristas como Muñoz Conde o Donna consideran que no es posible interpretar el tipo penal sin recurrir a la noción de bien jurídico ya que este mantiene una función inminente, “esta función posibilita la interpretación de los tipos penales al tiempo que deja abierta la vía del análisis y cuestionamiento del Derecho positivo en cuanto al valor individual o colectivo que debe ser protegido.” (Donna, 2008, pág. 123).

Por lo tanto, el bien jurídico es el valor, que por ser tan relevante para la sociedad, es protegido por la norma penal frente acciones que pueden dañarlo, es una cualidad positiva que se atribuye a determinados intereses, por lo tanto los crea la ley y no se encuentra preexistente a ella misma, esta noción es también utilizada como criterio de clasificación entre distintos tipos penales, respecto a que bienes jurídicos se están protegiendo (Muñoz Conde, 2000). En tráfico ilícito de sustancias, es importante determinar cuál es el bien jurídico protegido ya que actualmente este puede llegar a ser muy discutido, en el Ecuador el bien protegido es la salud pública, un bien colectivo al cual nos referiremos a continuación juntamente con la estructura el tipo penal.

1.4.3 Estructura y composición del tipo penal tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Al analizar las categorías que intervienen en el tipo penal, materia de estudio, llegamos a conocer que este puede estar conformado de ciertos elementos, es pues el tipo penal una construcción conceptual la cual debe ser expresada de un modo preciso para deducir con claridad la conducta prohibida, pues como lo vimos no todo tipo penal posee una construcción sencilla; en rasgos generales se ha planteado que el tipo posee elementos objetivos y subjetivos, los primeros se encargan de estructurar y plantear la conducta con sus particulares, así por ejemplo tenemos elementos normativos o descriptivos; mientras que el elemento subjetivo está compuesto por el dolo o culpa; lo que se analizará en esta sección es como el tráfico de sustancias catalogados sujetas a fiscalización se estructura, desde el ámbito objetivo del tipo, esto se puede realizar ya que existen ciertos elementos que suelen ser constantes en la composición de la gran mayoría de tipos penales como lo son el sujeto activo, acción o verbo rector, sujeto pasivo, bien jurídico y objeto material (Muñoz Conde, 2000).

El tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se encuentra tipificado en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal dentro de la sección referente a los delitos contra la salud, se aprecia cual es el bien orientado a proteger, únicamente compete centrarse en su numeral primero y último inciso, así dicho artículo establece:

Artículo 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. -

La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente:

1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

- a) Mínima escala de dos a seis meses.
- b) Mediana escala de uno a tres años.
- c) Alta escala de cinco a siete años.
- d) Gran escala de diez a trece años. (Código Orgánico Integral Penal, 2016)

El primer elemento es el sujeto activo, toda conducta prohibida es realizada por un autor, este elemento nos sirve para determinar si el tipo requiere una calidad especial en el autor o si este puede ser común, por lo tanto, se refiere a “la persona que directa o indirectamente” siendo este un sujeto activo genérico, cualquier individuo puede realizar esta conducta, además se agrega un elemento necesario el cual determina que dicha conducta sea realizada sin la autorización correspondiente.

El segundo elemento que encontramos es la acción del tipo penal, este es el núcleo del tipo que se lo suele configurar mediante un verbo, se lo denomina verbo rector (Muñoz Conde, 2000); dentro del delito analizado tenemos una variedad de conductas, pero estas no deben ser confundidas con el verbo rector del tipo, pues solamente son conductas descriptivas como fue expuestos en secciones pasadas; así el tráfico es el verdadero núcleo de este tipo por lo que no existen trece verbos rectores, únicamente el tráfico, es decir el tipo penal describe conductas que si su finalidad es el tráfico, ese momento es configurara el delito; este es pues un delito de mera actividad pero también un tipo penal incongruente, ya que requiere la configuración de la finalidad de traficar. Se puede intuir lo formulado ya que en su último inciso claramente se determina que ni la tenencia o posesión para uso personal de sustancias estupefacientes será punible.

Es claro que el legislador construye este tipo penal a partir de la idea de prohibición y represión al consumo puesto que sanciona todo comportamiento que se ve vinculado a él, es decir que se amplía el concepto de posesión no únicamente destinada al tráfico, sino a sus fines, el uso personal o consumo como tal, puesto que no existe una clara descripción de que se entiende por consumo personal; se suele plantear que la

posesión destinada al tráfico supera las cantidades previstas para el consumo personal (Muñoz Conde, 2015) y ahí radica el problema de nuestra legislación, ya que no se ha dado la importancia debida para establecer una tabla actualizada sobre el consumo, pues como fue expuesto se mantiene una resolución de una entidad que a la fecha no existe más, me refiero a la resolución 001 CONSEP-CO-2013, este es el unico parametro para que nuestros jueces pueda diferenciar y detemrnar una pena en caso de congigurarse el tipo; expedir una nueva tabla de consumo debe ser prioritario en la agenda legislativa en la actualidad.

A continuación encontramos el objeto material, el cual suele ser confundido con el bien juridico protegido, sin embargo este no es más que el objeto en el mundo exterior sobre el cual recae la acción típica (Muñoz Conde, 2015), en nuestro caso tenemos como objeto material a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan; se manifestó que el numeral uno será el que nos interese puesto que el segundo numeral determina la misma actividad pero tiene otro objeto material, estos son los precursores químicos o sustancias químicas específicas, añadiendo una finalidad particular la cual es el tráfico de estas sustancias para la elaboración ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Son pues las sustancias estupefacientes y psicotrópicas el objeto sobre el cual recae la acción del autor, pero cabe preguntarse por qué han sido elegidas estas sustancias, y la respuesta se encuentra estrechamente vinculada con el próximo elemento del tipo, el bien jurídico.

Ya se abordó lo que debe entenderse por bien jurídico y ahora cabe exponer cuál es ese bien frente al tipo penal específico, así como quien es el sujeto pasivo, es decir el titular del bien violentado o amenazado. Partimos de la idea de que el bien jurídico es la salud pública, un bien colectivo, su titular es la sociedad en general y la conducta del tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas afecta dicho bien; estas sustancias han sido enlistadas por varios convenios internacionales como el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1988, por citar los más recientes; el objetivo es determinar las sustancias que afectan gravemente a la salud, además se categorizan a estas sustancias como objeto del delito de tráfico lo cual genera violencia y demás consecuencias dañinas para las sociedades (Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988).

Se debe pues, determinar cuáles son los efectos de estas sustancias por lo que su conceptualización medica resulta de suma importancia para poder diferenciar de aquellas sustancias que no genera una grave afectación a la salud pública, son estos conceptos los que deben ser tomados en cuenta para decir el ámbito de prohibición (Muñoz Conde, 2015). Como ha sido analizado a lo largo de este capítulo existen dos bienes que ameritan ponderación, por un lado se encuentra la salud pública y por otro el libre desarrollo de la personalidad de los consumidores, ya que la salud menoscabada es la del consumidor que voluntariamente decidió usar la sustancia (Paladines, 2016); el primero se ve amenazado al momento de ejecutar cualquier actividad relacionada al tráfico, es decir basta con la amenaza del riesgo a la salud, sin embargo al no actualizar la legislación y políticas públicas se criminaliza a los consumidor.

Tenemos así una crítica en dos aspectos, en primer lugar se debe definir desde el derecho penal el concepto de droga tóxica o estupefaciente, así se evitará, en palabras de Muñoz Conde, un automatismo en considerar a las sustancias por peligrosas únicamente encontrarse en listas en convenios internacionales sin considerar las particularidades del caso en concreto y el bien jurídico protegido (Muñoz Conde, 2015); la necesidad de este concepto penal surge al momento de interpretar cuales son las sustancias nocivas para la salud y cuales no son, así podría existir un equilibrio con el libre desarrollo de la personalidad de los consumidores al momento de penalizar al tráfico, esa nocividad de la sustancias debería ser un elemento del tipo que tiene que ser determinado desde los criterios médicos y farmacológicos y no solo por la remisión a Convenios Internacionales (Muñoz Conde, 2015).

Pero la construcción de dicho concepto no sería la única solución puesto que para cambiar la idea de represión por una de prevención no se debe activar todo el aparataje del poder punitivo, como fue planteado en acápite previos, se debe actualizar las tablas de punición puesto que llegan a ser excesivas ya que, si recordamos los actores del microtráfico, en su gran mayoría, son personas afectadas por las condiciones socioeconómicas; estas tablas llegan a constituir una elemento adicional del tipo ya que se determina la pena de acuerdo a la sustancias y su cantidad, elemento esencial que ha sido trastocado a voluntad del ejecutivo y del legislador, incluso la Corte Nacional ha alterado la punición de este tipo, alegando absurdos jurídicos como la acumulación de penas, estos razonamientos ameritan análisis para llegar a una total comprensión de la

determinación punitiva de este tipo penal, así dicha acumulación a la fecha no se encuentre vigente.

Así también, es necesario plantear alternativas para suspender el proceso o su ejecución para que las personas en vez de entrar al sistema penitenciario encuentren una alternativa y que no sigan siendo peones en el juego de grandes carteles del narcotráfico.

De esta manera ha quedado planteado, desde la óptica política, legislativa, comparativa, jurídica y dogmática, la esencia del tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, considero que es la única forma de abordar un tema para poder criticarlo, por lo que en el siguiente capítulo se examinará cuáles son los principios y fundamentos que validan dicha pena, partiendo claro esta desde su finalidad; así también corresponde un análisis jurídico concreto referente a los criterios para la determinación punitiva, criterios que desde 2015 han sido inconstantes obligándonos a analizar a la resolución de la Corte Nacional de Justicia que permitió una acumulación de penas, la cual a más de generar estragos al argumentar la existencia del concurso real de infracciones, es el punto de partida para que la actual resolución mantenga un criterio que no corresponde con la dogmática jurídico-penal que ha desarrollado a la teoría del concurso de delitos.

CAPÍTULO II FINALIDAD DE LA PENA Y TEORÍA DEL CONCURSO DE DELITOS COMO CRITERIOS DE DETERMINACIÓN PUNITIVA.

2.1 Finalidad de la pena.

Para poder determinar una pena es primordial entender su fundamento, el cual vincula al delito y a la pena, como su consecuencia natural, es pues el Derecho Penal el encargado de reprimir aquellas conductas que violentan a los bienes jurídicos protegidos y reafirman el ordenamiento jurídico quebrantado, así se llega a racionalizar, mediante un proceso, la facultad punitiva del Estado; sin embargo, no se debe mezclar el fundamento de la pena con su finalidad ya que esto ocasionaría que se entienda a la pena como una respuesta vacía frente a una acción, cuando esta tiene por objetivo garantizar y proteger los bienes jurídicos de la sociedad, sin olvidar la resocialización de las personas condenadas, este es el mecanismo que permite, conjuntamente con el respecto a las garantías, una disminución de los conflictos sociales y un límite al poder punitivo (Ferrajoli, 2006). Así a través de los años varios juristas han planteado diversas finalidades y concepciones de la pena, creando teorías que fundamenta a la misma, demostrando que la pena es aplicada de acuerdo a un fin. De esta manera las teorías que se han mantenido en debate son las teorías retributivas, las teorías preventivas y las teorías unificadoras.

2.1.1 Teorías de la pena.

2.1.1.1 Teorías retributivas o absolutas.

Esta teoría es fundada por Hegel y Kant, quienes moldearon el derecho penal del siglo pasado (Donna, 2008), se debe partir de la concepción kantiana del Derecho, para entender como la pena llega a ser el único mecanismo para que el Estado pueda asegurar la esfera de libertad de los ciudadanos, es decir sus bienes jurídicos, podemos percibir que esta teoría entiende que la pena no tiene un fin en sí misma, ya que mediante la acción delictiva el autor ataca a la paz social y de manera particular a la víctima del delito, así el Estado es el encargado de imponer una pena para restaurar el orden social y retribuir a la víctima; no cabe duda que la pena es un mal, pero racional, el cual surge como respuesta a la comisión del delito (Kant, 1994).

Resulta obvio que este mal debe ser proporcional con lo causado, en palabras de Hegel, justo, por lo que estas teorías presentan ciertos elementos como son la

proporcionalidad de la sanción o la reparación del delito en vez de su prevención. El conflicto que presentan estas teorías es que no pueden dar respuesta a la finalidad de la pena, es decir a la existencia de la misma y solo se enfocan en su validez, reafirmando la norma; por lo que estas teorías pierden contenido por que la finalidad del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos mediante acciones proporcionales y este mecanismo no puede carecer de un mínimo fin social (Roxin, 2009).

2.1.1.2 Teorías preventivas o relativas.

Estas teorías plantean que la pena necesariamente tiene un fin, el cual es distinto a la fundamentación, ese fin es el de servir al Estado como un mecanismo de prevención, se busca prevenir el cometimiento de delitos y para ello existen corrientes que determinan su finalidad; la teoría de prevención especial y la teoría de prevención general, estas teorías han superado ampliamente a las retributivas ya que miran hacia el futuro, pretenden solucionar el problema a futuro, mientras las primeras pretenden influir en el autor del delito para que este no vuelva a violentar bienes jurídicos; las segundas buscan que la sanción al autor del delito sirva como ejemplo a la sociedad para que eviten atacar a bienes jurídicos (Donna, 2008).

Estas teorías merecen una especial atención puesto que influyen hoy en día a los sistemas penales. En primer lugar la teoría de la prevención especial, la cual tiene amplia vigencia en los sistemas de latinoamericanos, fue desarrollada por Franz von Liszt, el cual concebía a la pena como una reacción instintiva directamente relacionada con la venganza, la misma que su acción pasa a ser regulada por el Estado, el cual consigue una objetivación de la pena al momento de su determinación, existen elementos moderadores como son la legalidad y la proporcionalidad (Donna, 2008); así esta pena cobra la capacidad de medio de protección del ordenamiento jurídico y se pone al servicio del Estado para proteger bienes jurídicos, pero para determinar su medida no se debe mirar al hecho pasado, sino a futuro con una finalidad, ya que la pena es una coacción dirigida a la voluntad del delincuente que sirve para proteger a la sociedad, mediante el cuidado de los bienes jurídicos y además se busca la resocialización del delincuente (Donna, 2008); así esta teoría plantea una incidencia sobre el autor del delito, la cual dependiendo de la teoría podría ser positiva o negativa, pero siempre se cree que generará que no se vuelva a cometer ilícitos mediante la coacción al autor y propone la tan deseada rehabilitación del sujeto.

Las teorías de prevención general proponen la reafirmación de la moral colectiva mediante una actuación ejemplar, además intimida a las personas que violentan el ordenamiento jurídico o disuade de realizar aquello, así finalmente se da una satisfacción a la víctima (Antón Oneca, 2000); es decir lo que se busca es influir en la sociedad para persuadirla de cometer delito ya que esto implicará una sanción la cual debe ser ejecutada para darle validez a la norma, sino esta coacción no tuviera sentido; a esta vertiente se la considera como prevención general negativa y su contraparte, positiva, plantea que el colectivo respete el ordenamiento jurídico o se sancionará, a los individuos que no lo hagan, con una pena que tiene como objetivo informar a los sujetos de lo que está prohibido o permitido, reafirmar a la norma como medio de protección del ordenamiento jurídico e influir en todos los ciudadanos para que se genere una cultura de respeto al derecho (Roxin, 2009).

2.1.1.3 Teorías unificadoras o mixtas.

Estas teorías se consideran unificadoras puesto que toman los elementos más relevantes de las teorías antes mencionadas, dándole un peso más a una u otra, lo que genera que sean llamadas de distinta manera, pero siempre se puede apreciar una unificación de los criterios más relevantes, por lo que conciben que la pena debe ser impuesta para garantizar la protección de bienes jurídicos y a la norma; pero la mera imposición no puede ser su finalidad y ese fin es la prevención, influyendo a la sociedad de manera colectiva, así como a los delincuentes buscando su resocialización.

La mayoría de la doctrina, con el maestro Roxin a la cabeza, siguen la teoría unificadora preventiva o teoría de la prevención general positiva; esta teoría plantea que el único fin de la pena es la prevención, ya que la pena solo se justifica cuando esta tiende a la protección de la libertad individual y a un orden social, para lo cual la prevención general como la individual deben figurar conjuntamente como fines de la pena (Roxin, 2009); por lo que esta teoría actuaría en tres momentos; un primero momento de prevención general en donde se amenaza a la sociedad, haciéndole saber cuáles son las conductas prohibidas y sus consecuencias; un segundo momento en donde la pena se la determina e impone para reafirmar a la sociedad las consecuencias de los delitos; y un último momento que sería la ejecución de la pena la cual debe pensar en la resocialización del delincuente y su reinserción en la sociedad (Roxin, 2009).

2.1.2 Finalidad de la pena en el Ecuador.

Para conocer cuál es la teoría aplicada en nuestro país debemos remitirnos a la Constitución de la República que en su artículo 201 establece la finalidad del sistema de rehabilitación social:

Art. 201. El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad. (Ecuador A. N., 2008)

Para ahondar en el análisis se debe entender como concibe el COIP a la pena, es así como en su artículo 51 se establece su fundamento, entendiendo a la pena como una consecuencia jurídica de acciones punibles, basada en disposiciones legales e impuesta por una sentencia ejecutoriada; mientras que en su artículo 52 se establece que la finalidad será la prevención general para la comisión de delitos, la rehabilitación de las personas condenadas y la reparación a la víctima; excluyendo toda posibilidad de una teoría retributiva especial (Asamblea Nacional del Ecuador, 2016), esto mantiene concordancia con los artículos 672 y 673 que desarrollan el sistema nacional de rehabilitación social, siendo su objetivo principal la resocialización de las personas privadas de la libertad.

Por lo tanto, si se analizaría únicamente la norma constitucional se podría plantear que el país es partidario de la teoría de prevención especial positiva; sin embargo al realizar una interpretación en concordancia con todo el ordenamiento jurídico, vemos como en el Ecuador se sigue la teoría de prevención general positiva o teoría unificadora preventiva, con las particularidades del caso, así nuestro sistema pretende actuar en tres momentos, como fue propuesto en párrafos anteriores, haciendo énfasis en los ejes del sistema de rehabilitación social, el cual a la fecha se encuentra colapsado; por lo tanto no se debe olvidar que para la determinación de la pena, es básico, distinguir entre el fundamento y la finalidad de la pena, que no puede ser otra que la prevención.

En teoría la determinación de la pena dentro del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas no debería traer mayor complicación, ya que teniendo en cuenta la finalidad de la pena no es lógico sancionar excesivamente a los micro traficantes, mucho menos a los consumidores ya que no permite esa resocialización al

ingresarlos al sistema penitenciario, únicamente se reafirma la represión en contra de cualquier individuo que tenga relación con el tema de drogas, pareciera que el Ecuador planteó un sistema que opta por una alternativa a la represión sin embargo, como fue expuesto, desde 2015 se cambió el rumbo del trato frente al fenómeno de las drogas hacia un endurecimiento de las penas, desde el aspecto ejecutivo, legislativo, incluso judicial; nos referimos a la resolución 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia la cual será analizada debido a que fue esta resolución la que llevó la determinación punitiva a una esfera mucho más desproporcional al plantear la acumulación de penas por cualquier conducta referente al tráfico de sustancias, en relación de cantidad y tipo de droga, cabe acotar que es esta la resolución que complica el tema punitivo puesto que estuvo vigente un poco más de tres años e incluso ahora que se optado por dejarla sin efecto, sus estragos dogmáticos siguen afectando al criterio de la Corte Nacional.

2.2 Resolución 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia.

2.2.1 Determinación de los problemas jurídicos.

Hay que recordar que este fallo fue creado durante un periodo en el cual se cambió el panorama del tratamiento al fenómeno social de las drogas, esta resolución es la respuesta que la función judicial decidió plantear para favorecer al ejecutivo de la época, el pleno de la corte fue ampliamente cuestionado, por ser una vez más el mecanismo utilizado por el ejecutivo para desarrollar políticas criminales (García Falconí, 2015); ya que al ser una resolución jurisprudencial de la Corte Nacional, era de obligatorio cumplimiento para el resto de jueces del país.

Al analizar dicha resolución podemos verificar que se configura un fallo de quintuple reiteración puesto que la base de análisis son cinco sentencias, que reiteran su decisión sobre un determinado punto; el pleno amparado en su facultad constitucional establecida en el artículo 184 numeral 2 y 185 de la Constitución de la República crea la resolución 12-2015 la cual resuelve:

Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o

estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal. (Resolución No.12-2015, 2015, pág. 24)

Para la construcción del precedente jurisprudencial el pleno estableció dos problemas jurídicos que debían solucionarse, el primero era diferenciar los casos expuestos de las situaciones de concurso real de infracciones y de concurso ideal de infracciones; y el segundo era establecer la idoneidad del tipo penal para acumular la punición y garantizar la proporcionalidad de la pena.

Es curioso cómo se pretende separar los casos analizados de lo que se debe entender por concurso ideal y concurso real de delitos, puesto que el concurso real es el único mecanismo para una acumulación punitiva correcta; de conformidad al artículo 20 del COIP que establece que “cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años.” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2016).

Esta no es una norma aislada, es el resultado del desarrollo dogmático penal de la teoría del concurso de delitos, la cual se hará un especial estudio más adelante. Para lograr “resolver” el primer problema, el pleno parte de un ejemplo reduccionista, y lo llamo así puesto que el resultado de todo este análisis es plantear si cabe una acumulación punitiva respecto al tráfico de estupefacientes, creando un ejemplo que pareciera que sucede a diario en la práctica y además engloba todas las posibles circunstancias fácticas a un caso en concreto, por lo que el único cometido de este ejemplo es apelar a la represión del sistema penal en contra del tráfico de estupefacientes e intentar justificar todo su fallo; así el pleno recurrirá una y otra vez al tema de la represión omitiendo por completo a los consumidores y obviando que el fenómeno de las drogas es un problema de salud, así se habla de que la pena debe ser proporcional a la conducta que violenta un derecho.

Adicionalmente en los puntos 23, 24 y 25 de la resolución, se intenta aludir al espíritu de la norma penal, que para su entendimiento, al establecer una tabla de punición, esta sirve para diferenciar las diversas acciones que configuran diversos tipos penales de acuerdo a la cantidad y tipo de sustancias, omitiendo por completo el sentido y finalidad de la pena o desapareciendo a la estructura del tipo penal; recordemos que lo que pretende penalizar la norma es al tráfico, entendido como uno solo, un tipo penal incongruente que

utiliza verbos descriptivos de conducta, más esas conductas, no constituyen delitos independientes; este punto culmina mediante una laxa exposición, utilizando los criterios de verdaderos juristas, sobre el concurso ideal y concurso real, concluyendo que en el caso planteado no se configura ninguna hipótesis concursal.

2.2.2 Criterio para la acumulación de penas.

Cabe preguntarse cómo fue que el pleno logró plantear una acumulación punitiva, siendo ellos mismos quienes negaron la existencia del concurso ideal o concurso real en las sentencias reiteradas. Pues de eso se encarga el segundo problema jurídico, el de crear un nuevo criterio, alejado de toda dogmática jurídico-penal sobre la acumulación punitiva, siendo este un tema crítico para la determinación de la pena en este ilícito.

Así el pleno empieza refiriéndose a la proporcionalidad de la pena, desde su ejemplo reduccionista, reiterando que debe existir una relación entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena, llamándolo proporcionalidad para en lo posterior concentrarse en las sentencias, específicamente en el elemento reiterativo y coincidente; el cual en resumen es que tanto la tabla del tipo de sustancia y cantidad, como la variedad de conductas descritas en el tipo penal; permiten diferenciar conductas unas de otras, constituyendo un delito propio cada una de estas y por lo tanto se merece juzgar al autor por cada delito cometido, sumando la pena hasta el máximo permitido por la legislación; inventándose que existe cierta obligación que amerita sumar las penas producto de combinar la acción nuclear, el tipo de sustancias sujeta a fiscalización y la cantidad de la misma. Sin duda este criterio, el cual no fue más que una medida para instaurar la mano dura contra el narcotráfico, creo ciertos problemas y vulnero varios derechos (Paladines, 2016).

Quienes fueron sentenciados mediante esta resolución se les privó de una reintegración a la sociedad, razón por la cual, hoy en día se vive una crisis carcelaria, y el sistema penitenciario está colapsado, teniendo que instaurarse un estado de excepción en estas (Universo, 2019); esta fue la medida que terminó por completar ese regreso a la represión al consumo y tráfico de estupefacientes, olvidándose por completo de la prevención general positiva, la compleja estructura del tipo penal incongruente, constituyendo a la tabla de sustancias como base para esta acumulación punitiva, cuando esta tiene otro propósito.

2.2.3 Principios y derechos afectados por la resolución.

Hoy en día es de suma importancia tener presente a la dogmática jurídico-penal, en tiempos en donde se trata de utilizar al derecho como instrumento para plantear políticas que únicamente tiene por objetivo delimitar el actuar de la sociedad creando una cultura de represión frente a una u otra conducta humana, olvidando lo que ha sido desarrollado por tantos juristas en la materia, quienes por objetivo intentan enriquecer el debate de los problemas que pretende solucionar el Derecho Penal.

Cuando se habla de sistema penal se hace alusión a una estructura lógica construida por principios e ideas fundamentales, así estos principios son los que guían y limitan a cualquier sistema penal; en la actualidad el sistema penal que logra compaginar con el constitucionalismo, el cual permite armonizar la potestad del Estado de gobernar a sus individuos, con el respeto de sus derechos, siendo estos derechos la esencia de la norma fundamental, desde donde se desprenderá todas las demás normas que impiden un Estado autoritario o totalitario; es pues el garantismo penal, doctrina elaborada por Luigi Ferrajoli uno de los juristas más importantes de la época, el sistema que plantea principios básicos para construir una estructura que no busque únicamente una punición per se, sino que respete las garantías y derechos constitucionales y desarrolle una rehabilitación integral de los procesados.

Ferrajoli elabora estos principios a partir de once términos: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa; dichos términos dan lugar a diez principios; “estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen -con cierto forzamiento lingüístico- el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal.” (Ferrajoli, 2011, pág. 93). Así en nuestro sistema penal existen diversos principios que constituyen una garantía para los individuos de un Estado; la resolución 12-2015 a más de violentar principios, hace caso omiso a la doctrina desarrollada respecto a la teoría del concurso de delitos y a la finalidad de la pena.

2.2.3.1 Principio de legalidad.

Se violenta al principio de legalidad, consagrado en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República, en varios momentos, en un inicio al analizar las sentencias para crear el fallo jurisprudencial, estas reiteran que el tipo penal, al establecer varios verbos rectores permite una diferenciación de conductas, constituyendo un delito

independiente cada conducta, así la corte establece que para la determinación de la pena es necesario combinar la acción nuclear, tipo de sustancia catalogada sujeta a fiscalización y la cantidad de la sustancia (Resolución No.12-2015, 2015); omitiendo por completo que estas conductas deben ser destinadas al tráfico, siendo este momento en que la conducta constituye el delito mencionado, por lo que considerar este tipo penal como varios delitos infringe rotundamente la prohibición de analogía en materia penal, consagrada en el artículo 13 del COIP, en palabras del jurista ecuatoriano García Falconí “(...)la prohibición de analogía, esta también se constituye en una derivación del principio de legalidad (...)” (García Falconí, 2014, pág. 185); se ha tergiversado un tipo penal incongruente y también una pena para el mismo.

En un segundo momento el pleno establece que, a partir de la construcción del tipo, amerita sumar la pena de cada conducta juzgada, estableciendo que no se configura ningún caso de concurso de infracciones, eliminando la única posibilidad de una acumulación de penas; esto lo establece la doctrina jurídico-penal en virtud del principio de acumulación y así lo recoge el artículo 20 del COIP, llegando a una incongruencia jurídica ya que en un momento manifiesta que no existe concurso real de infracciones pero sí conductas diferenciadas que permiten juzgar cada delito de manera individual y por lo mismo se debe acumular la pena de cada conducta juzgada, sin dar ninguna explicación lógico-jurídica del porqué se debe aplicar el principio de acumulación y porque dan un tratamiento penal distinto al juzgamiento de varias conductas de lo que es la teoría del concurso de delitos; así pues se violenta el principio de legalidad, desconociendo el tipo penal creado por el legislador, dándole un mayor alcance a la conducta descrita, y así también se toma la pena establecida para el delito y mediante un desconocimiento de las normas antes expresadas, se aumenta su pena atropellando al principio de proporcionalidad, el cual merece su propio análisis.

Al principio de legalidad se lo debe tener presente constantemente, en especial en las fundamentaciones al momento de la determinación punitiva, ya que gracias a él nacen las garantías principales del proceso penal, por lo que se lo suele dar por sentado y adquirido, cuando dicho principio ha sido resultado de una lucha de décadas, hoy plasmado en la mayoría de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, Constituciones y normas de carácter procesal penal; así, sin tener la intención de desarrollar la evolución histórica del principio de legalidad, cabe analizarlo desde su

importancia como garantía constitucional y como garantía del proceso penal, en especial al haber sido transgredido por la resolución.

En el Estado Liberal, fue donde se reconoció plenamente al principio de legalidad, en donde se establecen mecanismos para proteger a los ciudadanos e instrumentos que limitan al poder punitivo y evitan la arbitrariedad (Roxin, 2009), estos límites puede ser formales o materiales; los límites materiales se los entiende como los principios de intervención, protección de bienes jurídicos y la dignidad de la persona; mientras que a los límites formales, se lo reconoce como el principal al principio de legalidad, ya que es una garantía de valor inapreciable que define al Estado de Derecho y elimina al autoritarismo (García Falconí, 2014); es así como el principio de legalidad incluye diversas garantías que en resumen plantean la imposibilidad de que el Estado ejerza el poder punitivo más allá de lo que le permite la ley (Muñoz Conde & García Arán, 2000); sin lugar a dudas el principio de legalidad es la piedra angular del Derecho Penal moderno, y el límite fundamental frente a un Estado autoritario, así es como lo define el maestro Roxin:

(...) un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo **mediante** el Derecho Penal, sino también **del** Derecho Penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”. (Roxin, 2009, pág. 137)

Para que el principio de legalidad sea eficaz como garantía jurídica debe de cumplirse con sus exigencias, todas estas emanan del aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, estas exigencias son necesarias para la aplicación de una pena, por lo que debe de ser expresa (*lex scripta*), previa (*lex praevia*), general (*lex certa*) y prohibida de toda analogía (*lex stricta*) (García Falconí, 2014); por lo tanto una conducta que no ha sido previamente determinada en la ley penal, por más reprochable que fuere, no puede ser motivo de una sanción penal; por ende de este principio se origina la necesidad, de determinar las circunstancias de la conducta, y por otro lado determinar la clase de pena y la cuantía previo al hecho, de esta manera se estaría cumpliendo a cabalidad el principio de legalidad; empero como consecuencia del principio de legalidad surgen prohibiciones que efectivizan la aplicación de dicho principio, estas prohibiciones son la de analogía, la

prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (Roxin, 2009).

Una de estas consecuencias es la prohibición de analogía, la cual está estrechamente vinculada a la interpretación, la misma establecida en el artículo 13 del COIP. Como ya fue mencionado, la resolución 12-2015 llega a violentar lo establecido en el artículo 13 numeral 2 del COIP; frente a esto cabe recalcar que la interpretación es necesaria para fijar el sentido y alcance de la norma penal (García Falconí, 2014), sin embargo el principio de legalidad nos obliga a únicamente imponer sanciones que estén previamente establecidas por escrito, por lo que se concluye que del tenor literal de estas sanciones, no se puede utilizar al derecho consuetudinario para fundamentar o agravar una pena (Roxin, 2009).

De esta manera podemos concluir que el principio de legalidad debe ser entendido desde dos ópticas; una como una garantía constitucional, mediante la cual se limita el poder punitivo del Estado, y protege a los ciudadanos de cualquier arbitrariedad que puede cometerse, siendo un principio sustantivo que mediante principios regla o consecuencias como lo denomina Roxin, permitirán su efectiva aplicación en la práctica.

La otra visión del principio de legalidad es entenderlo como una garantía jurídica, particularmente en el proceso penal, ya que gracias a este principio se tiene la certeza de que la conducta por la cual se juzga a una persona, esta previamente establecida, tanto las circunstancias como su pena, lo que impide desconocer la situación a la que es sometida una persona; de esta manera este principio y su entendimiento se vuelven un argumento de peso para atacar el razonamiento de la resolución 12-2015 y permite priorizar la vigencia del principio de legalidad frente a la aplicación de dicha resolución, este argumento conjuntamente con el análisis del principio de proporcionalidad, han permitido a los Tribunales optar por la no aplicación de una acumulación punitiva que violenta derechos y principios constitucionales.

2.2.3.2 Principio de proporcionalidad.

Este es un principio que debe ser analizado a la par de la finalidad de la pena, ya que no solo se violenta la proporcionalidad de la misma sino se plasma un incumplimiento en su fin; por proporcionalidad se entiende un límite al poder punitivo al momento de determinar una pena, ya que al realizar una conducta gravosa a un bien jurídico su pena

debe guardar relación con el agravio al bien jurídico, es decir debe ser proporcional con lo realizado, así se entiende que el principio de proporcionalidad se convierte en una regla de obligatorio cumplimiento para los tribunales, al momento de determinar la pena, para mantener un balance entre el poder punitivo y los derechos de las personas (Falconí, 2001); por lo que, cuando el legislador selecciona la conducta que violenta el bien jurídico, este establece una pena racional y por ende proporcional, dicha pena debe ser analizada por los tribunales para que mediante un ejercicio racional determinen la pena correspondiente, precautelando su proporcionalidad.

Sin embargo, cuando la Corte Nacional estableció que se debe optar por una sanción acumulada de acuerdo al tipo de sustancia y su cantidad, se quebrante esa racionalidad establecida por el legislador y al juzgador solo le queda acatar el fallo jurisprudencial, olvidándose que la pena debe guardar relación con la gravedad del agravio al bien jurídico protegido. Como fue expuesto anteriormente la pena tiene una finalidad, que dentro de nuestro sistema penal sigue la suerte de las teorías de prevención, este sistema tiene ejes que mediante políticas públicas tienen por objetivo la reinserción a la sociedad de las personas privadas de la libertad, pero como se puede pretender alcanzar este objetivo, cuando las penas impuestas generan más daño al mantener a las personas dentro del sistema carcelaria que brindarles una oportunidad de salir de él.

La resolución 12-2015 al crear el criterio de la acumulación permite, respetando el máximo permitido de cuarenta años, realizar una determinación punitiva mayor a la impuesta a una persona que cometa un delito contra los derechos humanos, establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, lo que a todas luces resulta desproporcional ya que no se explica como la conducta que violenta al bien jurídico, salud pública, llega a ser mucho más gravosa de la que atenta contra los derechos humanos; sin duda este es un tema que genera controversia hoy en día puesto que se debe estudiar el tema para poder dar una respuesta que garantice los derechos de las víctimas, consumidores y autores relacionados con el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

2.3 Unidad de Acción.

Una vez que se ha puntualizado en los criterios y decisiones del pleno de la Corte Nacional de Justicia, lo cuales generaron un problema jurídico, sobre todo al momento de la determinación punitiva, se debe explicar y estudiar la dogmática jurídico-penal que permite responder los cuestionamientos planteados, principalmente lo correspondiente a

la teoría del concurso de delitos, el cual se deben tener muy claro sus razonamientos, para analizar la resolución 12-2019 de la Corte Nacional que modificó al criterio de su predecesora; para esto es de vital importancia iniciar con la unidad de acción. El tema por estudiar es el problema concursal o la concurrencia de varios preceptos legales o tipos penales y como debe ser su juzgamiento y posterior determinación punitiva; para esto se plantea la teoría del concurso de delitos, pero existen varios criterios que permiten diferenciar los distintos supuestos que surgen dentro de este tema, el cual sin lugar a duda se debe iniciar por el estudio de la unidad de acción, punto de partida de la teoría del concurso de delitos.

2.3.1 Unidad de acción y de delito.

Como fue mencionado el problema surge en determinar si existen una o varias conductas dentro de un hecho delictivo, como lo mencionan los juristas, no es correcto equiparar a la acción y movimiento corporal con la acción y resultado (Muñoz Conde, 2000), ya que en sentido jurídico una sola acción puede contener varios movimientos corporales como en una violación lo es la intimidación y el acceso carnal a la víctima o en un robo golpear a la persona para tomar su dinero; así también una acción puede producir varios resultados como lo es arrojar una bomba matando a varias personas; por lo tanto se debe buscar otros factores que proponen el concepto de unidad de acción.

Así entre varios pensamientos, se puede verificar dos factores para establecer la unidad de acción; el primero es el factor final el cual debe ser entendido como la voluntad del autor para cumplir su cometido, esta voluntad es la que permiten dar sentido a toda la actividad que desencadena el autor, todos esos actos físicos que parecen aislados se juntan y tienen sentido por la voluntad de su autor (Muñoz Conde, 2000). Por otro lado, tenemos un factor normativo que viene a ser la estructura del tipo penal en el caso particular que se analice; lo cual permite identificar ciertos comportamientos o conductas que son relevantes penalmente a diferencia de la voluntad que dirige toda esa actividad; así como identificar si cada acción regida por una voluntad distinta puede ser penalmente relevante solo al darse conjuntamente con otras actividades (Muñoz Conde, 2000); son estos factores los que determinan cuando una acción configura un tipo penal, siendo un caso sencillo, o cuando estamos frente a un concurso de infracciones, se podrá tomar distintas respuestas dependiendo de los criterios que se los planteen, criterios que será expuestos en lo posterior.

Otros autores como Günther Jakobs aportan el desarrollo del concepto de unidad de acción al diferenciar una unidad de acción en sentido natural, la cual es esa diferencia entre movimientos físicos realizados y resultado; y otra es la unidad de acción en sentido jurídico, la cual nos ayuda a diferenciar el tipo de concurso que tenemos. Jakobs manifiesta que: “(...) la unidad no puede fundarse sólo en la motivación del autor, sino que tiene que ser perceptible en la objetivación de tal motivación.” (Jakobs, 1997, pág. 1077), así es necesario que la unidad jurídica de acción contenga una unidad subjetiva y unidad de ejecución en el comportamiento típico.

La unidad subjetiva de la acción se da cuando, desde el inicio, el autor pretende realizar una serie sucesiva de actos para cumplir su cometido, que sepa el número de actos o sus efectos no interesa (Jakobs, 1997), además necesita una conexión con la ejecución de esos actos, a esto se lo llama unidad de ejecución: “La conjunción en una unidad de acción presupone además una sucesión de los diversos actos de modo que el autor, según su representación, mediante la ejecución del acto precedente da comienzo directamente a la realización del subsiguiente (...)” (Jakobs, 1997, pág. 1078).

Dentro del tipo analizado vemos como existe unidad de acción ya que recordando lo expuesto, el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización es un tipo penal incongruente, así se podrían manifestar distintos actos o conductas que deben ser entendidas en unidad, unidad de acción, siendo muy distinto si al momento de realizar una venta de cierta sustancia concurre otro tipo penal; a esto nos referimos con una actividad concursal o encontrarse frente a un concurso de infracciones; llegando a la incógnita como saber frente a que concurso nos encontramos y cuáles son sus efectos.

2.4 Concurso de leyes y concurso de delitos.

El centro de la teoría del concurso de delitos es la distinción entre unidad y pluralidad de acciones como fue expuesto, sin embargo, no es el único concurso existente; así dentro de la teoría de concurrencias delictivas se encuentran la teoría del concurso de delitos y la teoría del concurso de tipos penales, el cual es importante diferenciarlo de nuestro concurso a estudiar, puesto que en el concurso de tipos penales no cabe la acumulación y al no diferenciarlos se podría llegar a equívocos al momento de la determinación punitiva.

Dentro de las Teorías de Concurrencias Delictivas, hay que tener en cuenta que las concurrencias son cuando existe única conducta o pluralidad de conductas que

adecuan a pluralidad de tipos penales, de manera homogénea o heterogénea, con bienes jurídicos restituibles o no, con única o pluralidad de víctimas y existiendo o no relación de temporalidad, pero que su finalidad recae en la pena, donde se puede acumular o no la misma. (García Falconí, 2014, pág. 223)

En este tema se debe ser simple al dar la respuesta, ya que el concurso de leyes, el cual no debe ser confundido con el concurso de delitos, se da al momento de valorar la conducta punible y surge, aparentemente, la posibilidad de aplicar varias disposiciones a un mismo hecho, pero es aparente puesto que solo una debe ser aplicada (Muñoz Conde, 2000); así el concurso aparente de leyes penales se produce al concurrir uno o varios hechos que son incluidos en varias leyes penales, de las cuales solo una deberá ser aplicada ya que su aplicación conjunta violentaría la prohibición de doble juzgamiento en materia penal (García Falconí, 2014), según varios juristas, sobre todo los españoles, establecen que este no es un verdadero concurso sino un problema de interpretación al momento de establecer la ley aplicable.

Pareciera que ante un hecho pareciera que deben ser considerados ciertos preceptos normativos, pero al momento de analizar el desvalor de ese hecho se debe optar por el precepto concurrente que abarca todo el desvalor de ese hecho y excluye a los demás preceptos normativos, así frente a un caso de asesinato también se está frente a un homicidio y son las circunstancias las que determinan cual es el tipo penal correcto que engloba todo el desvalor del hecho y culpabilidad del autor, ya que al momento de ser elegido excluye la aplicación de los demás tipos penales; salvo exista concurso de delitos (Muñoz Conde, 2000), por lo que es de suma importancia conectar el tipo penal con el hecho concreto realizado por el autor.

Para saber cuál es el precepto correcto aplicable al caso concreto existen principios elaborados por la dogmática jurídico-penal que ayudan al juzgador en la interpretación de las normas en juego; así tenemos el principio de especialidad, el principio de subsidiariedad, el principio de consunción y un criterio actualmente abandonado, el principio de alternatividad (García Falconí, 2014).

2.5 Hipótesis concursales y Teoría del concurso de delitos.

Esta teoría es clave al momento de estudiar la determinación de la pena, pues como se explicará dentro de la concurrencia de delitos, específicamente, cuando se configura un concurso real, este es el único fundamento que viabiliza una acumulación

de penas, se debe entender cuando procede y cuando no; recordando que este criterio fue rechazado por la Corte Nacional en su resolución 12-2015, es menester entender de manera correcta los concursos ya que al analizar la resolución 02-2019, es apreciable como modifica el criterio antes explicado, fundamentándose en uno de los concursos para definir su decisión, dicha resolución es expuesta de una manera laxa al no desarrollar en profundidad lo entendido como unidad o pluralidad de acción con vulneración de pluralidad de tipos penales.

2.5.1 Unidad de acción y pluralidad de delitos o concurso ideal.

Al revisar la unidad de acción se llega a entender el porqué, ésta, es el punto de partida de la teoría concursal, permitiendo diferenciar entre unidad y pluralidad de acciones, convirtiéndose en un elemento básico de esta teoría, no debemos olvidar que al hablar de acción también nos referimos a la omisión ya que esta también es una forma de comisión de delitos (García Falconí, 2014). Al momento de adecuar una o varias acciones a uno o varios tipos penales, se está frente a un tema concursal, para resolverlo existen dos criterios que deben ser analizados, el primer siendo el concurso ideal.

Se debe partir de la premisa en la cual una o varias acciones se adecuan a varias conductas punibles, es decir esta acción o conjunto de acciones infringen varios tipos penales o varias veces el mismo tipo penal, así definen los juristas al concurso ideal (García Falconí, 2014); planteando que no se puede equiparar la conducta que violenta un tipo penal con la conducta que infringe varios; no sería correcto aplicar una sola disposición normativa ya que se debe valorar todos los tipos penales realizados, permitiendo una valoración plena del hecho (Muñoz Conde, 2000); esto no implica aún una determinación punitiva, solo se refiere a la valoración del hecho. Se puede apreciar en este momento una gran diferencia con el concurso de leyes, ya que como fue explicado en dicho concurso, aparentemente, se podría aplicar distintos principios, que después de una correcta interpretación, cabe la aplicación de uno solo; en cambio en el concurso ideal, todos los tipos penales quebrantados son valorados, dejando como único asunto por resolver la determinación punitiva (Muñoz Conde, 2000).

Ahora el problema que surge es como determinar cuando existe un solo hecho, ya que varios tipos penales fueron quebrantados; la respuesta se encuentra en la unidad de hecho o la unidad de acción, previamente estudiada; requiriendo que el autor al momento de cometer el delito ejecute todos sus actos en unidad subjetiva y unidad de ejecución,

siendo todos estos actos una sola manifestación de la voluntad permitiendo valorar a toda la conducta de forma unitaria en un tipo penal (Jakobs, 1997), pero para que se configure el concurso ideal es necesario que esta unidad de acción infrinja varios tipos penales proyectando uno solo fin, en palabras de Muñoz Conde: “A todas luces, lo que pretende el legislador es evitar que la producción de varios delitos equivalga automáticamente a la realización de varias acciones (...)” (Muñoz Conde, 2000, pág. 534).

Aquí el obstáculo más grande es diferenciar de manera correcta cuando se realiza una acción y cuando varias, siendo esta la diferencia fundamental con el concurso real; además la doctrina reconoce al concurso ideal impropio, en donde concurren dos acciones que quebranta dos tipos penales, completamente distintos uno del otro, pero llegan a conectarse mediante una relación teleológica, es decir, llegan a ser un medio para cometer el fin, obligando al legislador a equiparar esta conducta con el concurso ideal (Muñoz Conde, 2000).

Del concepto de concurso ideal es visible una clasificación, siendo esta concurso ideal homogéneo y concurso ideal heterogéneo; estamos frente a un concurso ideal homogéneo cuando la unidad de acción vulnera varias veces un mismo delito, por ende, vulnera varias veces el mismo bien jurídico protegido (Maurach, 1962). Por ejemplo, una persona desea matar a otra y para hacerlo decide colocar una bomba en su casa, matando a su familia, es decir tres personas más, en este caso el autor, violentó varias veces el bien jurídico protegido y quebrantó varias veces el mismo tipo penal (García Falconí, 2014). Por otro lado, nos encontramos frente a un concurso ideal heterogéneo cuando la unidad de acción infringe varios tipos penales siendo distintos uno de otro (Maurach, 1962), como cuando una persona al querer matar a otra, la dispara y únicamente la hiere pero mata a otra que transitaba en ese momento; se configura el concurso ideal heterogéneo ya que el autor ha lesionado a una persona y matando a la otra (García Falconí, 2014).

Podemos concluir que la gran mayoría de juristas concuerdan con la definición del concurso ideal de delitos; además reiteran que definir si se ha configurado una o varias acciones es de vital importancia para diferenciar que concurso aplicar, puesto que el efecto jurídico del concurso ideal recae en la determinación de la pena; ya que al momento de valorar esa conducta que violenta varios tipos penales, se debe analizar la existencia de unidad de acción tanto subjetiva como de ejecución y si existe dicha unidad, entonces se debe juzgar por la conducta más gravosa, es decir el tipo penal más grave.

2.5.2 Pluralidad de acciones y de delitos o concurso real.

Ahora queda por analizar la otra hipótesis concursal, el llamado concurso real de delitos, el cual se configura cuando el sujeto comete varias acciones, es decir varias conductas, pero no se las valora mediante una unidad de acción, puesto que cada conducta realizada perseguía un fin propio, es decir cada tipo penal realizado fue previsto y deseado por el autor, rompiendo lo aplicado al concurso ideal mediante la unidad de acción; cometiendo dos o más tipos penales autónomos e independientes, por esto se denomina a esta hipótesis concursal, pluralidad de acciones y de delitos.

La expresión concurso real, explica el jurista Ramiro García: “debe entenderse de modo que una conducta se cumple, según la realidad esperada y propuesta esto es lo “real”, infringiendo varios tipos, varias infracciones legales.” (García Falconí, 2014, pág. 252). Por lo tanto, el concurso real se configura cuando el autor comete varias acciones, penalmente relevantes, independientes entre sí, por lo que cada conducta deberá ser juzgada de la misma manera dando lugar a la aplicación del principio de acumulación, es decir acumular la pena de cada tipo realizado (Welzel, 1987); este juzgamiento se lo deberá realizar en un mismo proceso penal; siendo éste el efecto y notable diferencia con el concurso ideal.

Para un pleno análisis de esta hipótesis concursal se debe separar al concurso real en un primer momento de la infracción única y en un segundo momento del concurso ideal; ya que al existir concurrencia de una pluralidad de acciones se podría estar frente a un delito complejo, por que cabe mencionar que no toda pluralidad de acciones conduce a la aplicación del principio de acumulación; este es el límite del concurso real, el grado de independencia ente una infracción y otra, así no se confundirá con las hipótesis de unidad delictiva como lo serían el delito habitual o delito permanente (García Falconí, 2014).

Lo más importante en el concurso real es que cada acción por separado constituye un delito, siendo imperante en la determinación punitiva la aplicación del principio de acumulación; pero este principio será analizado a detalle a continuación, puesto que, si se entiende al principio de acumulación como una simple acumulación aritmética, omitiendo sus límites dogmáticos, esto nos conduce a penas draconianas violatorias de principios y derechos constitucionales (Muñoz Conde, 2000); más o menos lo que causó la resolución 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia sin que haya aceptado la hipótesis del concurso

real de delitos, único mecanismo que permite la acumulación punitiva como fue mencionado en reiteradas ocasiones.

Una vez entendido el concurso real de delitos y explicada su diferencia con el concurso ideal, además de las otras hipótesis concursales, es notable que sus efectos tienen relación directa con la determinación de la pena, esta valoración y posterior determinación es la gran labor del juzgador al momento de estudiar el caso en particular. De lo analizado podemos resumir que el concurso real se configura mediante la comisión de pluralidad de acciones las cuales vulneran bienes jurídicos autónomos e independientes, además de existir cierta relación de temporalidad razonable, sino se estaría pensando habitualidad o permanencia (García Falconí, 2014); por lo que a esta estructura como efecto, le corresponde una acumulación punitiva por de cada tipo penal realizado.

Es así como han quedado expuestos los argumentos y fundamentaciones que permiten criticar a la resolución 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia de una manera dogmática y jurisprudencial, ya que pretender crear o confundir un criterio, tratándose de un tema tan sensible como lo es la acumulación punitiva, demuestra que el máximo órgano del poder judicial del país sucumbió ante el ejecutivo, ayudándolo a justificar las acciones del gobierno de esa época para combatir al fenómeno socioeconómico de las drogas, actuando de manera irresponsable ya que la omisión o desconocimiento de la teoría del concurso de delitos genera una peligrosa vulneración al debido proceso, al ser el efecto de esta teoría, la decesión entre acumulación punitiva o pena única.

Como ha sido identificado por varios juristas, el problema de la teoría del concurso de delitos, es entenderlo como un paraguas conceptual (García Falconí, 2014), en donde se debe analizar el caso en particular para saber frente a que hipótesis concursal se encuentra y decidir qué efecto aplicar, sino se podría vulnerar a principios o disposiciones constitucionales; pero es el apego y correcto entendimiento a la dogmática jurídico-penal y a los principios como el de proporcionalidad, culpabilidad, “*Non Bis In Idem*”, legalidad y finalidad de la pena, los que nos proporcionan una guía hacia donde se debe encaminar la decisión. Por esto se analizará los efectos y criterios de las hipótesis concursales estudiadas.

2.5.3 Tratamiento penal del concurso ideal y concurso real en el Código Orgánico Integral Penal.

El concurso real se encuentra establecido en el artículo 20 del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que establece: “cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años.” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2016, pág. 34), es apreciable como el legislador ha establecido una pluralidad de acciones y omisiones, pero esta construcción llega a ser laxa al momento de tratar todos los elementos involucrados en el concurso real, elementos previamente estudiados; sin embargo, es la dogmática jurídico-penal la que desarrolla y dilucida la hipótesis concursal planteada, como lo es la identificación de los distintos fines del autor al momento de la ejecución de sus actos (García Falconí, 2014).

También el legislador ha establecido la acumulación material de las penas como efecto del concurso real, dicha acumulación tiene dos límites, el primero establecido por la propia norma, fijando un máximo de acumulación del doble de la pena más grave; y en un segundo límite el establecido de manera general por el artículo 55 del mismo cuerpo normativo en que la pena únicamente podrá ser acumulada hasta cuarenta años.

Por otro lado, el concurso ideal se encuentra establecido en el artículo 21 del Código Orgánico Integral Penal, determinando: “Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave.” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2016, pág. 34); una vez más se debe plantear, a modo de crítica, la insipiencia en la estructuración de esta hipótesis concursal, dejando a la dogmática jurídico-penal el labor de desarrollar los criterios que sustenta este concurso; lo que se establece es una unidad de acción y omisión que se adecua a una pluralidad de tipos penales, siendo su efecto el juzgamiento de la conducta más grave.

Es así como nuestro Código Orgánico Integral Penal ha establecido el concurso real y concurso ideal, sin embargo, queda por tratar las demás hipótesis concursales y sobre todo los criterios o principios que permiten una determinación punitiva docta. Para finalizar el tema es valioso siempre recordar que la dogmática y los principios constitucionales, como ya fue dicho, son la guía necesaria para un correcto desarrollo y aplicación del Derecho, en este contexto, es meritorio tener presente lo esgrimido por el jurista ecuatoriano Ramiro García Falconí, quien planteó una acción de inconstitucionalidad frente a la resolución 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia, él se

manifiesta sobre el deficiente trato dogmático a la teoría del concurso de delitos expresando que:

Debemos englobar en la praxis lo entregado por maestros del Derecho Penal, desde el punto de vista unidad y pluralidad de acciones con pluralidad de tipos penales, pero con el enfoque constitucional desde el efecto penológico, debido a ser el Barómetro en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (...)”. (García Falconí, 2014, pág. 242)

2.6 Determinación e individualización de la pena.

Al exponer el tema de la teoría del concurso de delitos es apreciable que sus efectos tienen incidencia directa en la determinación punitiva, misma que debe ser aplicada como un proceso lógico y jurídico por parte del juzgador al momento de individualizar la pena; sin embargo, tal proceso no está exento de problemas y obstáculos, que para resolverlos, la dogmática y la jurisprudencia han creado ciertos criterios que ayudan al juzgador a solucionar correctamente el tema, es por esto que es necesario exponer los criterios que ayudan a resolver el tema concursal, las demás hipótesis concursales y explicar lo que debe entenderse por determinación de la pena.

La determinación de la pena nace como consecuencia del triunfo del principio de legalidad frente a los regímenes monárquicos; de esta manera se logró que cada delito tuviera su pena tipificada en el código penal correspondiente, así se da certeza de cuál es la conducta reprochable y la pena conveniente; de esta manera se instaura el sistema de determinación legal de la pena (Muñoz Conde & García Arán, 2000). Este sistema puede ser entendido de manera absoluta o relativa, es así como en sus inicios cuando solo se tenía que adecuar una conducta a un tipo y aplicar una pena se estaba frente a un legalismo o sistema de determinación legal absoluto el cual no diferenciaba ninguna circunstancia particular del hecho o del autor, careciendo de límite alguno al momento de determinar la pena.

Por otro lado, tenemos al sistema de determinación legal relativo, el cual debe ser entendido como un señalamiento de la pena tomando en cuenta sus límites, un mínimo y un máximo, para que el juzgador puede adecuar la conducta del autor a un tipo penal y determinarle una pena proporcional, resaltando las circunstancias concretas del hecho. Este sistema, mediante el principio de proporcionalidad, permite distinguir y valorar, en cada caso particular, la gravedad del hecho y sus circunstancias particulares (Muñoz

Conde & García Arán, 2000); este sistema es adoptado por la gran mayoría de países de que adoptan como sistema jurídico el Derecho Continental, existiendo particularidades como en Alemania en donde en vez de establecer mínimos y máximos de punición para cada tipo penal, mantienen únicamente un límite máximo.

Siguiendo estas conceptualizaciones y tomando de ejemplo a varios países que comparten nuestro sistema jurídico, podemos estructurar un esquema en donde la determinación punitiva inicia cuando el legislador tipifica la conducta punible creando un marco jurídico-penal genérico o pena abstracta, a la cual se establecen límites mínimos y máximos, que permiten adecuar la pena a la valoración del juzgador respecto a la conducta del autor, así también gracias a los criterios otorgados por la parte general del código penal correspondiente, se valoraran las circunstancias particulares del hecho a fin de concretar ese marco jurídico-penal y poder establecer una pena concreta al autor, una vez establecida esta pena por parte de los jueces deben fijarla en la sentencia impidiendo una incertidumbre punitiva, la cual violentaría los derechos del autor del delito (Muñoz Conde & García Arán, 2000).

Este proceso de determinación punitiva se complementa con la individualización de la pena, la cual permite concretar ese marco jurídico-penal genérico a una pena específica para el autor del delito; dicha individualización también es contemplada como un proceso, como lo establece el jurista Francisco Muñoz Conde: “ (...) desde que el legislador señala el marco penal del delito hasta que la pena se cumple definitivamente, se produce un proceso de progresiva concreción de la sanción que se conoce como individualización de la pena.” (Muñoz Conde & García Arán, 2000, pág. 601). Este proceso se compone por distintas fases, las cuales son:

- Individualización legal de la pena.
- Individualización judicial.
- Individualización ejecutiva.

La individualización legal de la pena es la fase inicial en donde el legislador establece la pena abstracta correspondiente a cada tipo penal, es de suma importancia que en este momento sean tomados en cuenta el principio de proporcionalidad y el criterio de prevención general positiva como finalidad de la pena, así el ordenamiento jurídico penal garantizará el respeto a los derechos constitucionales de las personas procesadas, previniendo que criterios como el de la resolución 12-2015 sean aplicados. Este sería el

momento preciso para acoplar la individualización legal a la finalidad de la pena que supuestamente se busca en el Ecuador, la de prevención general positiva, ya que aquí se establecen los límites mínimos y máximos que permiten al juzgador concretar la pena; se debería establecer una cantidad de pena genérica suficiente para persuadir a los ciudadanos de cometer dicha conducta, además la cantidad o pena abstracta debe ser proporcional a la gravedad de la conducta (Muñoz Conde & García Arán, 2000); por ende mantener penas rigurosas, de larga duración, no permiten que las personas procesadas se acerquen a una rehabilitación plena para ser reinsertados a la sociedad.

Posterior a esta fase nos encontramos con la individualización judicial en donde el juzgador concreta el marco jurídico-penal determinando la pena a imponer, en esta fase el juzgador inicia con la llamada determinación cualitativa, que no es más que seguir los criterios establecidos por el tipo penal que permiten imponer penas inferiores o mayores a las establecidas en el tipo penal valorado o cuando permite sustituir una pena por otra (Muñoz Conde & García Arán, 2000). Una vez realizada esta determinación se procede a la siguiente que es la determinación cuantitativa de la pena que no es más que elegir la extensión concreta de la pena a imponer. Durante todo este proceso el juzgador debe considerar las reglas establecidas en la parte dogmática del código penal que corresponde a la individualización de la pena, permitiendo al juzgador concretar la pena y determinarla en sentencia, este proceso debe respetar el principio de proporcionalidad, culpabilidad y buscar un pleno cumplimiento de una prevención general positiva de la pena.

Por último, pero no menos importante, tenemos a la individualización ejecutiva o individualización penitenciaria, esto se refiere a las modificaciones que pueda sufrir la pena durante su cumplimiento (Muñoz Conde & García Arán, 2000), estos incidentes son resueltos por el juez de garantías penitenciarias, así el sentenciado tiene ciertos beneficios penitenciarios, como lo son las reglas del sistema de progresividad, establecido desde el artículo 695 al 700 del Código Orgánico Integral Penal o la suspensión condicional de la pena establecida en el artículo 630 al 633 del mismo cuerpo normativo.

2.6.1 Principios para la determinación de la pena.

Al tratar la problemática de la teoría del concurso de delitos encontramos que el juzgador tiene una gran labor al momento de decidir cuándo se configura un concurso ideal o un concurso real de delitos, ya que sus efectos inciden de manera directa con la determinación punitiva, este tratamiento corresponde a lo analizado en la unidad y

pluralidad de delitos ya que la teoría del concurso implica un problema de determinación punitiva; por lo mencionado se debe estudiar y exponer los distintos criterios o principios que han sido esgrimidos por la dogmática jurídico-penal para diferenciar a las distintas hipótesis concursales y sus efectos.

2.6.1.1 Principio de absorción.

Este principio lo podemos encontrar en el concurso ideal de delitos, ya que su efecto, como lo establece el artículo 21 del Código Orgánico Integral Penal, es juzgar por la pena más grave, siendo este el efecto al concurso ideal; dicho principio sirve para fundamentar tal efecto aplicable al concurso ideal propio o impropio, también llamado concurso medial (Muñoz Conde, 2000).

A esta regla se la conoce como principio de absorción, para aplicarlo se debe comparar las distintas penas individuales de los delitos cometidos y optar por la pena más grave; han planteado los juristas que esta comparación no se debe llevar en el marco abstracto de la pena, sino al momento de determinar la pena concreta, sin olvidar que se debe analizar los atenuantes y agravantes que correspondan, por lo que las penas individuales deben sólo de determinarse en lo conocido como determinación cualitativa de la pena (Muñoz Conde & García Arán, 2000).

Por lo tanto, de lo expuesto en el concurso ideal de delitos encontramos la fundamentación necesaria para diferenciar una conducta de la otra y de esta manera aplicar la pena más grave; este efecto encuentra sustento en el principio de absorción que pese a ser simple se lo debe tener en cuenta al momento de la determinación punitiva (Muñoz Conde & García Arán, 2000), ya que este nos permite comparar las penas individuales y obtener lo que se denomina como pena disponible de acuerdo al artículo 21 del COIP, obtenida la pena disponible esta debe ser aplicada y fundamentada en la sentencia.

2.6.1.2 Principio de acumulación.

Este principio es aplicado en la pluralidad de acciones y delitos o concurso real de delitos, teniendo por efecto la acumulación de penas tal como lo establece el artículo 20 del Código Orgánico Integral Penal, a dicha acumulación se tiene que tomar en cuenta los dos límites que plantea la misma norma, límites ya analizados.

El principio de acumulación es una regla compuesta de dos momentos, denominados como acumulación material y acumulación jurídica. La acumulación material debe ser entendida como el cumplimiento simultaneo y sucesivo de las penas determinadas (Muñoz Conde & García Arán, 2000); siendo limitada por la acumulación jurídica, la cual son los límites de gravedad establecidos en el mismo artículo, así la acumulación jurídica no permite acumular una pena mayor al doble de la más gravosa, de igual manera se debe seguir el límite general en donde la acumulación punitiva únicamente podrá llegar hasta los cuarenta años, esto es lógico ya que si no se cumpliera el principio de esta manera se alcanzaría penas que no están previstas en la legislación penal ecuatoriana como la cadena perpetua o penas completamente desproporcionales.

Penas que fueron impuestas mediante el criterio irresponsable de la resolución 12-2015 las cuales necesariamente deben ser analizadas para poder determinar ciertos casos en donde los tribunales penales ponderaron los derechos afectados de los procesados. Estos principios no son los únicos que intervienen en las hipótesis concursales, pero los principios de absorción y acumulación son los más relevantes ya que intervienen de manera directa la determinación punitiva permitiendo la fundamentación del efecto del concurso ideal y real de delitos, teoría que como fue estudiada configura una verdadera hipótesis concursal.

Así además de los estos principios mencionados, tenemos al principio de asperación, el cual pareciera similar al de absorción ya que se impone la pena más grave, pero en su grado máximo, omitiendo lo explicado por la acumulación jurídica; también se cuenta con el principio de combinación, por el cual se combinan las distintas penas aplicables en una sola pena; similar al principio de pena unitaria en donde se impone una pena unitaria sin tomar en cuenta los diversos delitos cometidos (Muñoz Conde, 2000); todos estos principios explicados por el juristas Muñoz Conde quedan en un segundo plano por ser subsidiarios y no resolver todos los problemas planteados por las hipótesis concursales estudiadas, por eso los principios de absorción y acumulación han sido estudiados y desarrollados por varios juristas siendo estos los predominantes al momento de resolver la determinación punitiva frente a la teoría del concurso de delitos.

2.7 Delito continuado y delito en masa como otras formas de hipótesis concursal.

Para concluir con lo referente a las hipótesis concursales es menester analizar de manera sucinta al delito continuado y al delito en masa, ya que como fue mencionado, estas son figuras complejas, las cuales han sido creadas mediante la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español como del Tribunal Federal Alemán (García Falconí, 2014), es relevante su análisis puesto que pueden llegar a confundir y provocar equívocos, ya que su estructura es similar a las hipótesis concursales analizadas pero estos son tipos penales complejos.

Al delito continuado en ciertas ocasiones se lo ha considerado como una hipótesis concursal que también se la denomina pluralidad de acciones y unidad de delito, siendo esta su estructura, además de que fue creado mediante la jurisprudencia precisamente para diferenciarlo de las reglas del concurso real de delitos, ya que su objetivo era beneficiar al reo; por esto es relevante conocerlo puesto que al recordar los problemas que presenta establecer una unidad de acción se podría llegar al equivoco de interpretar a este delito como una forma real de concurso de delitos, siendo este razonamiento incorrecto ya que al delito continuado se lo debe analizar de manera global, es decir valorar al delito como uno solo pese a que se haya producido en diversos momentos y mediante acciones plenamente identificables una de otras (Muñoz Conde & García Arán, 2000).

De esta manera al presentarse una pluralidad de acciones que constituyen un solo delito sabemos que no podemos aplicar la teoría concursal y para esto la jurisprudencia ha creado el delito continuado y el delito en masa, los cuales son tipos penales complejos. El jurista Muñoz Conde conceptualiza al delito continuado diciendo que:

El delito continuado consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza (...) El cajero de la empresa que durante largo período de tiempo se apodera diariamente de una pequeña cantidad, no comete cientos de hurtos, aunque cada acto aislado por él realizado sea un hurto, sino un solo delito continuado de hurto. (Muñoz Conde & García Arán, 2000, pág. 536)

Por lo tanto, podemos apreciar que el delito continuado se caracteriza en que cada conducta realizada por el autor constituye independientemente un delito consumado o intentado, dichas conductas deben ser valoradas como un solo delito; así el delito

continuado es una ficción jurídica creada para evitar que se sancionen varias veces por el mismo delito sobre todo por las dificultades probatorias que implicaría.

El delito continuado tiene elementos necesarios para su configuración como lo son los elementos objetivos, elementos cuya esencia es la homogeneidad, tanto del bien jurídico lesionado como los modos de comisión del delito, también se considera un elemento objetivo a la conexión espacial y temporal que exista entre las acciones. Por otro lado, el elemento subjetivo en este tipo penal será la presencia de un dolo conjunto con el cual opera el autor para configurar el tipo en cuestión, es decir una intención común en las diversas acciones realizadas.

Como fue mencionado el delito continuado fue creado mediante la jurisprudencia para no aplicar las reglas del concurso real, sin embargo, se aplicó esta figura cuando se tenía problemas para probar distintas acciones aisladas, lo cual no es beneficiario para el procesado, este fue el motivo para que la misma jurisprudencia haya creado la figura del delito masa; ya que para la aplicación del delito continuado es necesario que en la afectación del bien jurídico exista unidad en el sujeto pasivo, es decir que se afecte al mismo sujeto pasivo (Muñoz Conde & García Arán, 2000).

El problema se presenta cuando se cometen delitos en donde se afecta a una masa de personas, como lo son las estafas piramidales o estafas mediante sociedades de inversión, dichos delitos al afectar a un gran número de individuos no permite la aplicación del delito continuado; no obstante la figura del delito masa es aplicable: “ (...) cuando existe en las defraudaciones una pluralidad de sujetos indiferenciados, personas anónimas, público en general, de las que el sujeto activo pretende extraer diversas cantidades de dinero con un propósito unitario de enriquecimiento (...) ” (Muñoz Conde & García Arán, 2000, pág. 537).

Una vez que han sido expuestas la hipótesis concursales y se ha diferenciado de otras figuras que parecen similares en estructura, es idóneo comenzar por el análisis a la resolución 02-2019 de la Corte Nacional de Justicia, ya que dicha resolución ha modificado el criterio creado por su antecesora, este análisis debe tomar en cuenta también los criterios ya expuestos acerca de la finalidad de la pena, parámetro necesario para una correcta determinación punitiva, además al entender la teoría del concurso de delitos se puede criticar a la resolución mencionada en los puntos doctrinarios, de esta manera se logra separar los resultados pragmáticos que consigue la resolución 02-2019,

resultados que también serán analizados, y los criterios dogmáticos que siguen siendo incorrectos.

CAPÍTULO III ANÁLISIS Y EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 02-2019 DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

3.1 Análisis jurisprudencial y criterios que no aplican la acumulación punitiva.

Para aproximarse a un entendimiento completo de la resolución 02-2019 se debe analizar su antecedente, la resolución 12-2015, dicho fallo ya fue pormenorizado en líneas anteriores, desde su estructura, criterios y efectos, sin embargo, en este capítulo es menester hacer referencia a sus consecuencias prácticas de esta manera entender el razonamiento del pleno de la Corte Nacional de Justicia para modificar el criterio tan criticado durante su vigencia; criterio que como ya fue mencionado es una de las razones principales, al igual que el endurecimiento de los delitos relativos a las sustancias estupefacientes y el mecanismo de punición, lo que han producido un sobre poblamiento y el eventual colapso del sistema carcelario en el país.

En este contexto, durante el último año de vigencia de dicha resolución, varios fueron los tribunales de garantías penales que fundamentaron la no aplicación de la resolución 12-2015 en virtud de la violación a principios constitucionales, especialmente el principio de legalidad y principio de proporcionalidad, principios desarrollados previamente; la no aplicación de una sentencia de triple reiteración por parte del máximo órgano de la función judicial es materia de debate, ya que se deberá realizar una minuciosa ponderación de los principios constitucionales en conflicto y fundamentar todo el contexto de la norma penal, así como la dogmática jurídico-penal, ya expuesta, para alcanzar un criterio correcto al momento de determinar la pena correspondiente al delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

De esta manera el presente trabajo de investigación pretende plantear ejemplos, en donde se puede referir en grandes rasgos y distintos criterios, resoluciones que no aplicaron la resolución 12-2015, con el fin de analizarlas y determinar si esta no aplicación y sus fundamentos fueron idóneos; así es como se llega a otro problema creado por la resolución referida, ya que en este tiempo se puede describir que existió una inseguridad jurídica ya que mientras unos tribunales aplicaban la resolución 12-2015 otros no la hacían, y quizás este fue el motivo final para dejar sin efecto a la resolución de la Corte Nacional.

3.1.1 Análisis jurisprudencial a la sentencia No. 01283-2016-01574 del Tribunal de Garantías Penales del Azuay.

Número de proceso, tribunal, provincia e instancia: Proceso No. 01283-2016-01574, Tribunal de Garantías Penales del Azuay, primera instancia.

Fecha: 29 de noviembre de 2016.

Juez Ponente: Dr. Pablo Galarza Castro.

Procesado: Wilfrido Francisco Riofrío Carrión.

Tipo Penal: Art. 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal.

Antecedentes:

El procesado Wilfrido Francisco Riofrío Carrión, en fecha 20 de abril del 2016, a las 16h50 aproximadamente, ingresó con un detenido al centro de Rehabilitación Social Regional Centro Sur de Cuenca, al llegar al pabellón de celdas fue revisado por dos policías que realizaban el control de ingreso rutinario cuando del chaleco del procesado cayeron tres paquetes; después de practicar la prueba de identificación preliminar homologada – PIPH, a dichas sustancias se verificó que correspondían a estupefacientes, de igual manera al realizar el examen químico el indicio uno dio positivo para marihuana con un peso neto de 110 gramos, el indicio dos dio positivo para marihuana con un peso neto de 100 gramos y el indicio tres dio positivo para base de cocaína con un peso neto de 115 gramos, con estos indicios el 9 de junio del 2016 se dictó el auto de llamamiento a juicio en contra del procesado como autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 220 numeral 1 literal b) y c) del Código Orgánico Integral Penal (Juicio No. 01283-2016-01574, 2016).

Cabe mencionar una particularidad dentro de este proceso, previamente a que el Tribunal de Garantías Penales resolviera la situación jurídica del procesado, se solicitó por parte de la defensa técnica que se cambie la naturaleza del mismo a un procedimiento abreviado; así el tribunal manifestó que, mediante la aplicación de los principios de mínima intervención penal, economía procesal, concentración y celeridad y al existir (Juicio No. 01283-2016-01574, 2016), en ese entonces una contradicción de normas, valida la aplicación del procedimiento abreviado, así mismo resuelve acerca de su competencia para conocer dicho procedimiento, cuando se lo sea propuesto; dicha

situación fue resuelta de conformidad a la norma vigente a la época, puesto que este particular hoy en día debe ser analizado desde los criterios emitidos por la Corte Nacional de Justicia, los cuales no permitirían la resolución de un procedimiento abreviado por parte de un Tribunal de Garantías Penales.

Análisis de la resolución:

Como fue mencionado, en este proceso se dio una particularidad la cual fue el cambio de naturaleza del proceso por un procedimiento abreviado, de esta manera se deben cumplir con la reglas del artículo 635 del Código Orgánico Integral Penal para la correcta aplicación de este procedimiento; por un lado Fiscalía acusó al procesado como autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 220 numeral 1 literales b) y c) del mismo cuerpo normativo, es decir como autor de tenencia ilícita de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, en este punto el Tribunal realiza una consideración; en primer lugar de los hechos se aprecia que en un solo acto, el procesado, incurre en la tenencia de los estupefacientes en cuestión, esto es marihuana en una cantidad de 210 gramos de peso neto, lo que se considera por mediana escala y base de cocaína en una cantidad de 115 gramos de peso neto, considerado alta escala. De esta manera el Tribunal establece:

Dicha situación hace ver indiscutiblemente que la única acción que se le atribuye al procesado, no se enmarca dentro del llamado concurso real de delitos (...), concurso real de infracciones que es la única figura legal que permite la acumulación de penas, por lo cual dicha acumulación no se puede dar en el presente caso (...) (Juicio No. 01283-2016-01574, 2016, pág. 35)

En segundo lugar, el Tribunal al tomar en consideración a la resolución 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia, criterio que ya ha sido explicado; establece que se debe acatar el principio de legalidad establecido en el artículo 76.3 de la Constitución de la República, así como el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino se estaría imponiendo una pena no prevista en la ley; además, en caso de acumular las penas, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones previsto en el artículo 76.6 de la Constitución de la República; para esto el Tribunal plantea un ejemplo en donde demuestra que no es proporcional imponer una pena a una persona que se encuentra de tenencia de una gran cantidad de una misma

sustancia estupefaciente, frente a otra que esté en tenencia de cantidades menores de sustancias estupefaciente pero de diversa naturaleza.

Así el Tribunal consideró que tanto la aplicación del principio de legalidad como el de proporcionalidad al ser garantías del debido proceso, reconocidos por la Constitución, impiden que se puede aplicar una acumulación de penas no prevista en la ley, por lo tanto en el caso en particular, se decidió que la pena que se debe tomar como referencia para verificar el cumplimiento de la regla primera del artículo 635 del COIP, esta es el límite máximo de diez años de pena como condición necesaria para aplicar el procedimiento abreviado; debe ser el literal c) del artículo 220.1 del COIP; con este criterio el Tribunal estableció lo siguiente:

Es necesario tener en cuenta que como ya se ha analizado, se trata de un solo acto atribuido al procesado y que configura un solo tipo penal, (...), el mismo que tiene varias alternativas punitivas (de acuerdo a la naturaleza y cantidad de la sustancia estupefaciente), siendo necesario aplicar la pena mayor con la que se sanciona ese único acto atribuido al procesado y que en la escala punitiva de dicho artículo se refiere a la tenencia de sustancias estupefacientes en alta escala, es decir en relación a la tenencia de 115 gramos de base de cocaína, que conforme al principio de lesividad, es la cantidad y naturaleza de sustancia estupefaciente que mayor daño causa al bien jurídico protegido -salud pública-, pena que sanciona tal acto con un máximo de siete años de privación de libertad; y, por tanto con una pena privativa de libertad inferior a 10 años, con lo cual se cumple dicho requisito de procedibilidad. (Juicio No. 01283-2016-01574, 2016, pág. 35)

Así una vez que el Tribunal analizó el cumplimiento de los demás requisitos que plantea el artículo 635 del COIP y tomando en cuenta la pena negociada con Fiscalía declara al procesado Wilfrido Francisco Riofrío Carrión como autor y responsable del delito tipificado en el artículo 220 numeral 1 del COIP sancionándolo por tenencia de marihuana en mediana escala y tenencia de base de cocaína en alta escala, adoptando la pena negociada de ocho meses de privación de la libertad.

El punto esencial en esta sentencia es evidenciar como los jueces que conformaron el Tribunal priorizaron los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad frente a la aplicación de la resolución 12-2015, criterio apegado a la constitución y a la dogmática jurídico-penal; de esta manera se cumplió con el requisito establecido para la

aplicación del procedimiento abreviado, este mismo criterio debió ser tomando en cuenta por parte de los jueces de unidad que resolvían procesos similares, y que tiempo después fueron los únicos competentes para resolver procedimientos abreviados.

3.1.2 Análisis jurisprudencial a la sentencia No. 01283-2018-00337G del Tribunal de Garantías Penales del Azuay.

Número de proceso, tribunal, provincia e instancia: Proceso No. 01283-2018-00337G, Tribunal de Garantías Penales del Azuay, primera instancia.

Fecha: 14 de enero de 2019.

Juez Ponente: Dr. Cayo Cabrera Vélez.

Procesados: Esteban Patricio Vásquez Peña y Estiverson Antonio Yedra Escobar.

Tipo Penal: Art. 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal.

Antecedentes:

La investigación del presente caso inició por motivo de una llamada anónima realizada a la policía, en donde se mencionaba que el procesado Esteban Patricio Vásquez Peña expendía sustancias estupefacientes en los alrededores de una universidad ubicada en la ciudad de Cuenca, de igual manera se denunció que el sospechoso utilizaba su vehículo personal para transportar estupefacientes encargados por sus clientes con quienes se comunicaba mediante su teléfono celular para realizar la entrega a domicilio de dichas sustancias; en virtud de esta denuncia el departamento de criminalística de la policía judicial inicio la investigación y después de realizar varias diligencias como interceptar llamadas y mensajes de celular, se emitió una orden de detención para fines investigativos así como una orden de allanamiento del departamento del sospechoso (Juicio No. 01283-2018-00337G, 2019).

De esta manera el 1 de febrero de 2018, alrededor de las 20h15, se allanó el domicilio del sospechoso y se lo detuvo, conforme a la orden emitida por el juez de unidad judicial, al momento de la detención del sospechoso, este se encontraba sacando su vehículo por lo que al registrarlo se encontró en tenencia y posesión de varias sustancias estupefacientes, dentro del vehículo se encontró fundas plásticas y un envase vidrioso que contenían pastillas que darían positivo para anfetaminas y varias dosis de marihuana, así

como un cuchillo, dinero en efectivo y una balanza digital; en el departamento de los sospechosos, se encontró nuevamente varias sustancias estupefacientes entre ellas marihuana, clorhidrato de cocaína y anfetaminas; posterior a lo mencionado se ejecutó la orden de allanamiento del departamento que arrendaba el sospechoso Esteban Patricio Vásquez Peña en donde se encontró dinero en efectivo.

Argumentos de Fiscalía:

Durante todo el operativo se encontraron varias sustancias estupefacientes encontrándose estas en tenencia y posesión del procesado Esteban Patricio Vásquez Peña, así como en su vehículo, en el domicilio compartido con Estiverson Yedra Escobar y en el apartamento que arrendaba; al realizar la prueba de identificación preliminar homologada – PIPH a las sustancias encontradas estas dieron positivo a: clorhidrato de cocaína con un peso bruto total de 27.6 gramos y un peso neto total de 21.8 gramos; marihuana con un peso bruto de 487.6 gramos y un peso neto de total de 339.2 gramos; y anfetaminas - MDMA éxtasis, con un peso bruto total de 41.1 gramos y peso neto total de 20 gramos; de acuerdo con las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, establecidas en la Resolución Nro. 001-CONSEP-CD-2015, correspondía juzgar la conducta de acuerdo al tráfico de sustancias estupefacientes por mediana, alta y gran escala, correspondientemente.

Fiscalía, presentó estas evidencias y demás pruebas de cargo, así expuso su teoría del caso manifestando que los procesados en común acuerdo ofertaban, comercializaban y realizaban actos ilícitos en la ciudad de Cuenca; el modo en el que operaban era abasteciéndose de sustancias estupefacientes compradas en la ciudad de Guayaquil para en lo posterior recibir pedidos de droga a sus teléfonos celulares particulares, los cuales eran entregados usando el vehículo del procesado Esteban Vásquez Peña, quien disponía a Yedra Escobar que pese y segmente la droga a ser empleada en el tráfico, actos que los procesados realizaban desde 2017, sin perjuicio de que puedan haberlo realizado antes; Fiscalía pretende demostrar que todos los egresos, así como la compra del vehículo, es producto de las actividades de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización realizada por Esteban Vásquez Peña y Estiverson Yedra Escobar, quienes cometieron el delito con conciencia y voluntad de sus actos (Juicio No. 01283-2018-00337G, 2019).

Argumentos de la defensa de Esteban Vásquez Peña:

Su defensa técnica planteó que no es suficiente la autoría material, sino se debe analizar los elementos psicológicos de Esteban Vásquez, ya que el actuar del mismo no encuadra por no tener conocimiento y determinación de la conducta imputada, manifiesta que la capacidad de entender y valorar, del procesado, estuvo limitada y de algún forma anulada justificando su exposición en las pericias psicológicas practicadas a su defendido, así como el testimonio de testigos expertos en la materia; además alega que Fiscalía recopiló las evidencias inobservando principios elementales referentes a la cadena de custodia, lo que llevaría a la ineficacia probatoria de las mismas; en síntesis plantea que su defendido es inimputable, por su incapacidad volitiva e intelectual (Juicio No. 01283-2018-00337G, 2019).

Argumentos de la defensa de Estiverson Yedra Escobar:

Manifiesta que el 2 de febrero de 2018 se dio inicio a un proceso en contra de Estiverson Yedra Escobar, acusándolo por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, delito establecido en el artículo 220.1 del Código Orgánico Integral Penal, así el 12 de julio de 2018 se sentenció al procesado como autor del tipo mencionado, en el proceso que se llevó a cabo; posterior a este proceso se inició una nueva investigación por la cual fue imputado nuevamente, por lo tanto existe identidad objetiva y subjetiva de los hechos, por lo que Fiscalía en su acusación violenta con la prohibición de doble juzgamiento consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal i) de la Constitución; además manifiesta que Fiscalía obtuvo las pruebas con vulneración de los derechos de su defendido.

Análisis de la resolución de los jueces de voto mayoritario Patricia Novillo Rodas y Cayo Cabrera Vélez:

La resolución del presente caso debe ser analizada al detalle, puesto que cuenta con una decisión mayoritaria y con voto salvado, es preciso realizar este análisis comparativo puesto que demuestra y ejemplifica la posición de los juzgadores que debatían la aplicación o no de la resolución 12-2015; una de esas posiciones se ejemplifica en la resolución mayoritaria, exponiendo un criterio utilizado por jueces de la Corte Nacional concluyendo que no se debe realizar una acumulación punitiva; un mes después de esta sentencia la Corte Nacional de Justicia modificara el criterio respecto a la acumulación punitiva con el mismo fundamento que se expuso en este proceso.

En primer lugar, el Tribunal decide ratificar el estado de inocencia del procesado Estiverson Yedra Escobar puesto que se ha evidenciado que el procesado fue juzgado y sancionado dentro del proceso penal No. 01283-2018-00297, es decir que el procesado ya fue juzgado por los mismos hechos planteados por Fiscalía en este proceso, por lo que dicha acción constituiría una clara violación al debido proceso y a la prohibición de doble juzgamiento establecida en la Constitución del Ecuador; así solo queda por resolver la comprobación de la infracción, responsabilidad del procesado y la determinación punitiva.

Respecto a la valoración de la prueba el Tribunal ha considerado que debe valorar aquellas relacionadas con la explotación del celular de Esteban Vásquez Peña ya que se ha demostrado que existieron inconsistencias y violación a la cadena de custodia de dicho celular; además no admite la existencia de violación de cadenas de custodia relacionadas con las sustancias sujetas a fiscalización que han sido encontradas en posesión y tenencia de Esteban Vásquez Peña al momento de su detención y al momento del allanamiento de su domicilio, vehículo y departamento. Así mismo establece que la defensa del procesado no ha demostrado que se haya mezclado las muestras testigo con el sobrante de estas, como fue alegado; y que las diligencias investigativas, así como sus resultados han sido validas (Juicio No. 01283-2018-00337G, 2019).

El tribunal manifiesta que se comprobó la existencia de la infracción mediante el testimonio de los policías encargados del operativo de allanamiento y detención, así como los testimonios de los policías que intervinieron en las diligencias de vigilancia, seguimiento, tomas fotográficas e interceptaciones de las llamadas telefónicas del celular del procesado, diligencias que evidenciaron que se utilizaba el vehículo para realizar las entregas de estupefacientes, así como la venta mediante cruce de manos y los mensajes al celular en donde se solicitaba sustancias y cantidades; así al demostrar que las sustancias encontradas dieron positivo para marihuana, clorhidrato de cocaína, anfetaminas y MDMA o éxtasis en las cantidades ya expuestas, quedó probado el tráfico de sustancias estupefacientes.

En cuanto a la responsabilidad del procesado, nuevamente las diligencias investigativas proporcionaron al Tribunal la confirmación de que la persona denunciada por el delito concordaba con las características de Esteban Vásquez Peña, indicio que permitió obtener las pruebas directas que consistieron en las escuchas telefónicas en

donde se dejó en claro la actividad de tráfico de estupefacientes, al igual que las sustancias encontradas en el departamento, vehículo y ropa del procesado.

Respecto a inimputabilidad planteada por la defensa, el Tribunal no obtuvo convicción o certeza de las conclusiones de los peritos y testigos expertos que fundamentaron que padeciera un trastorno mental, ya que no tuvieron sustento técnico ni científico suficiente; por lo que para el Tribunal el procesado tiene plena capacidad de entender la ilicitud de su conducta y determinarse de acuerdo a la norma, un ejemplo de esto es la acción del procesado de haber arrendado un departamento con el claro fin de evitar comprometer la casa de su padre en sus actividades ilícitas; todos estos hechos muestran de manera inequívoca que Esteban Vásquez tenía plena consciencia de sus actos y comprendía la ilicitud de su conducta (Juicio No. 01283-2018-00337G, 2019).

Por lo expuesto el Tribunal declaró la culpabilidad de Esteban Vásquez Peña como autor directo del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; en cuanto a la determinación punitiva se le impuso una privación de la libertad correspondiente a la punición por gran escala, manifestando lo siguiente:

Al tratarse de un concurso ideal de delitos la punición de las escalas mediana y alta están absorbidas por la punición mayor establecida para la gran escala que, en este caso corresponde a éxtasis MDMA con un peso neto de 20 gramos (...) Los jueces responsables del voto de mayoría, consideramos que en este caso no es aplicable el precedente jurisprudencial contenido en la Resolución No. 12-2015 (...) nos apoyamos en el criterio de los jueces de la Corte Nacional de Justicia, (...) quienes al resolver el proceso penal No. 17721-2016-1110, que trata sobre un caso análogo, resuelven que no se debe aplicar el referido precedente jurisprudencial y deciden no acumular las penas, en cuanto, el concurso ideal de infracciones resulta evidente; como así resulta en el presente caso, toda vez que Esteban Vásquez Peña estaba traficando simultáneamente tres sustancias sujetas a fiscalización diferentes, hechos que son subsumibles en la misma conducta y lo hacía con unidad de tiempo. (Juicio No. 01283-2018-00337G, 2019, págs. 136-137)

Así se puede evidenciar como los jueces del Tribunal establece la no aplicación de la resolución 12-2015, apoyándose en un proceso de la Corte Nacional; si bien el primer proceso analizado justificaba su no aplicación por respeto de los principios

constitucionales, este lo hace aludiendo a la dogmática jurídico-penal, ya que al establecer un concurso ideal de delitos, su efecto no es otro que la elección de la punición más grave, dicha hipótesis concursal, como su efecto, ya fue referido en el presente trabajo de investigación, por lo que se puede evidenciar que el Tribunal al igual que la Corte Nacional caen en un equívoco descuido doctrinario; error que deberá ser expuesto al analizar la resolución 02-2019 para plantear una mejor estructura crítica ya que se deben examinar los motivos de la modificación de la acumulación punitiva a la luz de la doctrina del concurso de delitos.

Análisis de la resolución de voto salvado del juez Luis Flores Idrovo:

Por voto de mayoría el Tribunal declaró la culpabilidad de Esteban Vásquez Peña y confirmó el estado de inocencia de Estiverson Yedra Escobar; sin embargo, el juez titular del voto de minoría se apartó del criterio referente a la determinación punitiva, impuesta al sentenciado Vásquez Peña, imponiendo una pena acumulada al aplicar la resolución 12-2015 fundamentándose principalmente en la seguridad jurídica, principio recogido por nuestra Constitución en su artículo 82.

De esta manera se plantea que el pleno de la Corte Nacional, en uso de sus facultades constitucionales y orgánicas, ha desarrollado un criterio jurisprudencial general y obligatoria, el cual rige en el ordenamiento jurídico ecuatoriano desde la fecha de su emisión, posterior a exponer la parte resolutive de este fallo menciona que el mismo debe entenderse como fuente del Derecho y que el respeto o acatamiento al mismo, debe ser observado por las autoridades judiciales (Juicio No. 01283-2018-00337G, 2019). Se podría decir que el criterio de este juzgador es netamente positivista y está priorizando el principio de seguridad jurídica, principio afectado ya que la misma Corte Nacional resolvió casos inobservando su propio fallo jurisprudencial, dejando en evidencia que dicho criterio causo confusión e inseguridad a los juzgadores al momento de motivar sus fallos.

En conclusión, este proceso penal evidencia la utilización de otro criterio que justifica la no aplicación de la resolución 12-2015, el cual será la base para modificar la acumulación punitiva en la nueva resolución; así como el conflicto causado por la Corte Nacional que, en vez de unificar jurisprudencia, causo confusión.

3.2 Resolución 02-2019 de la Corte Nacional de Justicia.

Llegados a este punto, durante el presente trabajo de investigación, se ha podido evidenciar el camino y desarrollo que ha tenido la determinación punitiva en cuanto al tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, así como los distintos criterios respecto a la acumulación de penas; con los conceptos claros y estudiados se puede empezar el análisis de la última resolución de la Corte Nacional de Justicia respecto a este asunto; se debe tener muy presente los planteamientos dogmáticos para poder realizar una crítica objetiva y completa de dicha resolución.

El precedente jurisprudencial contenido en la resolución 02-2019 debe ser analizado conforme a la estructura que planteó la Corte Nacional de Justicia; por lo que en un primer momento se deben exponer la motivación y fundamentación legal para realizar el mismo, realizada esta exposición se debe esgrimir el problema jurídico que pretende resolver la resolución, evidenciando la argumentación común de los juicios en donde exista esta opinión reiterada y de esta manera plantear lo que resuelva la Corte Nacional.

En cuanto a la motivación para emitir la resolución 02-2019, la Corte Nacional se fundamenta en una de sus atribuciones constitucionales, así como las funciones establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial; dicha función es desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración; de igual manera se refiere al procedimiento establecido en el artículo 185 de la Constitución, el cual se compone de cuatro etapas para que la jurisprudencia de las salas se transformen en precedente jurisprudencial obligatorio, estas etapas son: 1) Existencia de mínimo tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que se plantee una opinión o criterio análogo, presentando similares circunstancias fácticas; 2) Remisión de los fallos que contengan las opiniones reiteradas del Pleno de la Corte Nacional; 3) Deliberación de los integrantes del Pleno; y, 4) Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente jurisprudencial (Resolución No. 02-2019, 2019). Las sentencias que contienen el criterio común son:

- Juicio No. 17721-2016-1110
- Juicio No. 17282-2016-00494
- Juicio No. 17282-2016-05465

3.2.1 Determinación del problema jurídico.

Una vez desarrollada la parte formal, compete analizar el fondo de la resolución, y el primer asunto por resolver es el de fijar el problema jurídico que resuelven las sentencias mencionadas para que de esta manera la Corte Nacional pueda ratificar o rechazar el criterio análogo; así se determina que el problema jurídico es el siguiente:

En los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, cuando el delito se realice por medio de uno o varios verbos constantes en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción: ¿Cuál es el criterio que debe aplicar la o el juzgador para punir esta conducta delictiva? (Resolución No. 02-2019, 2019, pág. 3)

Es decir, el problema jurídico radica en establecer el criterio correcto sobre la determinación punitiva con relación al tráfico de estupefacientes, cuando a un procesado se le ha atribuido una o varias conductas establecidas en el artículo 220 del COIP, en unidad de tiempo y acción. Aquí se comete el primer error ya que se hace alusión al cometimiento del delito mediante uno o varios verbos rectores del delito en cuestión, que como ya fue explicado no son más que verbos descriptivos de un tipo penal incongruente, además que se refiere a una unidad de tiempo y de acción; de esta manera se esboza una especie de cometimiento de dos conductas distintas por las cuales existe un criterio para sancionarlas; es claro cómo se pretende llegar a la conclusión de la existencia de una hipótesis concursal.

3.2.2 Criterio para modificar la acumulación de penas.

Una vez que ya se ha establecido la cuestión a resolver, la Corte Nacional se enfoca en acordar cuál es la línea argumental común o el criterio análogo que surge de las sentencias, instaurando la existencia de un concurso de infracciones; si recordamos la argumentación de la resolución 12-2015, concluía que no se daba la existencia de ninguna hipótesis concursal, sin embargo para efectos de la resolución 02-2019 se establece que para resolver el problema jurídico, se debe tomar en cuenta el concurso de delitos.

La Corte Nacional toma como antecedente al principio de proporcionalidad y considera que:

(...) cuando a un sujeto le son imputables “varios delitos” que han de juzgarse en un mismo proceso, se suscitan una serie de cuestiones que la doctrina los ha reunido bajo el nombre de “concurso de delitos”; ahora bien, el interés práctico y/o medular del tema en cuestión, estriba sobre todo en la medida de la pena a imponer al sujeto activo del delito, para lo cual se presentan o son posibles varias hipótesis a saber (...) (Resolución No. 02-2019, 2019, pág. 3)

Cabe preguntarse ¿cuál fue el motivo para referirse al principio de proporcionalidad? Ya que se lo toma como fundamento de los principios que resuelven las hipótesis concursales; además traza lo que debe entenderse por concurso de delitos, pero cuál es el motivo para aquello, ya que se entiende que el artículo 220 del COIP consagra un solo tipo penal, que, si bien se puede realizar por medio de varias conductas, el tipo específico es el tráfico de estupefacientes; entonces ¿por qué se hace referenciar a la imputación de varios delitos? Parece que se pretende modificar al criterio en cuanto a la determinación punitiva y que dicho criterio no esté orientado a una acumulación de penas, pero como efecto de un concurso ideal, más no porque esta acumulación violente principios constitucionales, siendo esta la fundamentación adecuada.

Esta crítica encuentra sustento ya que al momento de referirse a los principios que resuelven las hipótesis concursales, particularmente al principio de acumulación, dicen: “que cada una de las infracciones realizadas se penen por separado, acumulándose las sanciones que resulten (...) lo cual se venía realizando con la aplicación de la Resolución No. 12-2015” (Resolución No. 02-2019, 2019, pág. 4). En la resolución anterior no se aceptó la existencia del concurso de delitos, por lo que mal se podría haber aplicado un principio que reconozca dicho concurso, dicha acumulación se daba en virtud del criterio transgresor del principio de legalidad y principio de proporcionalidad creado por la Corte Nacional; es el primer momento en donde se evidencia una falta de conocimiento del concurso de delitos ya que a continuación exponen en detalle tanto el concurso real como el concurso ideal.

Al referirse al concurso real se menciona lo establecido en el artículo 20 del COIP y se plantean dos presupuestos para la configuración del mismo; sin embargo al haber estudiado a profundidad esta hipótesis concursal, tomando varios criterios y opiniones de ciertos juristas, se evidencia que se ha omitido la relación de temporalidad razonable que debe existir entre la comisión de un delito y otro, así como la evidente afectación a diversos bienes jurídicos, ciertamente se hace referencia a este concurso por obligación,

más no por querer desarrollar verdaderamente el tema. En este punto se empieza a evidenciar la contradicción en la argumentación, ya que se refieren a que el tipo penal de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización tiene una estructura polinuclear al tener varios verbos rectores, dicen: “**tales acciones no son varios delitos ni tampoco autónomos e independientes.**” (Resolución No. 02-2019, 2019, pág. 4); realizada esta afirmación proceden a desarrollar el concurso ideal.

Se hace alusión al artículo 21 del COIP y resumen que se configura el concurso ideal cuando: “(...) el sujeto activo del delito mediante la misma acción, viola varias leyes penales o varias veces la misma ley penal.” (Resolución No. 02-2019, 2019, pág. 5). Por lo que plantean dos requisitos: “i) Que exista una sola acción; y, ii) Que **dicha acción suponga la realización de varios tipos penales.**” (Resolución No. 02-2019, 2019, pág. 5).

Hasta este momento está claro que no se puede configurar por ningún motivo el concurso ideal de delitos ya que necesariamente se requiere violentar varios tipos penales, y es la misma Corte la que se encarga de plantear los conceptos básicos del tema; por lo que hasta este momento es esencial puntualizar reiteradamente que no se ha demostrado la existencia de concurso alguno en los casos en cuestión, no se ha comprobado la configuración ni del concurso real, ni del concurso ideal, no solo omitiendo a la dogmática jurídico-penal, además hay una contradicción evidente de la misma línea argumentativa de la Corte Nacional.

Sin embargo, pese a no haberse demostrado la configuración del concurso ideal, se presume este probado y agotado por lo que corresponde enfocarse en el efecto el cual es la determinación de la pena, presentándolo como el problema a solucionar; el gran problema es que todo lo mencionado lo sintetizan en el siguiente párrafo:

Cabe indicar que desde el marco del tratamiento penal, el problema que se presenta **luego de comprobar la presencia de un concurso ideal de delitos**, es el de saber qué pena se debe imponer al sujeto activo; si las disposiciones en concurso fijan la misma escala, el juez no tendrá dificultades, pero si son diferentes se deberá determinar conforme a la más severa (...) Hay que reiterar que la unidad de intención delictiva es la que caracteriza al concurso ideal y la que lo diferencia o distingue del real o material. (Resolución No. 02-2019, 2019, pág. 5)

Lo que esta argumentación da a entender es que cuando a un sujeto activo de tráfico de estupefacientes se lo procesa por dos o más sustancias de distinta naturaleza, al existir una tabla que regula las escalas para establecer una pena, estas se convierten en disposiciones que se encuentran en concurso, lo cual es completamente erróneo ya que el propósito de las escalas no es otro que regular de manera técnica la pena correspondiente a la sustancia y cantidad con la que se trafica, es un mecanismo técnico que establece una pena mayor en relación a la sustancia y cantidad que violenta en mayor medida el bien jurídico protegido, la salud pública; empero las escalas no son tipos penales para entrar en una hipótesis concursal, no obstante se plantea la existencia de un concurso entre escalas, que cuando sean iguales no habrá problema pero que cuando se establezcan diferentes se deberá juzgar de acuerdo a la más grave; esto quiere decir que a un sujeto procesado por tráfico ilícito de marihuana en mediana escala y clorhidrato de cocaína en alta escala, se deberá determinar su pena en el rango de lo establecido para alta escala.

Esta es la conclusión a la que llega la Corte Nacional y establece que existe una nueva línea jurisprudencial, la cual modifica al criterio contenido en la resolución 12-2015; el último punto de la resolución analizada se refiere a que la modificación de un criterio jurisprudencial obligatorio requiere haberse sustentado en razones jurídicas que motiven el cambio, y que gracias a los fallos analizados se ha demostrado que existe un criterio análogo que constituye una nueva línea jurisprudencial, con estas razones se resuelve declarar como precedente jurisprudencial obligatorio el siguiente punto:

En los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y cuya conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos rectores constantes en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción, se debe aplicar el concurso ideal de delitos, por el que se punirá únicamente la conducta más severamente sancionada en el tipo penal, conforme el principio de absorción que rige este modelo concursal. (Resolución No. 02-2019, 2019, pág. 7)

De esta manera concluye la resolución 02-2019, mediante dos artículos: el primero siendo el punto antes mencionado y el segundo declarando dejar sin efecto el precedente jurisprudencial contenido en la resolución 12-2015, lo cual acaba con más de tres años de vigencia de un criterio que no generó más que estragos en el sistema carcelario, violentó principios constitucionales de los procesados e inventó un criterio desapegado de la

dogmática jurídico-penal que acumulaba penas sin sustento alguno. Pareciera que la Corte Nacional se enfocó en modificar el criterio en cuanto a la acumulación punitiva para resolver estos problemas prácticos, pero no supieron entender correctamente a las doctrinarias utilizadas como lo es la teoría del concurso de delitos.

Está claro que se debió dejar sin efecto a la resolución del año 2015 pero en base a la supremacía de los principios constitucionales como lo son el principio de legalidad y el de proporcionalidad, dicha motivación se puede encontrar en sentencias de Tribunales de Garantías Penales, por lo que no es un criterio aislado, pero es curioso que siendo este el camino correcto y sencillo, los jueces de la Corte Nacional no lo hayan utilizado para resolver los casos que sirvieron como criterio análogo y dar paso a una resolución apegada a la dogmática jurídico-penal.

3.3 Situación jurídica actual de las personas procesadas mediante la resolución 12-2015.

Llegado a este punto, es primordial entender cuáles son las consecuencias que genera la resolución 02-2019, ya que bien o mal fundamentada, la resolución ha modificado al criterio en cuanto a la determinación de la pena, y al dejar sin efecto la resolución 12-2015, impide una acumulación punitiva frente al cometimiento del tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; se ha expuesto que la resolución vigente, no es concordante con la dogmática jurídico-penal, mucho menos con los argumentos esgrimidos por el pleno de la Corte Nacional; sin embargo, esta resolución presenta un gran cambio en relación a la determinación punitiva, puesto que impide acumular penas en los casos de tráfico de estupefacientes y plantea que se debe determinar la pena en relación a la conducta más grave, lo que vendría a ser, sancionar por la mayor escala de punición, así es lógica la consecuencia que implica; como se ha venido esbozando en el presente trabajo de investigación, que el tratamiento penal a los delitos relacionados con drogas debe ir más allá de mantener una política represiva frente al consumo y microtráfico, se ha demostrado que no son efectivos los resultados de esta represión y que es preferible optar por mecanismos que impidan un sometimiento al proceso penal a los consumidores, así como mecanismos alternativos-preventivos para que los micro traficantes no sean capital humano para las grandes organizaciones criminales (Stöver, Michels, Werse, & Pfeiffer-Gerschel, 2019), que hoy manejan las cárceles del país debido a su sobrepoblación.

De igual manera, como fue ya analizado, la pena debe jugar un papel fundamental en este cambio, por lo que se debe de respetar su finalidad preventiva general (Roxin, 2009), mucho más si nos referimos al fenómeno socioeconómico que son las drogas, podría ser que conjuntamente con un cambio de visión por parte del ejecutivo, así como una adecuada política criminal, en cuanto al microtráfico, estemos a las puertas de un nuevo cambio de paradigma en nuestro país; siendo este el labor de legisladores, jueces y abogados.

Ahora corresponde analizar la otra consecuencia de la resolución 02-2019; para esto debemos concretar el problema jurídico a resolver, pues si bien hoy en día está vigente un criterio que impide la acumulación punitiva, por el cometimiento del delito tipificado en el artículo 220.1 del COIP; ¿Cuál es la situación jurídica de las personas sentenciadas, cuya determinación punitiva medió una acumulación de penas? Este cuestionamiento surgió reiteradas veces en el desarrollo del presente trabajo, y su solución generaría amplios efectos prácticos para las personas sentenciadas.

En primer lugar, debemos analizar qué efectos jurídicos causa la resolución 02-2019, específicamente un fallo de triple reiteración; pues sabemos que la Corte Nacional tiene como función unificar la jurisprudencia con la finalidad de mantener uniformidad en los criterios de interpretación y valoración a nivel nacional, dicha resoluciones, como lo establece el artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador, es jurisprudencia obligatoria, es decir tienen fuerza de ley. Así mismo la Constitución en su artículo 11 numeral 8 establece que el contenido de los derechos se desarrolla a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas; este argumento es necesario construirlo de esta manera ya que debemos tener claro que la resolución 02-2019 al tener fuerza de ley, tiene por finalidad desarrollar el contenido de los derechos y principios constitucionales; entendida la resolución de esta manera cabe la interpretación del principio de favorabilidad en relación a la situación jurídica de las personas sentenciadas.

Necesariamente, para intentar resolver este tema, se debe hacer alusión al principio de favorabilidad; dicho principio se origina gracias al principio de legalidad, por ser una garantía del debido proceso; el principio de legalidad, al ser la base del Derecho Penal moderno, fija los límites necesarios que impiden que un Estado autoritario transgreda los derechos de sus ciudadanos, protegiéndoles del ejercicio desmesurado del poder punitivo (Roxin, 2009). El principio de favorabilidad se encuentra establecido en la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76 numeral 5, y establece que:

Art. 76.- 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:

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. (Ecuador A. N., 2008)

Así mismo se lo encuentra en el artículo 5 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal:

Art. 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2016)

Por lo tanto, el principio de favorabilidad al gozar de reconocimiento constitucional, procesal e incluso por los instrumentos internacionales de derechos humanos, es plenamente aplicable para resolver la situación planteada.

El principio de favorabilidad parte del aforismo “*in dubio pro reo*” principio probatorio del Derecho Penal, el cual se resume que ante la duda se debe decidir en favor del procesado; dicho principio no está aislado únicamente para el tema probatorio, ya que también se lo aplica después de la finalización de la valoración de la prueba, es decir posterior a la determinación punitiva (Roxin, 2000), por lo que de este principio se generan diversas garantías en distintos ámbitos del proceso; por ejemplo que la conducta por la que se imputó y sentenció al procesado haya dejado de ser reprochable; sea porque durante el proceso la conducta dejó de ser punible, sea porque se modificó la sanción por la cual se sentenció al procesado o se haya modificado la pena, etc. De esta manera este

principio se encuentra vinculado a la irretroactividad de la ley, siendo su excepción (Donna, 2008).

Es así que cabe preguntarse; si la resolución 12-2015 planteó un criterio sobre la acumulación punitiva en el caso que una persona cometiera el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización, y hoy en día dicha resolución se encuentra sin efecto por la resolución 02-2019, la cual fija un criterio distinto; el de sancionar la misma conducta, únicamente por la pena más grave, entonces ¿Puede una persona, sentenciada mediante la resolución 12-2015, beneficiarse del nuevo criterio vigente y que sea modificada su pena?

Se mencionó en líneas anteriores que el principio de irretroactividad de la ley encuentra su excepción en la aplicación del principio de favorabilidad, ya que cuando una ley posterior al hecho imputado, suprime su reprochabilidad, atenúa la gravedad de la pena o cambia en un sentido favorable al procesado, esta debe prevalecer, ya que han variado las circunstancias que determinaron la sentencia, esto en la dogmática jurídico-penal es conocido como a retroactividad de la ley más benigna (Donna, 2008), la cual se deduce del principio de favorabilidad.

Del análisis realizado al principio de favorabilidad se puede concluir, mediante una interpretación general, que cuando se modifica una ley que cambia la situación jurídica penal de un procesado o sentenciado, es necesario comparar los preceptos de las dos leyes para determinar cuál es la situación más favorable para esa persona, con el fin de prevenir una violación de la justicia material; de esta manera se efectiviza el principio de favorabilidad, eligiendo la situación más benigna para la persona procesada o sentenciada y para elegir esa situación más favorable se debe analizar las normas penales materiales que determinan la responsabilidad y la medida de la pena (Donna, 2008); en cuanto al momento de aplicar este principio, el jurista Donna manifiesta: “La teoría constitucional ha sostenido que en virtud de esta garantía, la ley penal más benigna debe aplicarse tanto durante el juicio como después de él.” (Donna, 2008, pág. 414); de esta manera el principio de favorabilidad se resume en la elección de la ley más favorable que deje a la persona procesada o sentenciada en una mejor situación jurídico-material.

Por ende, al realizar una interpretación particular, y en contexto con toda la normativa referida, así como la dogmática jurídico-penal expuesta, es lógico entender que si la resolución 12-2015, al ser jurisprudencia obligatoria, con fuerza de ley; planteaba un criterio en donde a la persona culpable por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes,

que el objeto del delito, fuera una o más sustancias, en cantidades iguales o diferentes, le correspondía una pena acumulada por cada una de las sustancias; y hoy en día al quedar sin efecto dicha resolución y ser modificada mediante la resolución 02-2019, la cual determina que en la misma circunstancia fáctica, se deberá aplicar el concurso ideal de delitos por lo que la determinación punitiva será únicamente de conformidad a la punición más grave; es urgente la aplicación del principio de favorabilidad y por ende la aplicación retroactiva de la norma, en particular del fallo jurisprudencial, en los procesos penales de personas sentenciadas, en donde la determinación punitiva fue de acuerdo a una acumulación de penas, ya que hoy en día existe una situación que, de darse el caso, sería más favorable para estas personas; la resolución tiene plenamente vigencia para actuar con retroactividad, por ser la ley más benigna, de esta manera estas personas se beneficiarían y podrían modificar su pena, de darse el caso.

Para finalizar, es necesario saber que para la aplicación del principio de favorabilidad, no existe un procedimiento específico en el Código Orgánico Integral Penal, es decir no hay un mecanismo concreto el cual seguir para plantear la mentada argumentación para poder revisar la situación jurídica de estas personas; lo que cabe es fundamentarse en principios constitucionales y la jurisprudencia obligatoria de la Corte Nacional de Justicia para que mediante una solicitud al Juez de Garantías Penitenciarias revise esta situación, y de presentarse el caso se aplique el principio de favorabilidad reduciendo la pena establecida o de ser el caso, se establezca la inmediata libertad de la persona en cuestión; en caso de que esta solicitud sea rechazada, lo cual sería claramente atentatorio a los derechos constitucionales expuestos, correspondería plantear una acción extraordinaria de protección; dicha labor es imperiosa para los abogados del Ecuador.

CONCLUSIONES

Al finalizar el presente trabajo de investigación, es necesario exponer las conclusiones y resultados a los que se arribó, dichas conclusiones son correspondientes a los objetivos planteados en cada uno de los capítulos de este proyecto.

En cuanto a la legislación penal ecuatoriana, respecto al tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, su desarrollo se ha encontrado vinculado con las políticas internacionales que dirigen el tema; desde sus inicios dicha legislación no ha tenido el grado técnico necesario para solventar los problemas que el fenómeno socioeconómico de las drogas, generan; esto sigue siendo una consecuencia de seguir dichas políticas internacionales, las cuales ha sido dominadas por el criterio de represión a todo lo que gira en torno a las sustancias estupefacientes, este criterio plantea que las drogas son un problema de seguridad y mediante políticas criminales, extienden esa represión a los consumidores, sin diferenciarlos de criminales; si bien, el tema de las drogas conlleva un problema de seguridad, en esencia es un problema de salud, al cual no se lo ha tomado con la debida atención, precisamente por seguir acatando ese criterio de represión, el cual ya se ha demostrado que no genera los resultados esperados, al día de hoy existen Estados fallidos que no son capaces de proporcionar la seguridad necesaria a sus ciudadanos y aun así mantiene políticas y legislaciones encaminadas a la represión.

El Ecuador se ha caracterizado por ser un país contradictorio, pues si bien en su momento fuimos reconocidos incluso por la Organización de Estados Americanos como un país que planteaba un nuevo paradigma en cuanto a la lucha contra las drogas, poco tiempo después se retomaron los criterios de represión y mediante todos los poderes del Estado, priorizando el encarcelamiento y la mano dura para tratar de frenar el consumo de estupefacientes, lo cual claro está, no ha llevado más que a un sobre poblamiento de los centros de rehabilitación y nuevamente a demostrar que la represión no ha sido el camino correcto.

Si bien cada país tiene una realidad propia, al estudiar las políticas criminales y la legislación en países de primer mundo, así como países vecinos en el continente, se ha llegado a la conclusión de que el consumo de las sustancias estupefacientes, es a lo que todos los Estados pretende atacar, a este consumo se lo combate reprimiéndolo o previniéndolo; si utilizamos todo el aparataje del Estado, principalmente al poder punitivo y lo enfocamos en prohibir este consumo, sin mirar a este fenómeno como un problema

de salud, el resultado nos llevará a generar una estricta represión en donde toda persona que tiene contacto con las sustancias estupefacientes es un criminal; por otro lado si enfocamos la finalidad de las acciones, políticas y legislativas, a la prevención se podrá encontrar alternativas en donde se trate verdaderamente a los consumidores como personas que tienen un problema de salud, de igual manera se podrá encontrar y crear mecanismos alternativos para las personas involucradas en el tráfico ilícito de drogas, permitiendo que estas no sean capital humano para las grandes organizaciones criminales que trafican con grandes cantidades de estupefacientes, estas alternativas permiten que el Estado utilice eficazmente los recursos y combata a las grandes organizaciones criminales, las cuales son las únicas beneficiarias de esta fenómeno; dichas medidas han producido resultados, ejemplo de aquello son los casos de Alemania y Holanda, en donde sí existe prohibición al consumo, sin embargo el Estado enfoca sus leyes y políticas públicas a la prevención para ser eficaz en la lucha contra las organizaciones criminales.

En cuanto al ámbito jurídico-penal en el país, el tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización, está tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, se lo ha establecido como un tipo penal incongruente, y la dogmática jurídico-penal es la encargada de explicar estos tipos penales, refiriéndose que son tipos penales en donde el tipo subjetivo sobrepasa los presupuestos del tipo objetivo, es decir la voluntad del autor se sobrepone al dolo y lo rebasa, exigiendo una finalidad adicional para configurar el tipo penal; entendido así el tráfico ilícito de estupefacientes, no cabe lugar al error de entender a los diversos verbos rectores como acciones individuales del fin buscado por el autor, el cual es la comercialización de estupefacientes; de igual manera se concluye que es necesario establecer una tabla de consumo precisa, por parte del órgano legislativo, para que exista concordancia con la tabla de sustancias estupefacientes, que tiene por objetivo establecer escalas para imponer diferentes penas, más no para sancionar a los consumidores, de esta manera con todo el ordenamiento jurídico relacionado al tráfico ilícito de estupefacientes, en armonía se podrá realizar una determinación punitiva precisa que no violente los derechos y principios constitucionales de los procesados.

Con relación al segundo capítulo se pudo verificar que la finalidad de la pena debe jugar un papel sumamente importante en cuanto a la determinación punitiva, esto se recalca ya que dicha finalidad ha sido omitida por parte del pleno de la Corte Nacional de Justicia al momento de establecer los problemas jurídicos de la resolución 12-2015, creando un criterio el cual obligaba a que la determinación punitiva caiga en un sin sentido

y que en la práctica se impongan penas draconianas; la finalidad de la pena es la guía necesaria que permite armonizar todo el aparato punitivo, creando una concordancia entre los derechos y garantías constitucionales con el proceso penal.

El Ecuador al ser partidario de la teoría de prevención general positiva, la cual tiene por objetivo garantizar la protección de bienes jurídicos y a la norma, incidiendo totalmente en la prevención del cometimiento de delitos e instaurando un régimen en donde las personas sentenciadas puedan reinsertarse plenamente a la sociedad, debe de velar por el cumplimiento de esta finalidad, entendiendo que el fundamento y el fin de la pena, al no ser lo mismo, se puede optar por alternativas que persuadan o una vez cometido el delito se pueda cumplir con sanciones que no necesariamente pasan por la imposición de penas privativas de libertad. Retomando el tema de la resolución 12-2015, se concluyó que su fundamentación se basó en la peligrosidad de la conducta, siendo a todas luces incorrecto ya que, si bien se analizó, vagamente, la teoría del concurso de delitos no se hizo hincapié en establecer que el único mecanismo, jurídico-legislativo y dogmático-jurídico, apropiado para acumular penas es el concurso real de delitos, a esta conclusión se arribó gracias al estudio de la teoría concursal y sus efectos, estudio necesario para no caer en errores de interpretación o errores de aplicación de los efectos que se proponen.

De igual manera se evidenció que la aplicación de la resolución 12-2015 violentó los principios de legalidad y proporcionalidad, siendo este el fundamento adecuado para modificar a la resolución; a estos principios se los debe tener presentes al momento de la determinación punitiva ya que son los límites, para que el Estado no abuse del ejercicio del poder punitivo, y no afecte los derechos de sus ciudadanos. En definitiva, para una correcta determinación punitiva referente al tráfico ilícito de sustancias se deben tomar en cuenta todos estos elementos mencionados, siendo la finalidad de la pena el criterio primordial que permite el correcto ejercicio del poder punitivo.

Por último, se analizó detalladamente todo lo relacionado a la resolución 02-2019, la cual se encuentra vigente y es la encargada de establecer el criterio respecto a la determinación punitiva del tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; en primer lugar se expuso como los jueces de la Corte Nacional dejaron de aplicar el criterio, creado por ellos mismos, generando una afectación a la seguridad jurídica; también se evidenció como varios Tribunales de Garantías Penales, que pretendían priorizar los derechos y principios constitucionales, dejaron de aplicar el criterio de la resolución anterior, fundamentándose en diversos razonamientos, generando una falta de

unanimidad en la determinación punitiva de este delito; el problema tiene su origen en el razonamiento de la Corte Nacional y en ningún caso se puede culpar a todos esos jueces que pretendían rectificar el error cometido.

Queda demostrado que la Corte Nacional de Justicia tuvo la oportunidad de modificar ese criterio erróneo realizando un análisis dogmático de la teoría del concurso de delitos y de los principios constitucionales, para dejar sin efecto la anterior resolución, en virtud de la supremacía de los derechos constitucionales afectados, así como el acatamiento a la finalidad de la pena, e inclusive hacer referencia a que el único mecanismo que permite una acumulación punitiva, es la configuración del concurso real de delitos; sin embargo, la Corte Nacional elimina la anterior resolución arreglando sus efectos prácticos, es decir se conforma con eliminar la acumulación punitiva, ya que si bien establece que no se configura el concurso real, único mecanismo para acumular penas, establece que en los casos relacionados al artículo 220.1 del COIP se debe aplicar el concurso ideal de delitos, el cual por efecto tiende a la determinación punitiva de la pena más grave; en ningún momento se expuso como se llega a configurar dicho concurso, pues para esto es necesario el cometimiento de dos o más acciones, nuevamente dejando en evidencia la falta de entendimiento o la falta de interés por interpretar y utilizar la dogmática jurídico-penal para establecer criterios útiles al momento de tan delicada actividad como lo es la determinación punitiva.

Finalmente se analizó cual es la situación jurídica de las personas procesadas mediante la resolución 12-2015, ya que se encuentra vigente un nuevo criterio de determinación punitiva en relación al tráfico ilícito de estupefacientes, y se concluyó que en los casos de personas sentenciadas a penas acumuladas que hoy en día siguen cumpliéndolas, es factible la aplicación del principio de favorabilidad, el cual establece que al crearse una situación más favorable para la persona sentenciada, se debe aplicar la ley que lo favorezca, en este caso el criterio que impone la pena más grave y no la acumulación de penas.

En conclusión, la determinación de la pena es una labor sumamente importante en el juzgamiento de una persona, por lo que se debe priorizar los derechos y principios constitucionales, así como los razonamientos brindados por la dogmática jurídico-penal, dichos criterios limitan al poder punitivo del Estado, evitando vulneraciones a los ciudadanos; en cuanto al desarrollo del tratamiento penal al tráfico ilícito de estupefacientes el Ecuador necesita generar un nuevo paradigma que se enfoque en

prevenir el consumo, generando nuevas políticas públicas así como alternativas procesales para que las personas involucradas en el fenómeno de las drogas no sigan en el círculo vicioso al que los hunden al ingresar al sistema penitenciario y puedan alcanzar una reinserción social plena.

BIBLIOGRAFÍA

- Americanos, O. d. (2015). *Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con drogas*. Washington: CICAD y Ministerio de Justicia y del Derecho de la República de Colombia.
- Andrade, P. (1991). Consumo, prevención y tratamiento: El caso ecuatoriano. En A. Bonilla, P. Andrade, X. Andrade, W. MIño, P. Bonilla, A. Paéz, & B. Bagley, *La Economía Política del Narcotráfico: El Caso Ecuatoriano* (págs. 46-62). Quito: FLACSO Ecuador, North South Center University of Miami.
- Antón Oneca, J. (2000). *Obras: Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2016). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Ediciones Legales.
- Bajos, G. C. (12 de Agosto de 2019). *Rijksoverheid*. Obtenido de Rijksoverheid: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/drugs/gedoogbeleid-softdrugs-en-coffeeshops>
- Bajos, R. d. (1928). *Opiumwet*. Apeldoorn, Paleize het Loo.
- Bonilla, A. (1991). Ecuador: actor internacional en la guerra de las drogas. En A. Bonilla, P. Andrade, X. Andrade, W. MIño, P. Bonilla, A. Paéz, & B. Bagley, *La Economía Política del Narcotráfico, el caso ecuatoriano* (págs. 9-45). Quito: FLACSO Ecuador, North South Center University of Miami.
- Bonilla, A. (2008). Ecuador y Estados Unidos: agendas distintas sin confrontación. En A. Bonilla, S. Ramírez, D. Rojas, A. Tickner, & y. otros, *Una Mirada al Ecuador Cátedra: Fronteras, Vencidad e Integración* (págs. 495-512). Bogota: Ministerio de Relaciones Exteriores, Universidad Nacional de Colombia.
- Bundestag, Parlamento Federal de Alemania. (1981). *Ley de Estupefacientes - Betäubungsmittelgesetz - BtMG*. Berlín: Gaceta de Leyes Federales I p. 358. Obtenido de http://www.gesetze-im-internet.de/btmg_1981/BJNR106810981.html#BJNR106810981BJNG000101308
- Bundestag, Parlamento Federal de Alemania. (1998). *Strafgesetzbuch - StGB*. Munich: Fiel Web.

- Cantillo, J. (13 de Agosto de 2019). *Infobae*. Obtenido de Infobae: <https://www.infobae.com/america/colombia/2019/08/13/aprobaron-nueva-ley-que-regula-el-consumo-de-droga-en-colombia-y-lo-prohibe-en-parques-y-cerca-de-colegios/>
- Chile, C. N. (1874). *Código Penal de la República de Chile*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&idParte=0>
- Chile, C. N. (2005). *Ley No. 20.000*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=235507&idVersion=2015-10-22>
- Colombia, C. d. (1986). *Ley 30 de 1986*. Bogotá. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/LEY-0030-DE-1986.pdf>
- Colombia, C. d. (2000). *Código Penal de la República de Colombia*. Bogotá: Diario Oficial 44097 de Julio 24 de 2000. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>
- Donna, E. A. (2008). *Derecho Penal: Parte General: Tomo I: Fundamentos-Teoría de la ley penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Donna, E. A. (2008). *Derecho Penal: Parte General: Tomo II: Teoría General del Delito*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Ecuador, A. N. (1916). *Ley del Control del Opio*. Quito: Registro Oficial No. 39 de 18-10-1916.
- Ecuador, A. N. (1970). *Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes*. Quito: Registro oficial No. 105 de 23-11-1970.
- Ecuador, A. N. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales.
- Exteriores, M. H. (Junio de 2008). *Revista Pensamiento Penal*. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina45925.pdf>

- Falconí, J. G. (2001). *Las Garantías Constitucionales en el nuevo código de procedimiento penal y la responsabilidad extracontractual del estado*. Quito: Primera Edición.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4122-garantismo-penal-coleccion-facultad-de-derecho>
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado: Tomo I Principios y Parte General*. Quito: Latitud Cero.
- García Falconí, R. (28 de Septiembre de 2015). *Grueso error de la CNJ*. Obtenido de El Universo:
<https://www.eluniverso.com/opinion/2015/09/28/nota/5153195/grueso-error-cnj>
- Heredia, V. (27 de Abril de 2018). *El Comercio*. Obtenido de El Comercio :
<https://www.elcomercio.com/actualidad/leninmoreno-suprime-secretaria-drogas-decreto.html>
- Jakobs, G. (1997). *Drecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A.
- Judicial, R. (7 de Junio de 2019). *El Espectador*. Obtenido de El Espectador:
<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-fallo-de-la-corte-afecto-todo-el-decreto-que-permite-decomisar-la-dosis-minima-articulo-864825>
- Juicio No. 01283-2016-01574, 01574 (Tribunal de Garantías Penales del Azuay 29 de Noviembre de 2016).
- Juicio No. 01283-2018-00337G, 00337G (Tribunal de Garantías Penales del Azuay 14 de Enero de 2019).
- Kant, I. (1994). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Maurach, R. (1962). *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ediciones Ariel.
- Maurach, R., & Zipf, H. (1994). *Derecho Penal: Parte General: Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Buenos Aires: Astrea.
- Muñoz Conde, F. (2000). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho Penal: Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2000). *Derecho Penal: Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Núñez Vega, J. (2006). *Cacería de Brujos, Drogas Ilegales y Sistema de Cárceles en el Ecuador*. Quito: Abya-Yala.
- Paladines, J. V. (2016). *En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en el Ecuador*. Quito: Estudios Friedrich Ebert Stiftung.
- Palomino, S. (23 de Diciembre de 2015). *El País*. Obtenido de El País: https://elpais.com/internacional/2015/12/22/colombia/1450801294_794030.html?id_externo_rsoc=FB_CM
- RAE. (2014). *Diccionario de la Lengua Española* (23a ed.). Madrid: Real Academia Española. Obtenido de <https://dle.rae.es/?id=aELNlgY>
- Resolución 001 CONSEP-CO-2013, 001-2013 (CONSEP 21 de Mayo de 2013).
- Resolución No. 02-2019, 02-2019 (Corte Nacional de Justicia del Ecuador 6 de Febrero de 2019).
- Resolución No.12-2015, 12-2015 (Corte Nacional de Justicia del Ecuador 22 de Septiembre de 2015).
- Rivera Velez, F. (2005). Ecuador: los bemoles de la guerra contra las drogas. En C. A. Rosin, A. Isacson, R. Neild, M. Ramirez, K. Stanton, J. Walsh, . . . G. Cordero, *Drogas y Democracia en América Latina: El impacto de la política de Estados Unidos* (págs. 287-323). Buenos Aires: WOLA, Editorial Biblos.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Roxin, C. (2009). *Derecho Penal: Parte General: Tomo I: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Sentencia C-221, C-221 (Corte Constitucional de Colombia 5 de Mayo de 1994). Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6960#1>
- Stöver, H., Michels, I. I., Wersé, B., & Pfeiffer-Gerschel, T. (2019). *La regulación del cannabis en Europa: Informe sobre Alemania*. Transnational Institute (TNI).

Obtenido de https://www.tni.org/files/publication-downloads/germany_spanish.pdf

Unidas, A. G. (1988). *Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*. Viena: Naciones Unidas.

Universo, E. (16 de Julio de 2019). *El Universo*. Obtenido de Crisis Carcelaria: <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/07/16/nota/7427856/se-amplio-mes-estado-excepcion-carceles-ecuador>

Welzel, H. (1987). *Derecho Penal Aleman: Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.