UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO

“Trabajo de Titulación Examen Complexivo para la obtención del grado de Magíster en Derecho Constitucional”

ANÁLISIS DEL FALLO DE TRIPLE REITERACIÓN 12-2015 DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

AB. PAUL FERNANDO GRANDA CUEVA

SEPTIEMBRE 2017

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Ab. **PAÚL FERNANDO GRANDA CUEVA**

DECLARO QUE:

El examen complexivo "**Análisis del Fallo de Triple Reiteración 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia"** previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Constitucional**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 07 días del mes de septiembre del año 2017

EL AUTOR

_____

Ab. PAÚL FERNANDO GRANDA CUEVA

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

AUTORIZACIÓN

Yo, **Ab. PAÚL FERNANDO GRANDA CUEVA**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complexivo "**ANÁLISIS DEL FALLO DE TRIPLE REITERACIÓN 12-2015 DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA"** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 07 días del mes de septiembre del año 2017

EL AUTOR

_____

Ab. PAÚL FERNANDO GRANDA CUEVA

INDICE

CAPÍTULO I…….. 1
INTRODUCCIÓN……. 1
1.1 EL PROBLEMA…… 1
1.2 OBJETIVOS…….. 2
1.2.1 Objetivo General..... 2
1.2.2 Objetivos Específicos..... 2
1.3. BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL..... 2

CAPÍTULO II..... 4

2 DESARROLLO..... 4

2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... 4
2.1.1 Antecedentes..... 4
2.1.2 Descripción del Objeto de Investigación..... 6
2.1.3 Preguntas de Investigación..... 7

2.2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA..... 8
2.2.1 Antecedentes de Estudio..... 8
2.2.2 Bases Teóricas.....9
2.2.2.1 Estado Constitucional de Derechos……...9
2.2.2.1.2 Estado Constitucional de Derechos en el Ecuador…….…. 11
2.2.2.2 Constitucionalización del derecho penal…… 13
2.2.2.3 Principio de Legalidad…… 14
2.2.2.3.1 Principio de Legalidad en el Ecuador…….. 15
2.2.2.4 Principio de Proporcionalidad…… 16
2.2.2.4.1 Principio de Proporcionalidad en el Ecuador…… 18
2.2.2.5 La teoría del concurso de delitos…….. 19
2.2.2.6 Los precedentes Jurisprudenciales…….. 20
2.2.2.7 EL tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización vigente
En el Ecuador…… 22
2.2.2.8 La salud pública como bien jurídico protegido en delitos de drogas……. 23
2.2.3 Definición de Términos..... 24

2.3 METODOLOGÍA..... ….. 25
2.3.1 Modalidad..... 25
2.3.2 Población y Muestra..... 26
2.3.3 Métodos de investigación..... ……. 27
2.3.3.1.- Métodos Teóricos..... .27
2.3.3.1 Método empírico: 27
2.3.4 Procedimiento:..... 27

CAPÍTULO III..... 28

3 CONCLUSIONES..... 28

3.1 RESPUESTAS..... 28
3.1.1 Base de Datos..... 28
3.1.2 Análisis de los Resultados..... 32
3.2 CONCLUSIONES..... 36

3.3 RECOMENDACIONES..... 38

4 BIBLIOGRAFÍA..... 39
ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Población y Muestra. 25
Tabla 2. Base de Datos..... 29

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1 EL PROBLEMA

En la presente investigación se abordara la temática "Análisis del fallo de triple reiteración 12-2015", emitido por la Corte Nacional de Justica, la importancia de estudiar este fallo radica en que aborda una grave problemática de nuestro país, que especialmente está afectando principalmente a la juventud ecuatoriana, en cuanto a la forma que se debería sancionar las diferentes conductas relacionadas con drogas y sustancias estupefacientes y con ello hablar de la siempre controvertida tabla de consumo. En el Ecuador se ha adoptado varias políticas en los últimos tiempos pasando por una instancia de flexibilización punitiva, especialmente para los consumidores, entendiendo el tema desde una perspectiva de problema de salud pública, a otra instancia de tolerancia cero, ambas alentadas desde el ejecutivo. La implementación de las políticas públicas y la crisis de drogas a nivel mundial han generado un crecimiento en los índices de consumo, y para ello el Estado Constitucional de Derechos y Justicia ha reaccionado mediante su criminalización.

El Estado ha impulsado programas administrativamente de cero tolerancia que han tenido como ejes el fortalecimiento de la policía comunitaria como base de la inteligencia policial, el perfeccionamiento del personal de la policía y unidades especiales de investigación la implementación de la recompensa por información y los cambios en el ordenamiento jurídico penal. Frente a estas políticas se han implementado penas punitivas la maximizando el derecho penal, que constituyen en técnicas de criminalizar especialmente los extractos afectados por la pobreza donde se radicaliza este problema. Sumados a estos programas, aparece el Fallo de Triple Reiteración de la Corte Nacional de Justicia, en su Resolución Nro. 12 -2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015; en el que se manifiesta también desde la parte jurisdiccional el endurecimiento de las penas dejando de lado el principio de legalidad señalado en el artículo 76.3 de la Constitución y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos afectando los principios de Proporcionalidad y Seguridad Jurídica.

1.2 OBJETIVOS.

1.2.1 Objetivo General-

- Realizar un estudio Jurídico contrastado constitucionalmente a la Resolución No. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, que establece la acumulación de la pena para las personas que cumplan las descripciones típicas contenidas en el art. 220.1 del COIP.

1.2.2 Objetivos Específicos.

1. Analizar el principio de legalidad establecido el artículo 76.3 de la Constitución y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y su posible afectación con la Resolución No. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.
2. Ejecutar un estudio del Principio de Proporcionalidad, frente a la Resolución No. 12-2015 determinando su posible afectación.
3. Analizar desde una perspectiva holística las diferencias y consecuencias entre consumidor y micro traficante de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan.

1.3 BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

El consumo de sustancias sujetas a fiscalización se ha incrementado en nuestro país en los últimos años, atacando especialmente a los extractos poblacionales más vulnerables como son los adolescentes, llegando inclusive afectar a la niñez y dentro de ellos de forma sustancial a los de bajos recursos económicos. En el concierto internacional se lo ha catalogado al Ecuador como un país de tránsito, es decir los países productores de sustancias estupefacientes y psicotrópicas utilizan sus puertos y aeropuertos para movilizar las drogas, este hecho provoca que un porcentaje de estos cargamentos ilícitos sea destinando al consumo local, a través de los micro traficantes, que buscan ampliar su potencial número de clientes, conllevando con ello un estallido social y colocando sobre el tapete público de discusión sobre las sanciones a estos grupos, pero como hacerlo sin afectar a las víctimas es decir a los consumidores.

A nivel mundial esta discusión tiene dos aristas: la tolerancia cero encabezada por países como: China, Malasia, Arabia Saudita e Irán, cuyas legislaciones en el tema no realizan una efectiva diferencia entre los consumidores y los traficantes con penas sumamente severas que van desde varios años en prisión hasta la pena de muerte, haciendo caso omiso a los tratados internacionales de aplicar este tipo de sanciones solo a delitos contra la vida. Al otro lado de la balanza se ubican países como Holanda, Bélgica y Suiza en la que se ha optado por legalizar el consumo de varios tipos de sustancias sujetas a fiscalización, obteniendo con ello un mayor control sobre los lugares que las expenden, como una ayuda más efectiva a los consumidores para superar su adicción ya que se los identifica y para acceder a las drogas, tienen que inscribirse a tratamientos.

El Ecuador con la Constitución del 2008, dio un gran avance a este concepto, pues catálogo al problema de adicciones como problema de Salud Pública, teniendo como política la búsqueda de rehabilitación de los consumidores y su despenalización. Pero a partir del 2014 y por crecimiento desmesurado, especialmente en la costa ecuatoriana, de sustancias estupefacientes en adolescentes, se dio un cambio de política del gobierno entorno, a este problema, tendiendo nuevamente al punitivismo como medida de solución. En este contexto la Corte Nacional de Justicia sin prestar atención al principio de Legalidad y de Proporcionalidad emite la resolución 12-2015 que es objeto de nuestro estudio, ya aquí se instituye la acumulación de penas para delitos contemplados en el Art. 220.1 del COIP.

Partiremos desde el principio de Proporcionalidad en colisión con el de salud pública al respecto del choque de principios que para Carbonell (2011), nos indica que la “desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos Constitucionales reconocidos”. (p. 111) También se analizará el precedente jurisprudencial a la luz del principio de legalidad y el problema que conlleva para la salud pública como bien jurídico tutelado.

CAPITULO II

DESARROLLO

2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

2.1.1 Antecedentes

Hablar de drogas es tremendamente complejo ya que existe la inmediata asociación del tema con toda una corporación criminal que destruye a los jóvenes y la sociedad, esa percepción a priori quizás no nos permite comprender que el tema merece análisis exhaustivo, en los que se debe incluir un discurso político más participativo cuyo abordaje establezca en la agenda temas relacionados y vinculantes como educación y salud pública, desarrollo económico y social, políticas de seguridad y justicia, que ampliarían el espectro estableciendo soluciones más reales y funcionales a la sociedad.

Los mensajes e imágenes sobre los riesgos que las drogas representan construyen un orden simbólico y a su vez se estructura un discurso único donde la realidad social sólo ve enemigos, como resultado de ello se configura la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Ley 108), que marca el inicio de como la normativa abordaría la significación de la drogas en el Ecuador. Se puede interpretar en la mencionada ley su rigor plenamente punitivo especialmente es su Art. 60: “Sanciones para el tráfico ilícito.- Quienes compren, vendan o entreguen a cualquier título, distribuyan, comercialicen, importen, exporten o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y otras sujetas a fiscalización, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales”. Como se puede observar la Ley representaba una mirada punitiva sin tregua, tomando en consideración incluso que este tipo de política no distingue ni a las drogas, ni cantidades, ni a quienes las poseen, criminaliza como grandes narcotraficantes a micro comerciantes y consumidores imponiéndoles altas penas, incluso superiores a delitos tales como el homicidio o la trata de personas, en la legislación penal de aquel tiempo.

Esta visión cambia radicalmente con la Constitución del 2008, que erige un paradigma no sólo por ser Estado Constitucional de derechos y justicia, sino por resignificar la comprensión del dependiente- consumidor, desde allí transforma en un imperativo a los principios más favorables a los justiciables; Precisando la Constitución promulgada en el 2008 en su artículo 364 primer inciso, se expresa:

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

Al tratarse de un problema de salud pública las acciones estatales deben ir orientadas al tratamiento y rehabilitación del consumidor, mas no a una represión de carácter punitivo. Al ser la Constitución nuestra norma magna todas las leyes subordinadas a la misma deben ser consecuentes a la misma y es así que el Código Orgánico Integral Penal, también expresa dicho mandato constitucional en su artículo 220, numeral 2 inciso tercero: "La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible" (p.35). Dada esta norma el consumo de un adicto debería limitarse a las cantidades previstas por el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP).

Con esta normativa se provoca especialmente en la costa ecuatoriana, una explosión del consumo de sustancias sujetas a fiscalización, especialmente en adolescentes, lo que nuevamente hace que el Estado irrespetando los derechos constitucionales anotados retome su lucha, no orientada a través de políticas de salud pública, si no que orientada al endurecimiento de penas y reducción de los límites de consumo. Bajo este contexto la Corte Nacional de Justicia emite la Resolución 12 -2015 que se trata de un fallo de triple reiteración de cumplimiento obligatorio por los administradores de justicia, en la dicta la acumulación de penas para quienes incurran en alguno de los verbos rectores del art. 220.1 del COIP.

2.1.2 Descripción del Objeto de la Investigación.

El fallo de triple reiteración, emitido en la Resolución Nro. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015, se enmarca dentro de lo que se conoce como precedentes jurisprudenciales, que son parámetros interpretativos que la Corte Nacional de Justicia del Ecuador está acreditada a emitir a partir de criterios desplegados de manera reiterada en la parte resolutiva de las sentencias, por cuanto es el órgano máximo de la Justicia ordinaria facultad que nace de la Constitución y tiene el carácter de vinculante sobre los demás administradores de justicia. En el que establece que:

> AL TRATARSE DE LAS DESCRIPCIONES TÍPICAS CONTENIDAS EN EL ART. 220.1 DEL COIP, LA PERSONA QUE CON UN ACTO INCURRA EN UNO O MÁS VERBOS 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 COIP.(p. 1)

Este fallo omite que la acumulación de penas solo es viable en el caso de concurso real de infracciones, como se manifiesta en el artículo 20 del Código Orgánico Integral Penal, es decir cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes existe la posibilidad de acumulación, en el presente fallo la corte realiza una determinación de problemas Jurídicos, en el que incluye el siguiente: Distinguir entre los casos expuestos (sentencias reiteradas) cuando se configura conductas que den como resultado el concurso real de infracciones y cuando se establecen conductas que como resultado den concurso ideal de infracciones, llegando a determinar en el parágrafo treinta y siete que los casos determinados en estas sentencias que toma, no reúnen los requisitos del concurso de infracciones ni en su forma ideal ni real.

Luego de este correcto análisis sin explicación jurídica alguna, dispone sin embargo que al darse el supuesto que una persona obtenga, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envie, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de varias sustancias sujetas a fiscalización, se podrá aplicar una pena acumulada de hasta 40 años de prisión. Lo que vulnera de forma directa al Principio de Legalidad señalado en el artículo 76.3 de la

Constitución y 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y su eminente relación con los también principios constitucionales de Proporcionalidad de las Penas y Seguridad Jurídica.

2.1.3 Preguntas de Investigación

Pregunta principal de la Investigación.

¿En qué medida el fallo de triple reiteración, emitido en la Resolución Nro. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia vulnera Principios Constitucionales?

Variable Única.

El fallo de triple reiteración, emitido en la Resolución Nro. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia vulnera Principios Constitucionales

Indicadores.

- El principio de Legalidad y su relación con el Principio de Proporcionalidad.
- Constitucionalización del derecho penal.
- El concurso de delitos, y la idoneidad de la acumulación de penas.
- Los delitos Autónomos y la proporcionalidad de la pena.
- Los precedentes jurisprudenciales y su obligatoriedad de aplicación por todos los operadores de Justicia.

Preguntas Complementarias.

1. ¿La resolución Nro. 12 – 15 de la Corte Nacional de Justicia afecta el principio constitucional de legalidad?
2. La acumulación de penas establecida por La Corte Nacional de Justicia en su fallo de triple reiteración emitido en la Resolución Nro. 12-2015 garantiza la proporcionalidad de la pena?
3. ¿La Corte Nacional de Justicia en su fallo de triple reiteración emitido en la Resolución Nro. 12-2015 diferencio plenamente el concurso real de infracciones del concurso ideal de infracciones?

2.2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

2.2.1 Antecedentes de Estudio

Luego de la Segunda Guerra Mundial, se origina en Europa con especial énfasis en los países que tuvieron regímenes totalitarios, un fenómeno de constitucionalizar los derechos fundamentales de las personas, entre ellos, un resguardo de las garantías mínimas que debe cumplir los procesos judiciales. Con ello se pretendía evitar que futuras legislaciones desconocieren o quebrantasen tales derechos, resguardándolos, por medio de un sistema reforzado de reforma constitucional. A este fenómeno los tratadistas lo denominaron la constiucionalización del proceso. Couture (1958) manifestaba:

> Las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora. (p. 151)

En New York, en el mes de diciembre de 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos, reconociéndose entre otros el principio de legalidad en su artículo 15, y complementariamente en su artículo 9, reconoce el derecho a la libertad y seguridades personales, consagrando de esta manera el principio de favorabilidad de la ley penal, evitando de esta manera en los Estados parte se aplique retroactivamente el derecho penal y obligándolos a definir con precisión todos los delitos en la legislaciones nacionales respectivas. Criterios que también son reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 expreso:

> Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persono humana, se requiere no solo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficamente su aplicación y control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos. (p. 6)

En el Ecuador, de forma especial con la entrada en vigencia de la Constitución promulgada en el 2008 la Corte Constitucional, ha realizado varias aproximaciones, definiciones y estudios jurídicos a los distintos problemas jurídicos que se derivan de la aplicabilidad de los principios de legalidad,

proporcionalidad de las penas y reserva de Ley, que serán objeto de análisis posteriores, en el presente trabajo.

2.2.2 Bases Teóricas.

2.2.2.1 Estado Constitucional de Derechos.

El Estado Constitucional de Derechos, nace como respuesta al Estado Burgués conocido como Estado de Derecho, el que tenía su principal base y sustento en la Independencia de Estados Unidos de Norteamérica de 1783, y de la Revolución Francesa de 1789. Sin embargo, pese que este estado nació, a su vez, como respuesta al absolutismo europeo, comenzó a ser cuestionado a finales de la Primera Guerra Mundial por cuanto estaba orientado a mantener ciertas elites sociales en el poder y gozando de privilegios, a través de sistemas jurídicos que servían como medio de defensa y garantía de estas canonjías, sobre otros grupos sociales. Y al Estado Liberal al que se le denomino Estado Social de Derecho, y se vio reflejado en la Carta Magna de Weimar de 1919, la que principalmente estableció los derechos sociales que comprenden el derecho a vivienda, salud y educación otorgada por el estado, trabajo digno, entre otros, reflejados en las, mismas constituciones creando una tendencia de reconocer estos instrumentos como normas jurídicas y no como documentos políticos como lo eran hasta aquella fecha.

Por lo expuesto, ya no solo era necesario, que se reconozca a la Constitución como la norma jerárquicamente más importante de un país, sino que se hacía indispensable el establecimiento en ella, de garantías capaces de activarse ante los tribunales ante la vulneración de un derecho constitucionalmente reconocido. Produciéndose un triple desplazamiento del sistema de ordenamiento Jurídico, como indica Pérez Luño (2002) “1) Desplazamiento de la primacía de la Ley a la primacía de la Constitución; 2) El desplazamiento de la reserva de la Ley a la reserva de la Constitución; y, 3) El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad”. (p.41) y con ello dando paso al Estado Constitucional de Derechos.

Las características más relevantes y destacada del Estado Constitucional de derecho se suscriben a las siguientes: a) División de poderes, los que deben

ejercerse dentro de los límites fijados por la constitución, b) la primacía de la constitución sobre la ley, la normativa jurídica tiene que adecuarse y estar en concordancia con la Constitución, de oponerse alguna ley seria invalida, c) Tanto los poderes públicos como los particulares deben obediencia a la constitución, y d) El establecimiento de la Jurisdicción constitucional, ejercida por tribunales o cortes de máxima jerarquía con capacidad de emitir fallos de constitucionalidad sobre las acciones del Estado y particulares. Al respecto Avila (2008) afirma.

> La Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La Constitución es material, orgánica y procedimental. […] es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma. (p.22)

A modo de conclusión, el Estado Constitucional de Derechos, para ser considerado como tal, necesita de una Constitución eminentemente normativa o material, que goce de supremacía sobre la ley, con la finalidad de unificarla a los Principios y Derechos Constitucionales, quedando por fuera del ordenamiento toda norma contraria a ella. Y, a la vez, es necesario el establecimiento de una Corte o Tribunal de alta jerarquía, como un organismo encargada de velar por el cumplimiento de los preceptos constitucionales, dotado del suficiente poder coercitivo y envestido de poder autónomo frente a la justicia ordinaria o de índole legal, esto a través de la activación de las garantía jurisdiccionales que la misma constitución dota para el respeto y salvaguarde de los principios y derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos por todos los entes sociales privados y públicos.

2.2.2.1.2 Estado Constitucional de Derechos y de Justicia en el Ecuador

El 28 de Septiembre del 2008 los ecuatorianos aprobaron mediante Referéndum del proyecto Constitucional elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente, que tuvo su sede en Montecristi, en la provincia de Manabí, con este hecho, el Ecuador pasa de Estado de Derechos a Estado Constitucional de Derechos

y de Justicia, puesto que así lo declara en su artículo 1 (Constitución 2008) “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”. (p. 9). De esta manera el País deja atrás los postulados del Estado Legal y abraza los principios de una Constitución que adecua a ella el sistema normativo y garante de derechos con mecanismos jurídicos que se activan ante su vulneración. Ávila (2008) señala

> La Constitución del Ecuador es fuertemente materializada, emana de una Asamblea Constituyente, se reconoce a los derechos como límites y vínculos, y es establece una Corte Constitucional que resuelve, en última instancia, los conflictos que se generan por violación de los preceptos constitucionales. En este sentido, la Constitución de Ecuador se enmarca dentro del paradigma actual del derecho constitucional. (p. 23)

Como queda referido un estado constitucional viene cargado de valores y principios constantes a lo largo de toda la carta magna, que persiguen como fin el Bienestar y la Dignidad de los habitantes del estado en todas sus concepciones, a través de un sistema de garantías contempladas en la misma constitución y un organismo plenamente avalado y jerarquizado para cumplir y hacer cumplir dichos valores y principios no solo entre personas sino en todo el ordenamiento jurídico del País. Ahora bien, esa dignidad humana puede tener distintas concepciones según el acervo cultural de cada país, Ecuador lo define en su constitución como el “sumak kawsay” o “buen vivir” que es un concepto intrínseco de los indígenas quechuas que habitan el país, y general se refiera ha alcanzar las condiciones necesarias para que el hombre se desemvuelva a plenitud en armonía con la naturaleza

Las funciones del Estado, tienen el deber de propender que sus actuaciones garanticen los derechos reconocidos en la Constitución, especialmente la función legislativa y la ejecutiva ya que son las llamadas a armonizar el ordenamiento jurídico legal a los preceptos que ha adoptado la Constitución. Esta adecuación del sistema jurídico establece un cambio de paradigma en las relaciones del estado y los particulares y de estos con sus semejantes, pues se prioriza los principios y valores que buscan en esencia la justicia dejando en un segundo plano las formalidades del Estado Legal. Y es precisamente La Corte Constitucional, órgano

autentico de interpretación la que ha señalado las principales características esenciales de Ecuador como Estado Constitucional, la primera y ampliamente ya tratada la Constitución como norma directamente aplicable, la segunda Jueces Garantes de los valores y principios contenidos en la Carta Magna y la tercera la existencia de garantías que jurisdiccionalmente salvaguarden los derechos reconocidos en la Constitución, así anota. Corte Constitucional, Sentencia Nro. 001-10-PJO-CC (2009)

> Tres son los efectos esenciales que trae consigo el Estado Constitucional, y que en un alto grado, su eficacia descansa en las labores que deben desempeñar las Salas de Selección y Revisión de la Corte Constitucional:
>
> a) El reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales;
>
> b) El tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; y,
>
> c) La existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales. (p. 4)

Bajo estos precedes el Ecuador irrumpe en el contexto mundial, como un nuevo estado, en el cual su ordenamiento jurídico tiene como base los principios, valores y normas contemplados en la Constitución, ya que este se adapta a estos postulados y lo que no es despachado de este ordenamiento, que busca como principio y fin la dignidad humana, para ello contempla en su misma Carta Magna fuertes garantías que pueden ser activadas en caso de vulneración de los derechos de los ciudadanos y un órgano como la Corte Constitucional encargada del control constitucional de toda la normativa e interprete auténtico de la Constitución, bajo estos paradigmas El País busca posesionarse como referente del Buen Vivir, en la región y el mundo, y es deber de la ciudadanía emprender , buscar y exigir a los representantes de los poderes estatales que no solo se lo diga en la constitución sino que sea una práctica de diario vivir.

2.2.2.2 Constitucionalización del derecho penal.

El Estado Constitucional de Derechos y Justicia, sin duda trajo consigo un cambio total de visión y misión del ordenamiento legal, ya que como se ha manifestado, la constitución se impuso en este Estado como una norma jurídica directamente aplicable por los administradores de justicia y esta norma también

viene cargada de principios y preceptos que regulan el ámbito penal, desde una visión de los derechos fundamentales y su nuevo rol. Estos principios que recoge la Constitución, no establecen reglas determinadas, es decir no contienen una hipótesis y una consecuencia, si no que más bien se establecen mandatos de optimización, que resisten en el tiempo ya que se adaptan a las circunstancias y a la capacidad argumentativa.

En Colombia, también estado constitucional, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente con respecto a este tema. (Corte Constitucional de Colombia sentencia C-038 de 1995).

> Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas. (p. 1)

De igual forma en la República del Ecuador La Carta Magna, dicta parámetros en los cuales debe encasillarse el legislador, regulando y acotando el poder punitivo de la legislación penal ecuatoriana, estableciendo reglas mínimas a la que se deben remitir los legisladores y evitar así discrecionalidades, además de convertirse en criterios de interpretación y aplicación. Entonces el derecho penal debe estar completamente constitucionalizado, teniendo consecuencias reales y palpables debiendo el juez realizar un análisis constitucional de la norma penal a aplicar, para su valorización. En palabras de Ferrajoli (2004)

> El grado de justicia externa vendrá dado por la cantidad y calidad de los principios de justicia incorporados limitativamente en los niveles normativos más altos del ordenamiento; el grado de justicia interna dependerá de la cantidad y calidad de las garantías de las que esté dotado el ordenamiento, es decir, de las técnicas institucionales capaces de asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad de los principios incorporados. (p. 367)

En la actualidad las normas que contienen el Derecho Penal y Procedimiento Penal, parten de la misma constitución, sin embargo, la máxima del

derecho, no hay pena sin ley previa, o principio de legalidad se mantiene firme, ya que al juez no le permite punir por encima o más allá de la ley, pero si le permite modular los efectos o alcance de la aplicación de la ley penal. Entonces a modo de conclusión señalamos que la Constitución como antorcha que ilumina a todo el ordenamiento penal, señala los principios y valores especialmente en el ámbito de los derechos, imponiendo una sola visión para que legisladores dicten los tipos penales y los jueces la interpreten, modulen y la apliquen.

2.2.2.3 Principio de Legalidad penal.

En una perspectiva histórica el principio de legalidad, se refiere a la superioridad de la ley al poder Ejecutivo, este concepto nace luego de abolición de los estados monárquicos y se consolida luego de la segunda guerra mundial, y determina que los poderes públicos tradicionalmente entendidos, es decir Ejecutivo, Legislativo y Judicial, deben estar sujetos a la Ley y sus actuaciones enarcarse a lo que ella determina, es decir que sus actos deben ser conforme a ley ya que de lo contrario resultaran inválidos. Este principio fue recogido por los más importantes instrumentos jurídicos internacionales, convirtiéndose casi en un principio omnipotente en todas las legislaciones occidentales y en todas sus materias, principalmente en la materia penal, estableciendo como máxima que un delito solo puede considerarse como tal cuando la ley específica y con anterioridad al hecho lo haya calificado como tal, basándose en cuatro pilares: Lex certa, lex scripta, lex previa y lex stricta; y en cuatro limitantes: irretroactividad de la Ley, inaplicación del derecho consetudinario, leyes penales indeterminadas y la proscripción de extender el texto legal a situaciones análogas.

El pilar de Lex certa se refiere a que ley penal, pese a su carácter generalizador, ha de describir de una manera precisa, clara y exhaustiva tanto la conducta prohibida como la pena con la que se conmina su realización, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la sentencia del caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú (1998) señalo, que “en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles” (p. 121). El pilar Lex scripta se refiere a la exclusión de que la costumbre pueda señalar algún tipo penal o el núcleo de alguna conducta prohibida, es decir solo será punible si que esta constubre esta escrita en la ley. En el pilar de Lex

previa tenemos que la norma punitiva debe hallarse escrita antes que ocurran las acciones u omisiones que se pretende castigar, en consecuencia no puede aplicarse retroactivamente y por ultimo Lex Stricta que limita la discrecionalidad judicial impidiendo interpretaciones extensivas o análogas que impidan una adecuada subsunción en la calificación jurídica de los hechos, el jurista Jeschek y Weigend (2003) indica que "la prohibición de la analogía in malam paterm tiene su fundamento en que solo el legislador, por disposición, puede crear delitos y penas".(p. 56)

2.2.2.3.1 Principio de Legalidad Penal en el Ecuador.

El sistema penal ecuatoriano, no ha permanecido indiferente a lo que hemos señalado en el apartado anterior, tanto en su evolución histórica como socio-politica, involucrado de forma progresiva estos avances doctrinarios a su legislación, especialmente en la de rango constitucional, así La Carta magna del 2008 señala Art. 76.3.

> Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (p. 33)

En materia penal, constituye, un gran limite a la potestad punitiva del Estado a las conductas de las personas señaladas como delitos, ya que solo pueden castigarse como delitos las que hayan sido señaladas como tales , en una ley anterior a la comisión del delito, en palabras de Roxin (2006) "Por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el estado solo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico penales si antes lo ha advertido expresamente la ley" (p. 36) . Este límite como quedo expresado en nuestro país quedo con rango constitucional, lo que significa que todo el ordenamiento lo debe observa y adoptar, es así que el Código Orgánico Integral Penal (2014) lo reconocen su artículo 5.1 constan los principios procesales y allí se encuentra el principio de legalidad en el que indica "No hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla". (p. 27)

2.2.2.4 Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad en un sentido literal, es una relación proporcional entre la gravedad de la conducta tipificada como delito y la gravedad de la sanción estipulada tanto por el legislador al momento de elaborar la norma como en la impuesta por Jueces y tribunales ya en el momento judicial, la pena impuesta al infractor debe ser proporcionada a la gravedad del hecho cometido. Este principio responde a la idea de restringir la utilización desmedida de las sanciones, principalmente de aquellas que conllevan una privación o una restricción de la libertad. Bernal (2007) señala que es "un principio general del Derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto" (p. 138).

Dentro del principio de proporcionalidad hallamos a tres subprincipios intrínsecos que lo integran, los cuales determinan si una norma penal resultará útil para la finalidad que persigue, si es necesaria para cumplir el objetivo que se busca y si existe proporcionalidad el daño causado por la infracción penal y la sanción que se busca establecer. Barnes (1994) explica.

> Para superar el primer examen, el de la idoneidad o aptitud, es preciso que la medida al menos facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto; el segundo control, el de la necesidad, se dirige no ya a comprobar que el medio se justifica o legitima por el fin en cuanto susceptible de alcanzarlo, sino más precisamente que es imprescindible porque no hay otra medida más suave o moderada a tal propósito, lo que ha de medirse con parámetros objetivos conforme al cuadro de intereses que representa un ciudadano medio; por último, no basta con que la acción estatal sea apta o idónea, de un lado, y necesaria —la más moderada—, de otro, sino también razonablemente proporcionada en relación con el valor político y social que encierra la finalidad perseguida, en cuya valoración, desde luego, gozan los poderes públicos de un amplio margen de apreciación. (p. 500)

El sub principio de idoneidad consiste en comprobar si el fin puede ser considerado legítimo desde el punto de vista constitucional. Este primer elemento es un presupuesto del segundo. Únicamente si se ha determinado con anterioridad qué finalidad persigue la tipificación legislativa, y si se ha constatado que esta finalidad no resulta ilegítima desde los principios y valores de la Constitución, podrá establecerse si la medida adoptada por el asambleísta resulta idónea para

contribuir a su realización. En este sub principio, resulta indispensable establecer con anticipación cuál es el fin que la ley pretende proteger y confirmar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo.

El sub principio de necesidad plantea analizar si la intervención penal es la medida más idónea para tutelar el bien jurídico que está en riesgo de ser vulnerado, o establecer medidas menos gravosas que tengan una igual o mejor acción en la prevención de la conducta delictiva que lesiona dicho bien jurídico. Para Bernal (2013) "este principio se considera un deber para la administración de justicia, que, en muchos casos, debe seleccionar alternativas menos lesivas que aseguren la consecución de un fin, en otras palabras, estamos frente una consideración de ultima ratio en el proceso penal". (p. 426)

Después de examinar si la norma penal posee la idoneidad adecuada y necesidad de la medida adoptada, la aplicación del principio de proporcionalidad termina con un juicio de proporcionalidad en stricto sensu, que se conoce como el sub principio de proporcionalidad de la norma penal en sentido estricto. Alexy (2008), manifiesta que "el Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto, se refiere a la optimización relativa de las posibilidades jurídicas" (p. 87). Es decir, que se debe realizar un examen de proporcionalidad a una norma penal antes de su promulgación y publicación, con el fin de evitar que se afecten en exceso derechos fundamentales, con fin de precautelar al bien jurídico protegido, en palabras del tratadista Mir,(2010) "un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella intervención". (p. 77)

2.2.2.4.1 Principio de Proporcionalidad en el Ecuador.

El principio de proporcionalidad de las penas se encuentra señalado por nuestra Constitución (2008) en el artículo 76 numeral 6, que establece: "La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza" (p. 33). Se encuentra presente desde el instante en que se crea la norma penal por los asambleístas, pasando por su aplicación por los jueces y tribunales, hasta en el momento de la ejecución de la pena. Encuentra su fundamento en distintos derechos, principios y valores reconocidos por la Constitución como la libertad y dignidad de la persona,

constituyéndose un límite efectivo en la labor legislatva – penal y una herramienta poderosa de justificación para el Juez a la hora de definir y delimitar la sanción.

Como se manifiesta nuestra Constitución como otras normas jurídicas, incluidos los tratados y convenios internacionales que forma el bloque de constitucionalidad, instituyen de forma clara y determinante que la proporcionalidad busca un medida entre las sanciones penales que establecen la sanción y la protección del bien jurídico que puede verse afectado sin lesionar los derechos del procesado, así El Código Orgánico Integral Penal, recogiendo estas líneas de pensamiento nos señala el principio de proporcionalidad en el art. 12 del COIP (2014), el cual se refiere a los derechos y garantías de las personas privadas de libertad:

> Las personas privadas de libertad gozarán de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos: (…) 16. Proporcionalidad en la determinación de las sanciones disciplinarias: las sanciones disciplinarias que se impongan a la persona privada de libertad, deberán ser proporcionales a las faltas cometidas. No se podrán imponer medidas sancionadoras indeterminadas ni que contravengan los derechos humanos (p. 16).

En el Ecuador ante la falta de estudios político- criminales, se entiende que como únicas medidas para la prevención de cometimientos de las conductas consideradas delictivas es el endurecimiento de penas cayendo en desproporcionalidades con una punición exagerada, con el solo fin que el infractor tenga temor de cometer la conducta reprochable, sin tener en consideración las razones por las cuales se ve abocado a cometerlas. La proporcionalidad de las sanciones como principio transversal en el derecho penal ecuatoriano, debe propender a que el bien jurídico tutelado no sea vulnerado desde una perspectiva holística no solo basándose en el amedrentamiento punitivo.

2.2.2.5 La teoría del concurso de delitos.

Existe el concurso de infracciones cuando un mismo individuo de la especie humana, a través de una o varias conductas, afecta varios bienes jurídicos tutelados por el derecho penal o el mismo bien jurídico pero varias veces. En este caso se

desarrolla un solo proceso penal jurisdiccional y se acumula la pena o se aplica la más grave, de las tipificadas como sanción de la conducta inapropiada previamente tipificada en la ley penal respectiva. MUÑOZ (1996) “inicia el estudio del concurso de delitos estableciendo la importancia de determinar cuándo hay una o varias acciones, excluyendo la identificación entre acción y movimiento y entre acción y resultado; de hecho advierte que una sola acción, en sentido jurídico, puede comprender varios contenidos corporales o movimientos corporales” (p. 478)

Entendemos por concurso ideal de delitos Cuando varios tipos penales son subsumibles a una misma conducta que buscaba un solo fin (COIP, Art. 21). El sujeto activo realiza una sola conducta pero que causa una afectación a varios bienes jurídicos tutelados por el derecho penal. En este caso se aplica la pena de la infracción más grave. PEÑA (1995) “sostiene que para que se configure el concurso ideal de delitos, se requieren al menos dos elementos: a) Unidad de acción, de acuerdo a las aclaraciones formuladas sobre dicho concepto, con independencia de si el resultado es uno o varios. b) Pluralidad delitos, es decir que se producen diferentes violaciones de varias disposiciones penales”. (p. 672)

Se entiende por Concurso real de infracciones cuando a una persona se le inculpan varios delitos autónomos e independientes. El agente que busca un determinado fin, realiza varias acciones, que producen cada una de ellas un distinto delito. Cada acción debe ser independiente para que pueda producir delitos autónomos. En este tipo de concurso, según la legislación ecuatoriana (Art. 20 COIP) “se acumula las penas hasta un máximo del doble de la más grave, sin que supere los cuarenta años”. CUELLO CALÓN (2009) explica que “existe cuando concurren las siguientes condiciones: Que un individuo sea autor de distintos hechos; Que éstos en su aparición material sean diversos entre sí, sin guardar conexión alguna; Que también aparezcan como diversos e independientes en la conciencia del agente” (p. 788)

2.2.2.6 Los precedentes Jurisprudenciales obligatorios en el Ecuador.

En nuestro país la Constitución acepta a la jurisprudencia como una fuente productora de derecho, que nace desde la Corte Constitucional, la Corte Nacional

de Justicia y el Tribunal Contencioso Electoral. Por lo que existe jurisprudencia obligatoria en justicia ordinaria, en justicia constitucional y justicia electoral. La jurisprudencia forma parte fuente de derecho, en relación a lo que señala el artículo 11 de la Constitución de la República (2008), al referirse a los principios que rigen el ejercicio de los derechos, en el numeral 8 dice: "El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas". (p. 11). Asimismo el Código Orgánico de la Función Judicial (2009), en su artículo 28, último inciso manifiesta que "Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia".(p. 11). Visiblemente se concede a los órganos jurisdiccionales la potestad de interpretar y crear derecho mediante la jurisprudencia

Desde la publicación de la Constitución de la República del Ecuador, se elabora un nuevo modelo de orientación de justicia, en el cual se le designa a la Corte Nacional de Justicia como una de sus principales tareas de construir un sistema de precedentes jurisprudenciales basado en los fallos de triple reiteración de los fallos pronunciados por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, que emitan en tres sentencias un mismo punto de vista sobre un mismo problema jurídico, estas deben de enviar dichas resoluciones al Pleno de la Corte para que este las analice en su seno y en el plazo de sesenta días emita un criterio sobre su procedibilidad . Si en el tiempo señalado no se pronuncia al respecto, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. El señalamiento por parte del Pleno de la Corte de la existencia de un precedente jurisprudencial abarcara exclusivamente el punto controvertido sobre el que se ha efectuado la triple reiteración.

Se debe señalar que emplear con abundancia los precedentes judiciales sin reflexionar sobre las condiciones presentes, frena el ascenso progresivo del derecho que se halla en constante transformación al igual que la realidad social y el conocimiento. Inclusive si los administradores de Justicia invocan mucho al pasado para decidir casos actuales, podrían llegar a denegar justicia. Entonces, antes de emplear el criterio anterior o precedente jurisprudencial, el juez deberá examinar las circunstancias del caso concreto a decidir y la normativa vigente, asumiendo

que cada caso es el caso y no existe otro igual, exclusivamente si coinciden determinadas circunstancias y hechos facticos se podrían considerar, con una adecuada argumentación que determine su correlación. La sentencia siempre será una construcción actual sobre la base de los fundamentos de hecho, de derecho y de la prueba aportada por las partes o de oficio en el caso concreto en análisis, donde la jurisprudencia actúa para brindar luces al juzgador en su decisión pero siempre será el Juez quien a través de la argumentación jurídica adecue las normas, preceptos y jurisprudencia al caso concreto.

Conviene señalar que con lo anteriormente expresado no estamos en contra de la igualdad en torno al precedente, que implica una comparación en torno a la igualdad frente a la ley que también implica el reconocimiento de la diferencia, para que esta igualdad ante la ley se concretice en el derecho se necesita de una serie de mecanismos, aquí la jurisprudencia toma una especial relevancia al ser un instrumento garante de esa igualdad atravesando por un proceso no es el de la mera subsunción. Ollero (2005) señala "la igualdad en torno al precedente, impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable". (p. 22)

2.2.2.7 EL tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización vigente en el Ecuador.

Con el Fin de precisar en qué consiste el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, hay que poner nuestra atención en el COIP (2014), concretamente al art. 220 donde se halla tipificado aquel delito, sin embargo es pertinente hacer referencia solo al numeral primero, segmento concerniente a esta investigación, y manifiesta:

> 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: 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. (p. 35)

Hay que indicar, que los literales a) y b) de este artículo fueron sustituidos por la disposición reformatoria primera de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 615 de 26 de Octubre del 2015. Previamente de la reforma de los literales a) y b) del art. 220.1, las sanciones para dichas escalas eran, de dos a seis meses y de uno a tres años respectivamente. Es de gran trascendencia puntualizar que para completar el contenido de este tipo penal hay que fijarse en la tabla vigente de cantidades de sujetas a fisclaización para sancionar el tráfico Ilícito. Resolución del CONSEP No. 2. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 628 de 16 de noviembre de 2015. (anexo 1) Asimismo, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia emitió la Resolución Nº 12-2015 con carácter de precedente jurisprudencial, en la que se establece que la persona que con un acto incurra en las descripciones típicas del art. 220.1 mediante uno o varios verbos rectores con más de una sustancia, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada.

2.2.2.8 La salud pública como bien jurídico protegido en delitos de drogas.

Desde la perspectiva de la norma que tutela un derecho subjetivo, los bienes jurídicos se relacionan a los ámbitos de amparo fundamental de los derechos determinados en la Constitución y pueden cumplir funciones diferentes de privilegios y limitaciones sin que el Estado se vea paternalista o represor. El Experto Paladines (2009), expresa.

> En la práctica el Código Orgánico Integral Penal se distiende del hilo conductor garantista y se inclina por la tendencia ius positivista de imputación expansiva de los bienes jurídicos sujetos a protección en una incoherente línea causalista con figuras propias de un derecho penal autoritario en contraposición con el finalismo que busca la verificación del daño para la imputación de la responsabilidad, siempre y cuando en la lesión o peligro causado se objetivare la vulneración a un bien jurídico determinable (p. 22)

Conforme a derecho penal se refiere, las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, éste debe enfocarse por la punición de la tenencia conducente al tráfico de drogas, por exceder esta conducta en el rol permitido por la sociedad, pero no en el caso de la posesión o tenencia para consumo en la que exista un riesgo permitido que no requiere de una imputación objetiva. La Constitución de la República en el título II del capítulo segundo: Derechos del buen vivir, sección séptima, determina a la salud como un derecho que garantiza el Estado en todos sus niveles. De su lado, el primer inciso del Art. 364 de la Constitución (2008) precisa que:

> Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales. **(**p.163)

Según lo citado se puede apreciar, ya desde el 2008 el artículo 364 despenaliza el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, y más bien lo llega a catalogar como un problema de salud pública, no obstante, aún sigue existiendo incoherencia en la unicidad de criterios como en la dogmática penal, como tampoco se afianza en la práctica de manera concreta dejando de lado lo señalado por la Comisión latinoamericana sobre Droga y Democracia que indica.

> El problema de la droga debe ser contemplado, sobre todo como una cuestión de salud pública y menos como una cuestión policial. En cuanto la demanda no sea inhibida en el país, no existe chance de vencer la guerra a las drogas. (p. 30)

2.2.3 Definición de Términos.

Principio de legalidad

Cabanellas d. T. (2008) La fidelidad a la ley o a la depuración jurídica de la actuación ofrece modalidades muy diversas en distintas ramas jurídicas, que imponen su tratamiento independiente. En el derecho procesal. Representa la observancia de las leyes de procedimiento, en cuanto a su forma, por la impugnación posible en otro caso para anular lo actuado y reiterar adecuadamente

lo desconocido u omitido; y, en cuanto al fondo, la resolución conforme a las normas legales en cada caso pertinente, con la posibilidad también, para quien se crea agraviado, de apelar o recurrir en la forma autorizada por las normas de enjuiciar. (p.28)

Derecho al debido proceso

Ossorio, (2007) sostiene que el debido proceso es: Derecho al orden constitucional, en virtud del cual toda persona debe tener acceso, particularmente en materia penal, a procesos judiciales que permitan la adecuada defensa de sus derechos, posibilitando la formulación de pretensiones, el conocimiento de las actuaciones, el ofrecimiento y producción de pruebas, las apelaciones y recursos, y en general todo aquellos actos que permitan una protección jurídica efectiva de sus derechos. (p. 72)

Interpretación constitucional.

Mcgregor, F. (2014) indica que es la atribución de sentido a las disposiciones contenidas en el texto constitucional, realizada, en última instancia, por los jueces y tribunales constitucionales, sobre la base del principio de supremacía constitucional, atendiendo a los derechos humanos y a las transformaciones de la realidad constitucional. El propio término “interpretación” es ambiguo y se distingue entre un sentido “estricto”, referido a la aclaración o atribución de significado a una expresión, y otro “amplio”, relacionado con el conjunto de operaciones necesarias para resolver un litigio, entre otras, la eliminación de antinomias, la integración de lagunas y la ponderación. De igual forma, se distingue entre interpretación “en abstracto” de un enunciado, y calificación o interpretación “en concreto” de un supuesto de hecho para subsumirlo en una “norma” previamente identificada. Supone también un acto cognoscitivo, decisorio o creativo, a partir de la distinción entre enunciados normativos (disposiciones) y significados de esos enunciados (normas) (p.725).

2.3 METODOLOGIA.

2.3.1 Modalidad

La Modalidad es Cualitativa, por cuanto la investigación se centra en la recopilación de información acerca del problema planteado, la posible transgresión de Principios Constitucionales en el fallo de triple reiteración, emitido en la Resolución Nro. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia.

Categoría:

Se utilizó la categoría no interactiva, por cuanto se observará el problema desde una perspectiva holista que busca describir y analizar su incidencia, examinando normativa constitucional y convencional sobre el tema.

Diseño:

Se respaldó en el análisis de conceptos utilizados en normas, jurisprudencia relevante sobre el tema, tanto del sistema Interamericano de Derechos Humanos como nacional, y por supuesto, en la doctrina generada tanto por estudiosos nacionales como internacionales.

También se hizo uso del análisis histórico que ha tenido el problema planteado a partir de su estudio inicial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Constitucional del Ecuador y Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

2.3.2 Población y Muestra.

Tabla 1. Población y Muestra.

Unidades de observación	Población	Muestra.
Convención Interamericana de Derechos Humanos. Art. 9	82	1
Constitución de la República del Ecuador. Art. 1 Art.76.3 Art. 76.6 Art.184.2 Art.364.1	444	5
Código Orgánico Integral Penal Art. 5.1		

Art. 12.6 Art.17 Art.20 Art. 21 Art. 53 Art. 55 Art. 220.1	423	8
Jurisprudencia Internacional Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 Corte Constitucional de Colombia sentencia C-038 de 1995	2	2
Jurisprudencia Nacional: Resolución Nro. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia Corte Constitucional, SENTENCIA N.º 001-10-PJO-CC (2009) CASO Nº 0999-09-JP Corte Constitucional: sentencia Nº 156-12-SCN-CC, del caso Nº 0015-11-CN Corte Constitucional en su sentencia Nº 006-12-SCN-CC, caso Nº 0015-11-CN	4	4

Elaborado por: Ab. Paul Granda Cueva

2.3.3 Métodos de investigación.

2.3.3.1.- Métodos Teóricos:

Uno de los métodos que se aplicó fue el Histórico – Lógico, ya que el presente trabajo investigativo describe una trayectoria histórica y desarrollo en el tiempo de los Principios Constitucionales de legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica, desde su aparición en el Sistema Interamericano, hasta su recepción en el sistema jurídico constitucional ecuatoriano.

También se hizo uso del método Hermenéutico, por cuanto se busca un acercamiento con el problema planteado en toda su complejidad, aplicando la interpretación y análisis de los contenidos normativos esenciales, y su aplicación en

el estudio de los fallos de triple reiteración y su carácter vinculante que emite la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

2.3.3.2 Método empírico:

Se empleó la observación documental con el análisis de contenido de la materia normativa y jurisprudencial relacionada con el objeto de estudio de esta investigación, y el sustento doctrinal, tanto de autores nacionales como extranjeros, que existe sobre el tema.

2.3.4 Procedimiento:

En un primer momento se analizó tratados internacionales de los cuales el Ecuador es parte y que contienen normas que salvaguardan los principios de legalidad, seguridad jurídica y proporcionalidad de la pena, así mismo se recabo jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que desarrolla estos principios y su forma de entenderlos y aplicarlos en las legislaciones de los Estados Partes.

Posteriormente se realizó un análisis de la normativa constitucional y legal que contienen el problema planteado, así como el análisis en si del Fallo de Triple Reiteración Nro. 12 -2015, emitido por la Corte Nacional de Justicia, el cual se contrasto con la normativa referida y se determinó la transgresión de la Jurisprudencia Vinculante de los Principios Constitucionales de legalidad, seguridad jurídica y proporcionalidad de la pena.

CAPITULO III

CONCLUSIONES.

3.1 RESPUESTAS.

ESTUDIO DE NORMATIVIDAD CONVENCIONAL, CONSTITUCIONAL Y LEGAL RELACIONADOS CON LA TEMATICA ABORDADA EN EL FALLO DE TRIPLE REITERACIÓN DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR RESOLUCIÓN NRO. 12-2015; CASOS RELEVANTES DE LA

JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA Y CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.

3.1.1 Base de Datos Normativos y Jurisprudenciales

Tabla 2. Base de Datos

Normativa Objeto de Estudio	**Unidad de Análisis**
Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969)	Art. 9. "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".
Constitución de la República del Ecuador (2008)	Art. 76.3 "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: Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".
	Art. 76.6 "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:

	La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza".
	Art. 184.2 "Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración"
	Art. 364.1 "Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales".
Código Orgánico Integral Penal (2008)	Artículo. 5.1 "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: 1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla".
	Art. 12.16 "Las personas privadas de libertad gozarán de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos: Proporcionalidad en la determinación de las sanciones disciplinarias: las sanciones disciplinarias que se impongan a la persona privada de libertad, deberán ser proporcionales a las faltas cometidas. No se podrán

	imponer medidas sancionadoras indeterminadas ni que contravengan los derechos humanos".
	Artículo 17.- "Ámbito material de la ley penal.- Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia".
	Artículo 20.- "Concurso real de infracciones.- 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".
	Artículo 21.- "Concurso ideal de infracciones.- Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave".
	Artículo 53.- "Legalidad de la pena.- No se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código. El tiempo de duración de la pena debe ser determinado. Quedan proscritas las penas indefinidas".
	Artículo 55.- "Acumulación de penas.- La acumulación de penas privativas de libertad procede hasta un máximo de cuarenta años. Las multas se acumulan hasta el doble de la máxima impuesta".

	. Art. 220.1 “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”.
Jurisprudencia Internacional	Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986
	Corte Constitucional de Colombia sentencia C-038 de 1995
Jurisprudencia Nacional:	Resolución Nro. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia
	Corte Constitucional, SENTENCIA N.º 001-10-PJO-CC (2009) CASO Nº 0999-09-JP
	Corte Constitucional: sentencia Nº 156-12-SCN-CC, del caso Nº 0015-11-CN
	Corte Constitucional en su sentencia Nº 006-12-SCN-CC, caso Nº 0015-11-CN

3.1.2 Análisis de los Resultados.

El Pleno de La Corte Nacional de Justicia está facultado para emitir precedentes jurisprudenciales por la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 184.2 que indica, "Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración". (p. 102), estos son parámetros interpretativos que se declaran a partir de criterios expuestos de manera repetida en la parte de las sentencias conocida como "stare decisis" –estar a lo decidido- , Tienen por objeto fortalecer y afirmar los derechos como el debido proceso y otros reconocidos en la Constitución de la República y su bloque de constitucionalidad, estas decisiones vale aclarar tienen fuerza vinculante y debe ser acatada por todos los órganos de justicia. Esta facultad le ha otorgado el constituyente ya que es el máximo órgano de administración de justicia ordinaria.

En este contexto, se publica en el Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015, la Resolución No. 12-2015 fallo de triple reiteración, emitida por la Corte Nacional de Justicia, que considera lo siguiente:

> AL TRATARSE DE LAS DESCRIPCIONES TÍPICAS CONTENIDAS EN EL ART. 220.1 DEL COIP, LA PERSONA QUE CON UN ACTO INCURRA EN UNO O MÁS VERBOS 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 COIP. **(p. 1)**

Lo que nos indica la redacción del precedente Jurisprudencial es en esencia que se podrá aplicar una pena acumulada hasta 40 años, cuando a una persona se le determine mediante el proceso penal correspondiente ha obtenido, almacenado, intermediado, distribuido, comprado, vendido, enviado, transportado, comercializado importado, exportado posee o en general haya estado involucrado en el tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización diferentes entre sí, lo que vendría a constituir una nueva sanción o por lo menos un agravamiento de la sanción a las personas que efectúen estas conductas típicas ya señaladas de este tipo

de delitos, arrogándose de esta manera funciones que netamente le competen a la Asamblea Nacional. Al respecto la misma Corte Constitucional ha señalado en la sentencia Nº 156-12-SCN-CC, del caso Nº 0015-11-CN lo siguiente:

> (…) la norma constitucional ecuatoriana ha establecido en el artículo 132 numeral 2, que la atribución de tipificar las infracciones penales es facultad de la Asamblea Nacional; es este organismo el llamado a describir el hecho penal y establecer la sanción correspondiente, determinando el bien jurídico que se tutela, la gravedad del mismo y el impacto en la sociedad que este tipo de infracciones mantiene, es decir, debe plasmar en la construcción de la figura tipo, los principios constitucionales que permitan que la misma guarde la debida relación con la norma suprema (p. 10).

Advirtiéndose de esta forma que anteriormente nombrado Precedente Jurisprudencial, ha vulnerado el Principio de Legalidad, ya que la misma Constitución del Ecuador y la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional, establece que la Función Legislativa es la única facultada a describir las conductas típicas a ser encausadas penalmente y su sanción penal siempre en concordancia con lo que establece la CRE, y en consecuencia los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Quedándose de esta forma que la Corte Nacional de Justicia se arrogo funciones. En igual línea de pensamiento, la Corte Constitucional en su sentencia Nº 006-12-SCN-CC, caso Nº 0015-11-CN, insiste en que la regulación en el tema de drogas, respecto a "la determinación de la tipicidad y la sanción que para ello se prevé es potestad privativa del legislador" (p.13).

De igual forma lo establece el Código Orgánico Integral Penal (2014) cuando en su artículo 17 señala "el Ámbito de la Ley penal indicando que: Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código". (p. 10) El mismo cuerpo legal en su art. 53 establece que, no se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código. El tiempo de duración de la pena debe ser determinado. Quedan proscritas las penas indefinidas (p14). Por lo que de acuerdo a este breve repaso de fuentes normativas resulta lógico concluir que el accionar del Pleno de la Corte Nacional no está fundamentado en Derecho, pues tiene competencia para emitir resoluciones sobre precedentes jurisprudenciales, pero no tiene competencia para alterar, modificar o ampliar el sentido de una norma penal.

Entonces como es que un Pleno de la más Alta Corte de Justicia Ordinaria del Ecuador decide sentar este Precedente Jurisdiccional, pues está en su argumentación señala, como primer problema jurídico a resolver para la construcción de este precedente, CNJ RESOLUCIÓN 12-2015 a) "Diferenciar de los casos expuestos de las situaciones de concurso real de infracciones y de concurso ideal de infracciones". (p. 7) y para dilucidar se enmarca en la teoría del concurso de delitos que determina para que sea concurso real de infracciones hay que razonar que varias acciones generan varios delitos, y el concurso ideal se debe inferir que una conducta produce la transgresión de varios tipos penales, es decir, la concurrencia del concurso ideal se traduce en la comisión de una conducta que produce varios delitos, para efectos de determinar la pena, se sancionan de forma distinta, en el Ecuador solo procede la acumulación cuando existe concurso real de infracciones. Conforme se detalla en el Art.20 y en el Art.21 los dos del Código Orgánico Integral Penal, además procede a plantear un ejemplo: CNJ RESOLUCIÓN 12-2015

> Para ejemplificar: A es encontrado en tenencia, sin autorización, de marihuana en 10.000 gramos, de clorhidrato de cocaína en 5.000 gramos, de pasta base de cocaína en 2.000 gramos; y, de heroína 20 gramos. Mientras que B es encontrado teniendo, sin autorización, 21 gramos de heroína. (p. 7)

Ante cualquier análisis los dos casos no son concurso ideal de infracciones, ni real de infracciones ya que sus elementos no se adecuan a lo que hemos señalado anteriormente, tanto en este análisis como en el marco doctrinario, es decir nos encontramos ante una conducta, en este caso la tenencia, que produce un delito el tipificado en el 220.1 del COIP. Es más la misma corte luego de un extenso análisis en su parágrafo 33 de la resolución estudiada llega a la misma conclusión. CNJ RESOLUCIÓN 12-2015 "En el caso que hemos ejemplificado no nos encontramos ante un concurso ideal o formal de delitos" (p.14) y más adelante en el parágrafo 36 señala: "Para el ejemplo y el caso real, al no contar con delitos (actos) autónomos unos con otros, no podemos decir que estamos ante un concurso real" (p.16); y concluye determinantemente. … "En conclusión en el presente caso no se reúne los requisitos del concurso ni en su forma ideal, ni en la real "(p. 14).

Para zanjar este problema, la más alta Corte de justicia ordinaria, crea una figura hibrida que no se encuentra tipificada en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), es así que fabrica una cierta forma de concurso impropio, que se manifiesta

cuando un individuo realiza una única conducta, que afecta un solo bien jurídico, pero cometiendo una pluralidad de elementos objetos de sanción de esa única conducta, es decir en el caso de las sustancias sujetas a fiscalización, el individuo comete tantos delitos como sustancias tenga en su poder, imponiendo para estos casos un sistema de acumulación de penas. Con lo analizado se llega a la conclusión que el referido precedente jurisprudencial es inconstitucional, por los siguientes motivos: a) Trasgrede el principio de legalidad sustantiva determinado en el Art. 76 Nro. 3 de la Constitución, y Art. 9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que señala la imposibilidad de ser sancionado por una acción que no este tipificada con anterioridad en la Ley. b) Inobserva el principio de unidad penal que se positivisa en el Art. 17 del COIP ya que claramente indica que solo serán infracciones penales las tipificadas en el referido Código. Por ello la acumulación de penas que determina el precedente jurisprudencial objeto de análisis no debería proceder por su marcada inconstitucionalidad.

Así mismo se determina que la resolución inobserva el principio de proporcionalidad de las penas, que se encuentra señalado por nuestra Constitución (2008) en el artículo 76 numeral 6, que establece: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. (p. 33), el que se encuentra presente desde el instante en que se crea la norma penal por los asambleístas, pasando por su aplicación por los jueces y tribunales, hasta en el momento de la ejecución de la pena, Ya que la resolución castigaría de forma mas severa a un microtraficante que se dedicaría al menudeo de distintas sustancias sujetas a fiscalización que a un gran narcotraficante de una sola sustancia psicotrópica.

3.2 CONCLUSIONES

El precedente Jurisprudencial de la Corte Nacional de Justicia contenido en la Resolución Nro. 12 -2015, en la que se decreta la acumulación de penas para quienes con un acto incurra en uno o más verbos rectores tipificado en el artículo 220.1 del COIP, en cantidades iguales o diferentes de sustancias sujetas a

fiscalización, no considera el principio de legalidad que se encuentra enunciado en el Art.76 No.3 de la Carta Magna, ya que en ella se desconoce la potestad exclusiva de la Función Legislativa como la única facultada a describir las conductas típicas a ser encausadas penalmente y su sanción penal, desconociendo inclusive el ámbito de la ley penal por cuanto se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal desechando de plano penas más severas que las determinadas en los tipos penales de aquel Código.

La Resolución No. 12-2015, divulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015, dictada por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la que establece que la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores tipificado en el artículo 220.1 del COIP, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada, resulta ser desproporcionada en razón de que no ha evidenciado, certeramente, ser una medida idónea, por cuanto la restricción del derecho fundamental de la libertad no tutela efectivamente el bien jurídico protegido como es la salud pública; necesaria ya que existe métodos que no afectan ni restringen los derechos como clínicas de rehabilitación para tutelar el bien de la salud pública y estrictamente proporcionada debido a que la corte no fundamento de forma categórica la existencia de un concurso real de infracciones ni de la proporcionalidad de acumular las penas.

La Resolución Nº 12-2015 establece un nuevo método para acumular penas, que fabrica una cierta forma de concurso impropio, que se manifiesta cuando un individuo realiza una única conducta, que afecta un solo bien jurídico, pero cometiendo una pluralidad de elementos objetos de sanción de esa única conducta, es decir en el caso de las sustancias sujetas a fiscalización, el individuo comete tantos delitos como sustancias tenga en su poder, imponiendo para estos casos un sistema de acumulación de penas que no es acorde al marco penal y constitucional del Ecuador, en consecuencia, la resolución que marca este Precedente Jurisprudencial carece de motivación y aquello hace que derive en su inconstitucionalidad.

El sistema de precedentes jurisprudenciales emitidos por el Pleno de la Corte Nacional De Justicia basado en los fallos de triple reiteración de las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteran por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, y que constituye jurisprudencia obligatoria, tiene como objetivo principal el ordenamiento del sistema judicial a partir de las nuevas cimentaciones conceptuales y perspectivas culturales, de los que juezas y jueces recurren en sus fallos por su estrecha vinculación con los derechos fundamentales..

El aumento y acumulación de penas en el campo penal no es la solución más efectiva para prevenir y enfrentar el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, ni como para tutelar el bien jurídico protegido como es la Salud Pública, ya que la vulneración de derechos de los posibles agentes cometedores de la conducta delictiva es mucho mayor, ya que este tipo de criminalización no considera la posibilidad que gran cantidad de infractores son más bien víctimas de las redes del narcotráfico, y provocando solo la sobrepoblación carcelaria y la estigmatización de la pobreza y el tráfico de drogas continua.

3.3 RECOMENDACIONES.

Al Gobierno Nacional que impulse políticas anti delictivas acordes a nuestra realidad, en base a criterios de especialistas en el campo penal, por medio de investigaciones fehacientes y exhaustivas del fenómeno del tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en el Ecuador, mediante la elaboración de informes competentes por personas naturales o jurídicas, que no tengan como fin exclusivo la parte punitiva del endurecimiento de penas como única forma de tutela al bien jurídico protegido, en este caso la salud pública, sino más bien que se enfoque en realizar campañas integrales de prevención del uso de drogas enfocadas a todos los componentes de las familias ecuatorianas.

La academia juega un papel importante en el afianzamiento de la cultura jurídica nacional, motivo por el cual se recomienda fortalecer la enseñanza de los principios, valores y derechos reconocidos por nuestra constitución en las universidades del país y en órganos como la Escuela de la Función Judicial, para que de esta manera los operadores de Justicia y en especial los de las Altas Cortes como la Corte Nacional de Justicia y Corte Constitucional creen precedentes jurisprudenciales o constitucionales, que fortalezcan estos principios, valores y derechos, otorgándoles mayor contenido y profundizando su accionar, sin que por ello signifique la afectación o delimitación de otros.

A los Colegios de Abogados del Ecuador y Abogados en general que intervengan en procesos penales por tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, soliciten al administrador de justicia en Juzgados y Tribunales que realice el respectivo control de constitucionalidad de la Resolución Nº 12 2015, de forma tal que existan cuantiosos casos remitidos a consulta a la Corte Constitucional, para que de esa manera, sea este órgano que es el intérprete pleno de nuestra constitución, se pronuncie, y motivadamente a posteriori la resolución sea declarada como inconstitucional, y con ello lograr que se proteja el Estado Constitucional de Derechos y justicia, y los principios, valores y derechos que lo sustentan.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS:

1. **ALEXY**, R. (2008). El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional. Quito: Imprenta W&M gráfica
2. **ÁVILA**, L. (2008). Legitimidad social e independencia judicial interna. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
3. **BERNAL**, C (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. (3ra.ed). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
4. **BERNAL**, J., (2013) El proceso Penal, Estructura y garantías procesales, Tomo II, 6ta edición. Colombia: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia

5. **CABANELLAS** de Torres, G. (2008). Diccionario Jurídico Elemental (Undécima edición ed.). (G. Cabanellas de las Cuevas, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Editorial Hiliasta S.R. L.
6. **CAMARGO**, P. (2012). Los estado de excepeción . Colombia : Leyer
7. **CARBONELL**, M (2011) Argumentación Jurídica - el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad. (1era. ed) México Editorial Porrúa.
8. Comisión Latinoamericana sobre drogas y democracia (2013) Drogas y democracia hacia un cambio de paradigma. México Editorial F.L.D.T.A
9. **COUTERE**, E. (1958). Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires: De-palma.
10. **CUELLO CALÓN**, E, (2009) Derecho Penal, 2º Edición, México, Editorial Nacional Edinal.
11. **FERRAJOLI**, L, Derecho y razón –Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Madrid, 2004.
12. **JESCHEK**, H y Weigend, T (2003). Tratado de Derecho Pena Parte General, Granada España, Comares
13. **MCGREGOR**, F. (2014). Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. México: Instituto de Investigaciones Juridicas, Universidad Nacional Autonoma de México.
14. **MIR**, S (2010) El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de limites del derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch
15. **MUÑOZ**, F (1996), Derecho Penal, Parte General, 2 Edición, Valencia: Editorial Tirant Lo Blach.
16. **OLLERO**, A (2005), Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial, Segunda Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
17. **OSSORIO**, M. (2007). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. (G. Cabanellas de las Cuevas, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
18. **PALADINES**, J. (2016). La estrategia fallida : Ecuador . Argentina : Universidad de Buenos Aires
19. **PEÑA**, R, (1995) Tratado De Derecho Penal, "Estudio programático de la parte general". 2º Edición Lima. Editorial Jurídica Grijley.
20. **PERÉZ LUÑO**, A. (2002). La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional, Bogotá: Universidad Exernado de Colombia.
21. **ROXIN** C,(2006) Derecho penal: Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Tomo I, 1a. ed., Madrid: Ed. Civitas

FUENTES NORMATIVAS

22. Código Orgánico de la Función Judicial (04 de marzo del 2009) Norma (Registro Oficial Suplemento Nro. 544 del 09 de marzo del 2009) Quito, Pichincha: Registro Oficial del Ecuador

23. Código Orgánico Integral Penal. (03de febrero de 2014) Norma (Registro Oficial Nro. 180 del 10 de febrero del 2014) Quito, Pichincha: Registro Oficial del Ecuador.

24. Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Norma (Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre de 2008). Montecristi, Manabí: Registro Oficial del Ecuador.
25. Convención Americana de Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 1969). Decreto N1 2768, de 24 de julio de 1984, publicado en el Registro Oficial N1 795 del 27 de 1984. Pacto de San José. San José, Costa Rica: OEA.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

26. Corte Constitucional Ecuador ha señalado en la sentencia Nº 156-12-SCN-CC, del caso Nº 0015-11-CN.
27. Corte Constitucional, SENTENCIA N.º 001-10-PJO-CC (2009) CASO Nº 0999-09-JP
28. Corte Constitucional en su sentencia Nº 006-12-SCN-CC, caso Nº 0015-11-CN
29. Corte Constitucional de Colombia sentencia C-038 de 1995
30. Corte Nacional de Justicia del Ecuador Resolución No. 12-2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015.
31. Corte Interamericana de Derechos HumanosCaso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú Sentencia de 4 de septiembre de 1998
32. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, la expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ANEXOS

ANEXO 1.

Tabla de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, alta y gran escala: Resolución 001-CONSEP-CD-2015

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES								
Escala (gramos)	**Heroína**		**Pasta base de cocaína**		**Clorhidrato de cocaína**		**Marihuana**	
Peso neto	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	>0	0,1	>0	2	>0	1	>0	20
Mediana escala	>0,1	0,2	>2	50	>1	50	>20	300
Alta escala	>0,2	20	>50	2.000	>50	5.000	>300	10.000
Gran escala	>20		>2.000		>5.000		>10.000	

SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS						
Escala (gramos)	**Anfetaminas**		**Metilendioxifenetilamina (MDA)**		**Éxtasis (MDMA)**	
Peso neto	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	>0	0,090	>0	0,090	>0	0,090
Mediana escala	>0,090	2,5	>0,090	2,5	>0,090	2,5
Alta escala	>2,5	12,5	>2,5	12,5	>2,5	12,5
Gran escala	>12,5		>12,5		>12,5	

Buscar

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. Paul Fernando Granda Cueva con C.C: 1104389314 autor del trabajo de titulación: "*ANÁLISIS DEL FALLO DE TRIPLE REITERACIÓN 12-2015 DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICA"* previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 07 de septiembre de 2017

f. _____

Nombre: Ab. Paúl Fernando Granda Cueva

C.C: 1104389315

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	ANÁLISIS DEL FALLO DE TRIPLE REITERACIÓN 12-2015 DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA		
AUTOR:	Ab. Paúl Fernando Granda Cueva		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Dr. Luis Ávila Linzán Dr. Nicolás Rivera		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Constitucional		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Constitucional		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	07 de septiembre del 2017	**No. DE PÁGINAS:**	41
ÁREAS TEMÁTICAS:	Principio de Legalidad, Principio de Proporcionalidad, Concurso de delitos		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Legalidad, Proporcionalidad, Drogas, Trafico, Salud Pública.		

RESUMEN/ABSTRACT: En la presente investigación se aborda la temática "Análisis del fallo de triple reiteración 12-2015", emitido por la Corte Nacional de Justica, que constituye jurisprudencia obligatoria. La importancia de estudiar este fallo radica en que aborda una grave problemática de nuestro país, que especialmente está afectando a la juventud ecuatoriana como son las sustancias sujetas a fiscalización y su sanción para quienes incurran en las conductas tipificadas en el Art. 220.1 del COIP, realizando su estudio y análisis de la teoría del concurso del delito en sus formas ideal y real a través de los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad, en comparación a la posible afectación del derecho a las salud pública y su consecuente criminalización de gran cantidad de infractores que son más bien víctimas de las redes del narcotráfico, y provocando solo la sobrepoblación carcelaria y la estigmatización de la pobreza y el tráfico de drogas continua.

ADJUNTO PDF:	☒ SI	☐ NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	**Teléfono:** 0980733476	E-mail: paulfgc@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	**Nombre:** Nuques Martínez, Hilda Teres	
	Teléfono: 0998285488	
	E-mail: tnuques@hotmail.com	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	