

UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES

“UNIANDES”



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

Tesis de Grado previa la obtención del título de:

ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

TEMA: Argumentación jurídica de la desproporcionalidad de las penas en los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos narcotráfico.

AUTORA: Lucila Ximena Montalvo Pantoja

ASESOR: Dr. Marlon Escobar Jácome

Tulcán - 2015

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

Dr. Marlon Escobar Jácome

En mi calidad de Asesor de tesis de grado previo la obtención del título de Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, Certifico que la Sra. LUCILA XIMENA MONTALVO PANTOJA elaboró su trabajo de Titulación sobre el Tema **“Argumentación jurídica de la desproporcionalidad de las penas en los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos narcotráfico”**.

Siguiendo los lineamientos académicos que la institución lo solicita; por lo que se aprueba el mismo, pudiendo ser sometido a presentación pública y evaluación por parte del jurado calificador que se designe.

Particular que informo para los fines consiguientes.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. Escobar Jácome', written over a horizontal line.

Dr. Marlon Escobar Jácome

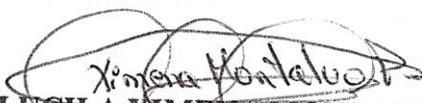
ASESOR DE TESIS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, LUCILA XIMENA MONTALVO PANTOJA, con cédula de ciudadanía N° 040144780-0, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDES”, declaro en forma libre y voluntaria que el presente Trabajo de Titulación, que versa sobre el Tema: **Argumentación jurídica de la desproporcionalidad de las penas en los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos narcotráfico**, así como las expresiones vertidas en el mismo son de mi autoría.

En consecuencia asumo la responsabilidad de la originalidad y todo lo concerniente al fundamentar el contenido expuesto y faculto a la Universidad UNIANDES, disponga del presente documento como crea conveniente.

Atentamente:


LUCILA XIMENA MONTALVO PANTOJA
C.I. 040144780-0

DEDICATORIA

A Dios.

Por concederme el don de la vida, por permitirme alcanzar mis objetivos propuestos, pero sobre todo por darme la sabiduría y la fortaleza necesaria para superar todos los obstáculos que se me presentaron en el camino.

A mis padres.

Por haberme enseñado valores como el respeto y responsabilidad con los seres humanos. Por haber fomentado en mí desde pequeña el afán por alcanzar cada vez peldaños más altos, gracias por el apoyo los quiero mucho.

A mi Esposo.

Por su amor sin límites, por ser una parte muy importante en mi carrera quien me ha dado animo cuando ya desfallecía, Gracias por la paciencia, por haber sido en parte el mentor de mi desarrollo.

A mis preciosos hijos.

Porque día tras día con su inocente mirada, sus tiernas palabras han sabido comprenderme todo este tiempo de estudio, mis tesoros a quienes les he disminuido tiempo y mil cosas más por alcanzar esta meta; y por colmar de dicha y felicidad mi corazón los amo mis Negritos.

A mis hermanas.

Rosy por ser un pilar fundamental para mí, por darme apoyo incondicional para superarme, sin importar la situación siempre has estado ahí, siempre juntas, en las buenas y en las malas.

Paty por ser tan tierna y comprensiva; darme fuerzas para seguir siempre adelante por más fuertes que eran las adversidades, gracias mis hermanas bellas las quiero.

A mis catedráticos

Quienes estuvieron en este proceso siendo unos extraños y terminaron convirtiéndose inclusive en amigos, excelentes personas y profesionales de Derecho, infinitas gracias por haberme impartido sus conocimientos.

A mis amigos.

Tantos y tantos, en especial Andreita Navarrete Suárez por compartir conmigo tantas cosas, risas, lágrimas, preocupaciones, amiga que ocupa un lugar muy importante en mi corazón.

A la Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDES”.

Por brindarme la oportunidad de superarme académicamente como profesional, por alcanzar mi logro deseado y poder llegar a la cima, y obtener el reconocimiento que hoy recibo, gracias.

Lucila Ximena

AGRADECIMIENTO

Dedico este trabajo de grado y toda mi carrera universitaria a Dios por ser quien ha dado las fuerzas necesarias para luchar día tras día y romper todas las barreras que se me presenten. Le agradezco y dedico mi esfuerzo a mis padres ya que gracias a ellos soy quien soy, son los que me han dado cariño, han velado por mi salud, mis estudios, alimentación y más, son a ellos a quienes les debo todo, horas de consejos, de regaños, de alegrías de las cuales estoy muy segura que las han hecho con todo el amor del mundo para formarme una persona de bien. Les agradezco a mis hermanas las cuales han estado a mi lado siempre, alertas ante cualquier problema que se me pueda presentar. También les agradezco a mis sobrinos, demás familiares y amigos, con los cuales he contado en todo momento; un reconocimiento especial al Dr. Marlon Escobar, quien me guio para la realización de este trabajo de investigación.

.

INDICE GENERAL

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR.....	I
DECLARACIÓN DE AUTORÍA	II
DEDICATORIA.....	III
RESUMEN EJECUTIVO	X
EXECUTIVE SUMMARY	XI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO	8
1.1. Origen y evolución del delito de Narcotráfico	8
1.1.1. Realidad social de las drogas	9
1.1.2. Conceptos.....	10
1.1.3. Plan de soberanía energética.....	12
1.1.3.1. Objetivos del plan de soberanía energética.....	12
1.1.4. Los derechos fundamentales	13
1.1.5. Garantías Jurisdiccionales tipificadas en la Constitución del 2008.....	13
1.1.5.1. Solidez constitucional.	14
1.1.5.2. Principios Constitucionales	14
1.1.5.3. Derecho Constitucional	15
1.2. Análisis de las Distintas Posiciones Teóricas sobre el objeto de investigación	16
1.2.1. Tenencia y Posesión de Estupefacientes.....	16
Bien Jurídico protegido por el Código Orgánico Integral Penal, referente a	17
1.2.1.1. Sujeto activo.....	19
1.2.1.2. Sujeto Pasivo	20
1.2.2. EL Narcotráfico	20

1.2.3.	Clasificación de las Drogas y sus efectos	21
1.2.3.1.	Depresoras del sistema nervioso:	21
1.2.3.2.	Estimulantes del sistema nervioso:	21
1.2.3.3.	Las que alteran la percepción:	22
1.2.4.	Factores para el Consumo de Drogas	22
1.2.4.1.	Factores Biológicos	22
1.2.4.2.	Factores Psicológicos	22
1.2.4.3.	Factores Ambientales	23
1.2.5.	Colisión de derechos fundamentales.....	24
1.2.6.	La colisión entre derechos fundamentales y la ponderación	24
1.3.	Valoración Crítica de los conceptos principales de las distintas posiciones teóricas	26
1.3.1.	Antecedentes Históricos	26
1.3.2.	El principio de proporcionalidad constitucional	29
1.3.3.	Consagración del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico nacional.....	31
1.3.4.	Posibilidades para encontrar la consagración normativa constitucional del principio de proporcionalidad.....	31
1.3.5.	Consolidación del principio de proporcionalidad	34
1.3.6.	Formulación constitucional del principio de proporcionalidad como referente de su interpretación en derecho penal	37
1.3.6.1.	Como técnica de control de constitucionalidad de medidas de los poderes públicos impeditiva o restrictiva de los derechos fundamentales.....	39
1.3.6.2.	Como principio de proporcionalidad interpretativo y su negación como canon de constitucionalidad autónomo frente al legislador.	40
1.3.7.	Proporcionalidad de las penas en el delito de narcotráfico.....	43
1.3.8.	El propósito de la pena.....	43

1.3.9.	El contrabando de hidrocarburos	43
1.3.9.1.	Clases de Contrabando	45
1.3.9.2.	El bien jurídico protegido.....	46
1.3.9.3.	Efectos negativos del contrabando.....	46
1.4.	Conclusiones Parciales Del Capítulo.....	48
CAPÍTULO II. MARCO METODOLÓGICO.....		49
2.1	Caracterización de la investigación	49
2.2	Modalidad de la investigación	49
2.3	Tipos de investigación	49
2.4	Población y muestra.....	50
2.5	Métodos, técnicas, instrumentos de investigación.....	50
2.5.1	Métodos empíricos	50
2.5.2	Métodos teóricos	51
2.5.3	Técnicas.....	51
2.5.4	Instrumentos	52
2.6	Análisis e interpretación de datos	53
2.7	Información obtenida a través de las entrevistas	57
2.8	Información obtenida a través de la observación directa.....	57
2.9	Conclusiones parciales del capítulo.....	58
CAPÍTULO III. PLANTEAMIENTO DE LA PROPUESTA.		59
3.1	Título de la propuesta.....	59
3.2	Planteamiento de la propuesta	59
3.2.1	Preámbulo.....	59
3.2.2	Objetivo	60
3.2.3	Desarrollo de la propuesta	60

3.2.4	Impacto jurídico y social de la propuesta	63
3.3	Validación de la propuesta.....	64
3.4	Conclusiones parciales del capítulo	64

CONCLUSIONES GENERALES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFIA

ANEXOS

RESUMEN EJECUTIVO

Con la presente argumentación jurídica, sobre la aplicación de las penas en los delitos de narcotráfico en relación con los delitos de hidrocarburos, se permitirá que se apliquen principios constitucionales como lo son la proporcionalidad y la ponderación, facilitando de esta forma la tutela imparcial y expedita en la administración de justicia.

Dentro del primer capítulo se realiza análisis sobre diferentes temáticas, partiendo del ámbito doctrinario y jurisprudencial, siendo el marco teórico el punto de partida para armar mi argumentación jurídica que propongo. Dentro del marco metodológico se utilizan diferentes técnicas e instrumentos de investigación que han permitido resaltar la problemática del presente trabajo, esto es que las penas establecidas en el artículo 265 del COIP, en lo referente a las zonas fronterizas son excesivas, ya que no se toma en cuenta el bien jurídico protegido y tampoco el valor económico en el cual se está afectando al estado, concluyendo que transportar veinte dólares de combustible a la vecina República de Colombia, es un delito y es sancionado drásticamente con una pena que va desde los 5 a 7 años de prisión, a diferencia de transportar 20 dólares de sustancias estupefacientes, tipo penal en el cual ya existe una tabla, con el presente trabajo en aplicación del principio de proporcionalidad argumentaré que es necesaria la existencia de una tabla, tal como se lo ha hecho en otros tipos penales. Dentro de este capítulo, se ha realizado las encuestas, entrevistas, que han permitido visualizar más a profundidad el tema objeto de estudio.

Dentro del marco propositivo, se ha establecido la necesidad de incorporar una tabla para todos los delitos referentes a hidrocarburos, la cual se tomara en cuenta el valor económico del producto hidrocarburífero y se establecerá una escala en forma proporcional para la aplicación de la pena.

EXECUTIVE SUMMARY

With the present legal arguments on the application of penalties in drug trafficking offenses in relation to crimes of hydrocarbons, will be allowed to constitutional principles are applied such as proportionality and weighting, thereby facilitating the impartial protection and expeditious in the administration of justice.

Within the first chapter analyzes on different topics, starting from doctrinal and jurisprudential field; the theoretical framework the starting point to build my legal argument I propose is performed. Within the methodological framework different techniques and research tools that allowed highlight the problems of this study are used, ie that the penalties laid down in Article 265 of COIP, with regard to border areas are excessive, since it does not take into account the legally protected nor economic value which is affecting the state, concluding that carry twenty dollar fuel to the neighboring Republic of Colombia, is a crime and punishable dramatically with a penalty ranging from 5 to seven years in prison, unlike transport of narcotics \$ 20, criminal type in which there is already a table with this work under the principle of proportionality argue that the existence of a table is needed, as has done in other criminal types. Within this chapter was conducted surveys, interviews, which enabled display more depth the topic under study.

Within the framework purposeful, has established the need to incorporate a table for all crimes relating to hydrocarbons, which take into account the economic value of the hydrocarbon product and a scale is set in proportion to the penalty.

INTRODUCCIÓN

1.-ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación es actual e importante, ya que al realizar un estudio en las diferentes dependencias y organismos gubernamentales, se pudo constatar que siendo el Ecuador un Estado de Derechos y Justicia Social que se reconoce en la Constitución, la Ley, los Pactos, Convenios, Declaraciones y demás Instrumentos Internacionales los Derechos Humanos por lo tanto se ha evidenciado que en lo referente a la penalización de los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos del narcotráfico, establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, como parte esencial de la Justicia Ecuatoriana, existe desproporcionalidad, por lo que el presente está encaminado al estudio de la problemática mencionada, a fin de plantear una propuesta que viabilice una solución, se recalca que previa consulta no se han encontrado trabajos de grado u otros proyectos alusivos a la materia en el Centro Investigación Documental de la Universidad Regional Autónoma de los Andes “Uniandes”-Tulcán, así como en las demás extensiones y matriz, así como en las bibliotecas locales, que traten expresamente sobre el tema, es posible que existan algunos trabajos que se relacionen con el presente tema, sin perjuicio de que existan en otras universidades del país, por lo tanto es menester considerarlo como objeto de análisis y estudio para lograr una solución académica idónea al problema planteado.

2.-SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

En el Código Orgánico Integral Penal se encuentra tipificado que el ciudadano que 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 vulnerándose el bien jurídico salud pública, sin embargo en el mismo cuerpo legal se encuentran tipificados los delitos contra la actividad carburífera cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio nacional que es reprimido de seis meses hasta siete años sin que exista proporcionalidad en la aplicación de las penas, afectando por consiguiente el Principio Constitucional de Proporcionalidad como una de las garantías básicas del debido proceso, pues es deber del Estado respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución en su artículo 3, por lo que amerita que se dé una alternativa de solución mediante el presente trabajo.

3.-PROBLEMA CIENTÍFICO

La desproporcionalidad de las penas en los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos del narcotráfico, afecta el principio constitucional de proporcionalidad como garantía básica del debido proceso.

4.-OBJETO DE INVESTIGACIÓN Y CAMPO DE ACCIÓN

- **Objeto de Investigación**

El objeto de investigación es la Constitución de la República, en la que se consagra el principio constitucional de proporcionalidad como garantía básica del debido proceso así como el deber del estado de respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la misma carta magna.

- **Campo de Acción**

El campo de acción es el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano

5.-IDENTIFICACIÓN DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

La línea de investigación en la que se enmarca el presente trabajo es dentro de la PROTECCIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, puesto que entre estas se consagra el principio Constitucional de proporcionalidad como garantía básica del debido proceso.

6.-OBJETIVOS:

Objetivo General

Argumentar jurídicamente sobre la desproporcionalidad de las penas en los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos del narcotráfico, a fin de que se considere la aplicación de principio constitucional de proporcionalidad dentro del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano

Objetivos Específicos

- 1.-Argumentar jurídicamente sobre el principio Constitucional de proporcionalidad como garantía básica del debido proceso que se encuentra plasmado en diferentes leyes, códigos.
- 2.-Diagnosticar los casos de penas de los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos del narcotráfico en los juzgados y tribunales penales de la ciudad de Tulcán, para determinar la

necesidad de establecer la proporcionalidad de las penas dentro del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano

3.-Elaborar una propuesta de reforma al Artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, a fin de que se sancione con una pena más drástica en los delitos contra la salud pública ya que afecta a un conglomerado social para que exista proporcionalidad de las penas en los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos del narcotráfico.

4.-Validar la propuesta a través del análisis de expertos para obtener mejores resultados.

7.-IDEA A DEFENDER

Mediante un estudio jurídico sobre el principio Constitucional de proporcionalidad como garantía básica del debido proceso se logrará que se efectivice la proporcionalidad en las penas en los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos del narcotráfico, lo que a su vez permitirá garantizar el deber del Estado de respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución

8.- JUSTIFICACION DEL TEMA

La presente investigación justifica su realización considerando que aún en la provincia de Carchi no se hecho un estudio de esta naturaleza. Por otra parte se siente la necesidad de obtener información acerca de las penas que se encuentran en vigencia para colombianos, ecuatorianos y demás personas que se dedican al contrabando de productos carburíferos, y a los que se encuentran sometiendo a humildes al delito del narcotráfico. Por otra parte existe la seguridad de buscar en las ciencias del derecho la orientación necesaria para fijar la reforma al Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, con la finalidad de establecer una tabla que sea equitativa a la de Sustancias Estupefacientes y así establecer las penas.

En tal sentido este estudio asume interés y novedad científica, por otra parte esta investigación se convierte en un documento de orientación y guía para otras instituciones y personas interesadas en conocer sobre este tema.

Por otra parte para este estudio dispongo de los recursos necesarios y sobre todo la voluntad científica y legal para demostrar que se debe sancionar por escala, de esta manera contribuir a minimizar el alto índice de comerciantes de hidrocarburos.

9.-VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

Variable Independiente: Argumentar jurídicamente sobre la desproporcionalidad de las penas en los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos del narcotráfico, a fin de que se considere la aplicación de principio constitucional de proporcionalidad dentro del Código Orgánico Integral Penal.

Variable Dependiente: La desproporcionalidad de las penas en los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos del narcotráfico, afecta el principio constitucional de proporcionalidad como garantía básica del debido proceso.

10.-METODOLOGÍA INVESTIGATIVA A EMPLEAR

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación se aplicará métodos empíricos y teóricos. Entre los métodos empíricos a emplearse se tiene a la observación científica, el análisis documental y la validación de expertos.

➤ Observación científica

Se utilizará para observar el problema a investigarse, en este caso sobre desproporcionalidad de las penas de los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos del narcotráfico, y frente a ello presentar una solución adecuada. Con este método empírico, se permitirá recopilar datos necesarios para lo cual se planteará y formulará el problema y al mismo tiempo propondrá una alternativa de solución.

➤ Análisis Documental

En la presente investigación este método empírico permitirá la recopilación de información en libros, Códigos, Leyes, determinará y analizará el criterio de expertos sobre principio Constitucional de proporcionalidad como garantía básica del debido proceso con el fin de plantear

una solución que viabilice la proporcionalidad de las penas de los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos del narcotráfico.

➤ **Validación por la vía de expertos**

Este método empírico permite confirmar la existencia así como la importancia del presente tema de investigación por parte de profesionales expertos haciendo que la propuesta planteada sea la mejor solución.

Entre los métodos teóricos a utilizarse en el desarrollo de esta investigación está el método inductivo-deductivo, método histórico-lógico, método analítico-sintético

Método Histórico-Lógico. Se empleará para realizar la investigación sobre el origen de principio Constitucional de proporcionalidad como garantía básica del debido proceso

Lo que a la vez permitirá la aplicación del deber del estado de respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución y su desarrollo y adaptación para su funcionamiento lógico.

Método analítico-sintético. Se desarrollará para analizar la información teórica del principio Constitucional de Proporcionalidad como garantía básica del debido proceso para que se efectivice la proporcionalidad de las penas de los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos del narcotráfico, tomando en consideración los criterios de expertos para llegar a establecer conclusiones.

Método inductivo-deductivo. Se utilizará porque parte de lo general a lo particular o viceversa, en el presente proyecto de investigación se lo aplica porque partiendo de teorías generales sobre principio Constitucional de proporcionalidad como garantía básica del debido proceso y se llegará a particularizar el problema motivo de investigación, como es la desproporcionalidad de las penas de delitos de hidrocarburos en relación a los delitos del narcotráfico del narcotráfico en relación a los delitos de hidrocarburos dentro de la Legislación Ecuatoriana.

Método Sistémico. Se aplicará porque tiene concordancia entre las partes, ya que es un proceso mediante el cual se relacionan hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que unifica

los diversos elementos. Consiste en la reunión de varios elementos, esas relaciones determinan por un lado la estructura del objeto y por otro su dinámica

LA TÉCNICA

La técnica a utilizar en el presente trabajo investigativo es la encuesta y el instrumento es el cuestionario.

APORTE TEÓRICO

Con la presente investigación se Plantea la proporcionalidad de las penas de los delitos del narcotráfico en relación a los delitos de hidrocarburos dentro del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, siendo este tema novedoso y a la vez práctico pues viabilizará la aplicación de principio Constitucional de proporcionalidad como garantía básica del debido proceso en la legislación ecuatoriana, siendo así de gran utilidad académica.

SIGNIFICACIÓN PRÁCTICA

Con el estudio jurídico sobre principio Constitucional de proporcionalidad como garantía básica del debido proceso permitirá aplicar la proporcionalidad de las penas de los delitos narcotráfico en relación a los delitos de hidrocarburos dentro del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano.

NOVEDAD CIENTIFICA

La Constitución Ecuatoriana, ha previsto dentro de su normativa el principio de proporcionalidad como garantía básica del debido proceso, sin que hasta el momento se haya tomado en cuenta este principio en lo que respecta la proporcionalidad de las penas de los delitos narcotráfico en relación a los delitos de hidrocarburos dentro del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, así con el estudio jurídico referente al principio antes mencionado, se garantizará el deber del Estado que se encuentra consagrado en la Constitución

CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO

1.1. Origen y evolución del delito de Narcotráfico

Es la Constitución de la República, en la que se consagra el principio constitucional de proporcionalidad como garantía básica del debido proceso así como el deber del estado de respetar y hacer respetar los derechos consagrados en el mismo cuerpo legal.

El tráfico de cocaína, heroína y marihuana, ha sido y sigue siendo la principal preocupación de los organismos de control a nivel nacional e internacional; esta actividad ilícita en vez de disminuir se ha incrementado con mayor fuerza en los últimos años. A diario se intenta transportar limitadas cantidades de droga por los aeropuertos ecuatorianos, camufladas en diferentes formas por personas que pese al gran peligro que esto conlleva, impulsados por las compensaciones económicas que reciben debido al alto costo que esta droga tiene en los mercados internacionales.

Es importante mencionar que parte de la droga que ingresa al Ecuador, es destinada al tráfico interno, el mismo que es realizado por personas, en su mayoría de escasos recursos económicos y limitada cultura, que son contratados por los narcotraficantes para que de forma continua crucen el territorio nacional transportando pequeñas cantidades de droga, especialmente cocaína y marihuana, ocultas entre equipaje, vestimenta, alimentos etc. Para luego ser entregadas en las principales ciudades a los vendedores minoritarios y estos a su vez a los consumidores.

Considero que el incremento de este delito, se debe a la política de fronteras abiertas adoptada por los gobiernos de los países del área andina lo cual facilita enormemente el movimiento de los narcotraficantes y consecuentemente el ingreso de delincuentes a nuestro país debido a que el problema del narcotráfico no solo es un problema de salud, si no que se extiende hasta el punto de desencadenar otros delitos. Es importante mencionar que es necesario aplicar técnicas indagatorias en las actividades de investigación del narcotráfico de la delincuencia organizada y de otros delitos estrechamente vinculados a aquellos como el blanqueo de capitales la identificación y seguimiento de los bienes y productos de origen criminal y que han sido avalados por los instrumentos jurídicos internacionales en vigor.

El Ecuador importa sustancias químicas que la industria local requiere; sin embargo, los traficantes lo desvían a Colombia y Perú, con la finalidad de abastecer con estos productos a los

laboratorios clandestinos de procesamiento de drogas, aunque últimamente estos laboratorios también han sido instalados en nuestro país, convirtiéndolo así no solo en un país de tránsito de drogas y sustancias químicas si no también lamentablemente en un centro de procesamiento y refinamiento.

El narcotráfico hoy en día es una de las mayores multinacionales, hay millones de sudamericanos, asiáticos, africanos y norteamericanos que viven del negocio de la droga debido a que hay mucha gente que depende del cultivo de estas para su supervivencia.

El narcotráfico se inicia en la década de los años 50, por el envío de cocaína de Bolivia, Perú, y Colombia a los Estados Unidos, luego del triunfo de la revolución cubana en 1959, desde 1960 se intensifica el tráfico de drogas en Colombia naciendo así la mafia colombiana.

El término tráfico, utilizado en la legislación y convenciones respectivas no es el apropiado en la comprensión usual que se le asigna es decir con la idea de comercio o negocio.

La Convención Única de 1961 en su artículo 1.1 define al tráfico ilícito como “el cultivo o cualquier tráfico de estupefacientes contrario a las disposiciones de la presente convención”

La Convención de las Naciones Unidas de 1988 que trata sobre: El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias, señala que:

Los delitos enunciados en los párrafos 1 y 2 del artículo 3 enumerando las siguientes conductas: Producción, fabricación, extracción, preparación, oferta para la venta, distribución, venta, transporte, importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica, en contra de lo dispuesto en la convención de 1961 en su forma emanada o en el convenio de 1971. (Naciones Unidas, 1998).

Las convenciones nos garantizan que todos los ciudadanos en general tenemos que hacer cumplir el respeto por nuestros derechos, es así que nos da a conocer que las conductas inadecuadas relacionadas con la venta distribución de sustancias que se encuentran sujetas a fiscalización no están acordes o no están de acuerdo a lo que se encuentra establecido en la Convención Única de 1961.

1.1.1. Realidad social de las drogas.

La realidad social no es una realidad a secas, sino una realidad percibida bajo un determinado punto de vista. Se puede percibir sólo aquella realidad que nos aparece mediante las categorías teóricas usadas y dentro de este marco, los fenómenos llegan a tener sentido es por eso que solo

se logra percibir los fenómenos a los cuales podemos dar sentido, de este modo, la percepción y la realidad se retroalimentan entre sí.

Esta situación se corrobora de manera muy clara cuando se incursiona en el terreno de las sustancias alteradoras de la conciencia, más conocidas como drogas, y se observan las variaciones que han sufrido en el tiempo los diversos discursos oficiales y/o científicos, la producción del discurso es una práctica orientada por la estructura social que incluye elementos de poder y de control, de ahí que el examen de cómo definimos y discutimos un problema.

En el tema materia de esta investigación, exige estudiar, en primer lugar, el papel simbólico de los llamados por el escritor y filósofo Howard BECKER, empresarios de la moral o más conocidos como creadores de las reglas (abogados o legisladores), por su capacidad de organizar las percepciones, actitudes y sentimientos de los observadores, al dramatizar y enmarcar el problema, a través de sus textos legislativos, la contra posición a esto son aquellos grupos que se denominan como portadores del mal, el tercer papel está en manos de aquellos legitimadores que son los encargados de aplicar las reglas, a quienes el escritor antes mencionado los llama empresarios de la represión, en este grupo también se incluye a los cuerpos de seguridad que se ocupan de implementar la política criminal (MUÑOZ Conde, 1981, pag. 245)

En la materia de este estudio no está por demás decir que el predominio en el campo de los discursos de las drogas le ha correspondido al gobierno de Estados Unidos por haber sido el generador y promotor del movimiento antidroga, colocándose siempre a la vanguardia de la lucha contra los demonios del tráfico internacional de drogas, y hago hincapié que este será el punto de partida de mi análisis, considerando que el discurso oficial/científico en torno al tema drogas no ha sido uniforme a lo largo de los años. Se observan interesantes variaciones que no siempre corresponden a los límites de su campo de acción.

La primera parte de mi estudio se iniciará con el fin de la Segunda Guerra Mundial, cuando el tema adquiere lugar protagónico a nivel mundial, al configurarse la Organización de las Naciones Unidas y asumir ésta tanto el papel de regulador internacional sobre el fenómeno, como el de legitimador y promotor de los diversos discursos.

1.1.2. Conceptos

Previo a una enunciación de los delitos de narcotráfico y conceptualización de los mismos es necesario indicar que es la droga y su criminalización; así pues, la droga no es una entidad

jurídica sino farmacológica, la cual nos indica el consumo indebido de sustancias que causan perjuicio a la salud.

La organización mundial de la salud OMS nos da una definición de droga en la cual tiene cabida cualquier medicamento; no obstante se hace hincapié en que consumir repetitivamente la sustancia provoca en el hombre un estado de intoxicación periódica perjudicial para quien la consume, su entorno familiar, y para la sociedad misma: Como se advierte el grado de intoxicación perjudica a toda persona, es por eso que la OMS defina una sustancia como droga, dentro de las cuales tenemos:

Estupefaciente. En el campo médico es cualquier droga que produce somnolencia o insensibilidad y también sirve como calmante de dolor. En el ámbito legal el término abarca las sustancias recogidas en la Convención de 1961.

Los Estupefacientes son depresores del sistema nervioso que producen una notable reducción de la sensibilidad al dolor, causando somnolencia y aminorando la actividad física.

Sustancia Psicotrópica. Por sustancia Psicotrópica se entiende cualquier droga o agente que presenta una afinidad peculiar que causa efectos sobre la psique, sea esta sustancia natural o sintética, o cualquier material natural de la lista.

Drogas de síntesis. Estas drogas cronológicamente, aparecen junto con la química moderna produciéndose una gran revelación de fármacos de síntesis, tales como: barbitúricos, anfetaminas, sustancias, psicodélicas, benzodiacepinas, opiáceos sintéticos, y otros fármacos.

“Estos psicofármacos sintéticos son generalmente fabricados en laboratorios clandestinos y muchos de ellos por no encontrarse registrados como ilegales dentro de las listas, evitan su persecución legal” (VALLEJO M. Jaén, 1998, pag 69, 70).

Como ya lo había indicado, los conceptos antes mencionados más que jurídicos son farmacológicos, pues bien se había mencionado que dentro de la Convención de 1961, firmada en Nueva York el 30 de marzo de 1961, se instauró una lista de sustancias sujetas a fiscalización.

1.1.3. Plan de soberanía energética

El Gobierno Nacional mediante Decreto Ejecutivo No. 254, publicado en el R.O.S. No. 63 del 13 de abril del 2007 establece, como política de Estado, el Plan de Soberanía Energética, además crea el Comité de Implementación del Plan de Soberanía Energética, integrado por el Ministerio de Energía y Minas –actual Ministerio de Recursos Naturales No Renovables; el Ministerio de Gobierno; la Dirección Nacional de Movilización; la Dirección General del Servicio de Rentas Internas; la Dirección Nacional de Hidrocarburos; la Corporación Aduanera Ecuatoriana; la Presidencia Ejecutiva de Petroecuador; y, la Comandancia de la Armada Nacional.

Antecedentes y consideraciones para el establecimiento del plan de soberanía energética.

- El subsidio del Estado ecuatoriano a los precios de los combustibles derivados de hidrocarburos y gas licuado de petróleo (GLP), es en beneficio del pueblo ecuatoriano.
- Existencia de personas inescrupulosas que, aprovechando ese subsidio, realizan un uso indebido y desvío ilícito de combustibles líquidos derivados de hidrocarburos y GLP.
- El uso indebido y desvío ilícito de combustibles líquidos derivados de hidrocarburos y GLP genera una millonaria pérdida económica para el pueblo ecuatoriano.
- Los precios actuales de los combustibles líquidos derivados de hidrocarburos y GLP son considerablemente inferiores a los establecidos en el mercado internacional y en los países vecinos.
- Se busca, a través de una normativa precisa, y con la participación de las instituciones antes enumeradas, dar mayor operatividad y eficacia a las actividades de control y sanción que ejecuta el Estado ecuatoriano.

1.1.3.1. Objetivos del plan de soberanía energética

- Regular y estandarizar los procedimientos a seguir, para realizar los operativos de control al comercio ilícito y desvío en el destino de los combustibles y GLP.
- Regular los procedimientos para el decomiso de los combustibles y GLP.
- Optimizar los procedimientos de coordinación entre las instituciones participantes.
- Alcanzar una eficiente aplicación y resultados efectivos en los operativos de control realizados en conjunto entre la DNH y la PP.NN.

1.1.4. Los derechos fundamentales

A pesar de lo común del término derechos fundamentales su significado en el sentido que se le atribuye en el constitucionalismo de hoy, es posterior a la Segunda Guerra Mundial, sin embargo de tratarse de un término de impronta alemana Grundrechte que es utilizado por primera vez en la constitución de 1848 aprobada por Frankfurt.

Para Pedro Cruz Villalón los derechos fundamentales nacen de la Constitución moderna

“Subrayando de tal modo su carácter histórico lo que le impide señalar que en los actuales contextos los tratados internacionales de protección de los derechos humanos forman parte de dicha regulación” (Ordoñez, 2013, pág. 172)

Es importante tener en cuenta que la Constitución del 2008 reconoce que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, la idea de un Estado garantista de derechos, es la base de los derechos fundamentales de la persona, y al asumir el rol del garantismo, vincula los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes del estado, el Derecho crea un sistema de garantías que la Constitución establece a favor de los derechos fundamentales, está reconocido hoy en día como Neo constitucionalismo que se preocupa de normar las relaciones entre las personas con el Estado.

¿Cuál es la función de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico?

El Nuevo rol asignado a los derechos fundamentales en su dimensión subjetiva implica la protección de los derechos individuales de la persona, es decir de los derechos clásicos de defensa de libertad frente al Estado, si bien a este se suman ahora la protección de las cuestiones sociales y colectivas de la subjetividad, en tanto que en plano objetivo nos estamos refiriendo a como esos derechos y concretamente la realización de sus contenidos permiten alcanzar los valores y principios contenidos en una Constitución pieza clave del ordenamiento jurídico (Soliz, 2014, pág. 236)

Cabe destacar que los derechos fundamentales son los derechos subjetivos de los individuos, sino también porque garantizan la libertad a un ámbito donde exista la convivencia humana justa y pacífica, para fomentar así los derechos del buen vivir como educación, salud, entre otros.

1.1.5. Garantías Jurisdiccionales tipificadas en la Constitución del 2008

Al referirse a garantías jurisdiccionales debemos destacar que la Constitución de la República del Ecuador dentro de su normativa señala que:

Art. 86 Numeral 3.- La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatare la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución (ASAMBLEA, Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 56)

Como punto de partida la reparación integral cuyo factor más importante es el pleno restablecimiento y la reparación de la víctima, no sólo a borrar las huellas que el hecho cometido han generado.

1.1.5.1.Solidez constitucional.

La Constitución es la máxima norma jurídica de la pirámide de Kelsen, por lo cual no se puede violentar esta norma legal, caso contrario el país viviría en un caos, en el desorden. Por lo tanto los asambleístas concibieron la idea de crear normas jurídicas, que nos permitan desarrollarnos en convivencia con todos los individuos de una sociedad.

1.1.5.2.Principios Constitucionales

“Art. 11 Numeral 6 Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (ASAMBLEA, CONSTITUCIÓN, 2008, pág. 17)

Al hacer referencia a los principios y los derechos nos hacemos la idea de derechos inalienables es una concepción iusnaturalista, que reconoce que los derechos son propiedad inherente del ser humano, es decir, son propios, de cada persona, están en él y por ello deben protegerse, es inajenable, no sujeto a negocio no se puede comprar ni vender., en lo que respecta a irrenunciables los ciudadanos no podemos renunciar a nuestros derechos por cuanto se sujeta a una norma imperativa que se denomina Carta Magna, en lo que se refiere a indivisibles por el mero hecho de que no se los puede dividir para con otras personas es único para cada persona se niega cualquier separación de los derechos humanos, en cuanto a interdependientes los derechos humanos establecen relaciones recíprocas entre ellos, por si mismos y son de igual jerarquía.

Es favorable la labor de los asambleístas, el de ofrecer en la ley los principios de aplicación de los derechos fundamentales, lo cual hace que dichos derechos no sean simples enunciados, sino que tengan argumentación jurídica para la aplicación de los mismos.

Si un juez debe decidir entre el derecho a la vida o el derecho a la salud ¿Cuál es más importante? En acuerdo a la norma constitucional y por el Principio de Integralidad sería imposible para el juez el fallar a favor o en contra de una de las pretensiones que contengan la defensa de determinado derecho (vida o salud), y si falla podría estar incurriendo en grave injusticia, en vista de que todos los derechos son iguales.

1.1.5.3.Derecho Constitucional

“Derecho Constitucional es una rama del Derecho, que se encarga de analizar y controlar las leyes fundamentales que rigen al Estado. Su objeto de estudio es la forma de gobierno y la regulación de los poderes públicos, tanto en su relación con los ciudadanos como entre sus distintos órganos” (WordPress)

Se refiere que desde su aparición, el Derecho constitucional ha sido una parte primordial dentro del estado ecuatoriano ya que es el encargado de estudiar y vigilar las leyes que rigen en la sociedad, para que exista una conexión entre estado - persona, y viceversa.

“Para los futuros pueblos de América hubo un aprendizaje para la vida independiente mediante los gobiernos locales y la experiencia Constitucional de las Cortes de Cádiz dando paso a la creación de la Primera Carta propia del Estado de Quito en 1.812.” (Holguín, 2009, pág. 125)

Es necesario mencionar como parte de nuestro acervo jurídico constitucional que desde tiempos atrás cuando el país estaba bajo la opresión española, donde existía desigualdad en todos los aspectos económicos, sociales, políticos se creó de la primera Constitución del estado de Quito, que llegó a regular un poco el abuso español, lo cual ha aportado a una transformación Revolucionaria de la Patria.

El país era una colonia de España, y da un gran paso de la monarquía a la Vida Republicana, llegando a ser el país de cultura y poderío, por lo que se puede decir que hemos vivido en un estado de modo constituyente, convirtiéndose en un estado independiente, unitario, manteniendo la democracia para el pueblo ecuatoriano.

1.2. Análisis de las Distintas Posiciones Teóricas sobre el objeto de investigación

1.2.1. Tenencia y Posesión de Estupefacientes.

Según el diccionario de Guillermo Cabanellas de Torres define a la tenencia como:

“La mera tenencia o posesión de la cosa, su ocupación corporal y actual”
(CABANELLAS DE LA TORRE Guillermo, 1997, pág. 438).

Lo primero que se advierte es que las conductas de posesión o tenencia de droga, al expresar posea o tengal, ambas conductas, sin embargo no tiene el mismo significado en el ámbito penal, es decir, entendemos que no se están empleando como sinónimos, al contrario, regulan diversas actividades, todas ellas abarcan distintas formas comisivas del delito, siendo el concepto de tenencia, más restringido que el de posesión.

Por tenencia entendemos como la relación de la droga con quien la detenta, pero en un ámbito estrecho de intermediación corporal; así, cuando la ley hace referencia a la tenencia, debe entenderse que la droga está en relación corporal con quien ejerce un ámbito de dominio sobre ella.

Al contrario, los actos de posesión no deben entenderse como actos de contacto corporal o vinculados al cuerpo, sino a un ámbito de mayor extensión en el cual la droga aun no estando en manos de su dueño, siempre está unida a éste por una esfera directa de dominio, esto debido a que puede expresar actos dispositivos sobre la misma, en virtud de que la droga se encuentra en una esfera que está bajo su dominio o custodia; así por ejemplo, cuando se tiene resguardada en habitaciones de la casa, oculta en muebles, acondicionada en autos, etc.

Hay que diferenciar entre lo que podemos calificar de mera o simple tenencia o posesión de drogas; de la tenencia de droga con fines de tráfico y la tenencia o posesión de droga que queda inherente a conductas ejecutivas o de tráfico cuando no son excluyentes, así adquisición: almacenamiento, transporte, suministro o expedición de drogas.

La mera tenencia de droga atiende a dos límites:

- Primero: el rebasar las cantidades que por su natural insignificancia no sean calificadas como presumiblemente comerciables, así cuando normativamente se entienda que la

droga por su cantidad ya no estaba destinada al consumo y tiene vocación objetiva al comercio.

- Segundo: De acuerdo al criterio jurídico de la Jurista Orozco dentro de su obra “Delitos del Narcotráfico”, señala que:

“debe entenderse que el criterio de la cuantificación de la droga tiene también un límite respecto de la desproporción, pues cuando las cantidades sean tales, por su envergadura la adecuación ya no responderá a actos de mera tenencia o posesión, sino que importará una adecuación típica como almacenamiento, depósito u otra conducta que tenga inherente ejercicio de tenencia o posesión” (OROZCO M Elsa, 2009, pag. 41).

El legislador no ata al juzgador a una cantidad específica de droga, dejándole en libertad de criterio para estimar si la cantidad incautada puede o no considerarse comerciable.

Jurisprudencialmente se han sentado algunos criterios en cuanto a la cantidad que debe considerarse o no como delito, pero esos criterios no pueden considerarse como una barrera infranqueable por el juzgador, quien además de la cantidad, deberá evaluar la forma en que se encuentra dispuesta, el lugar en el que se realiza la incautación, y las circunstancias en que estas se verifican, todo de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

El tribunal no se puede precisar a una cantidad específica para considerarla como delito, y precisamente si el legislador no la fijó en el tipo penal, fue con el objeto de evitar que las personas que se dedican a comercializar las sustancias prohibidas tuvieran un punto de referencia respecto de que era considerado delito y que no, permitiendo de esta manera evadir la aplicación del tipo basándose únicamente en criterios de cantidad.

Bien Jurídico protegido por el Código Orgánico Integral Penal, referente a Sustancias y Estupefacientes

Se dice que el derecho penal tiene como finalidad, la represión de las conductas que lesionan aquellos bienes jurídicos establecidos como básicos para el funcionamiento de una sociedad determinada, por lo general estos bienes jurídicos están establecidos en las Cartas Magnas de cada país, es decir que en Ecuador, las encontramos en la Constitución de la República, en su parte dogmática donde se mencionan los Derechos y Garantías Constitucionales.

Por lo tanto el Derecho Penal, representa el instrumento más enérgico de protección, con la que una determinada sociedad va asegurar y garantizar que las relaciones entre las personas que

la componen se mantengan dentro de los límites de su óptimo funcionamiento, esos límites puestos por la sociedad mediante una normativa se los conoce como bienes jurídicos protegidos.

Cada delito tiene como regla general un bien jurídico por proteger, en los casos de los delitos de Tráfico de Drogas y Tenencia Ilegal de Drogas, también tienen su bien jurídico protegido, el mismo que lo mencionaré a continuación.

La salud es un valor de la vida, y como tantos otros forma parte de los Derechos y Garantías consagradas en el Ordenamiento Jurídico convirtiéndose en un bien jurídico protegido.

En el ciclo del narcotráfico el bien jurídico protegido es la salud pública. Interesa si el consumidor usó la droga que le fue suministrada lo que configura la materialización del delito, convirtiéndolos en delitos de peligro abstracto que fundan su existencia y esencia en la estadística reveladora de que el resultado lesivo normalmente ocurre. El delito siempre se configura cuando se suministra droga a un consumidor crónico, lo que provoca que nunca cese el crecimiento del problema. El victimado no es el narcodependiente quien podrá aducir una libertad de autodeterminación al consumir la droga como causa de exculpación para quien le suministra la droga, en tanto, lo que se trata de prevenir no sólo es el daño en la propia salud individual del consumidor sino también las consecuencias en la sociedad que ocurren a raíz de este consumo: problemas familiares, accidentes de tránsito, criminalidad". (MUÑOZ Conde, 1981, pag. 245)

La historia de las drogas revela que por razones culturales se eligen como drogas ilegales sólo una porción del total de las drogas, ello significa que se está asumiendo una ideología en la configuración del bien jurídico por lo que en la actualidad se sustrae de la penalización del alcohol y al tabaco pese a sus efectos devastadores en la salud pública como bien de la vida.

Según la OMS, señala que:

“la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no ha de entenderse solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades” (MOCCIA Sergio, pág. 43)

En el ámbito europeo, a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el artículo 152 del Tratado en su parte concreta a la salud pública, afirma que

“al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana” (TRATADO DE AMSTERDAM).

La Salud Pública puede ser definida, por algunos autores como el conjunto de condiciones que positiva o negativamente garantizan y fomentan la salud del ciudadano.

1.2.1.1.Sujeto activo.

Dentro del cometimiento de hechos delictuosos, siempre interviene un sujeto que mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificado, da lugar a la relación jurídica material y posteriormente a la relación procesal. Esto no implica necesariamente que, por ese solo hecho, pueda ser considerado como sujeto activo del delito, pues esta calidad la adquiere cuando se dicta la resolución judicial condenatoria.

Como ya había mencionado el sujeto activo es aquel que comete un delito tipificado, pues reconocerlo es muy fácil, ya que dentro del código penal se lo encuentra identificado con las palabras tales como: El que robe, El que mantenga en su poder etc.

Sujeto Activo, en el caso del delito de Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial el COIP, señala:

La persona que, en las provincias fronterizas, puertos marítimos, fluviales o mar territorial, almacene, transporte, envase, comercialice o distribuya sin la debida autorización, productos derivados de hidrocarburos incluido el gas licuado de petróleo o biocombustibles, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Con la misma pena, será sancionada en el caso que no se detecte la presencia de una sustancia legalmente autorizada, que aditivada a los combustibles permita identificarlos o que modifique la estructura original del medio de transporte sin contar con la autorización de la entidad del Estado correspondiente. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Los artículos gramaticales, "el", "los", "la" nos conducen a deducir que el sujeto activo puede ser cualquiera, lo que nos lleva a los llamados delitos impropios, Porque son realizados por cualquier persona. Por otro lado, existen delitos que sólo cometen determinadas personas como es: el funcionario público, la madre, el comisionado, estos se llaman delitos propios porque sólo las personas que se les puede imputar el delito. En los casos de los delitos materia de la presente investigación se trata de delitos impropios.

En la actualidad, el hombre es el único autor o posible autor de delitos, pero esto no siempre ha sido igual, antiguamente, entre los árabes y los hebreos, los animales y los difuntos fueron considerados sujetos autores de delitos. El ser humano era tan sólo instrumento de investigaciones y material probatorio.

Posteriormente, al adquirir carta de naturalización la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, el hombre pasó a ser, en todos los regímenes democráticos, un sujeto de derechos

y obligaciones, y su calidad de "parte", se acentúa en forma plena en el sistema acusatorio, en el cual, dentro de la relación jurídico procesal es la figura principal en torno al cual, gira todo el proceso.

En lo que concierne a la legislación Argentina el consumo de estupefacientes está regulado en la Ley N° 26.052 de Tenencia, Suministro y Tráfico de Estupefacientes, la que en el Art 14 menciona lo siguiente:

“La pena será de prisión de un mes a dos años cuando, por escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para consumo personal.” (ARGENTINA, 2011)

Tanto en la doctrina como en la legislación, al supuesto autor del delito se le han otorgado diversas denominaciones, como sospechoso, imputado, acusado, procesado y sentenciado.

1.2.1.2.Sujeto Pasivo

El Sujeto Pasivo del Delito es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro, es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del sujeto activo, por lo general se le denomina víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, como en los delitos patrimoniales y contra la Nación.

En los delitos que estoy estudiando puedo decir que el sujeto pasivo es el bien jurídico protegido es la salud pública, lo que le da una característica muy especial a estos delitos, por cuanto los convierte en infracciones de riesgo, y un delito contra la salud pública supone, siempre, la existencia de un peligro indeterminado para los individuos. La Salud Pública es un interés supra individual, de titularidad colectiva y naturaleza difusa.

1.2.2. EL Narcotráfico

“El narcotráfico es el comercio ilegal de drogas tóxicas en grandes cantidades. El proceso que comienza con el cultivo de las sustancias, sigue con la producción y finaliza con la distribución y la venta suele ser realizado por diversas organizaciones ilícitas (denominadas carteles) que se especializan en distintas partes de la cadena. Los grupos más grandes dedicados al narcotráfico suelen tener presencia internacional y ostentan un poder similar al de un gobierno. Sus integrantes cuentan con peligrosos armamentos y sus líderes manejan inmensas sumas de dinero. La condición ilegal de las drogas provoca que éstas adquieran un gran valor económico. Por otro lado, se sabe que las personas que sufren de adicción no conocen límites cuando sienten la necesidad de consumir. Combinando estos factores con la pobreza de muchos adictos, es fácil comprender que el narcotráfico sea un negocio tan lucrativo como riesgoso” (E. MORENO, 2009, pág. 96)

En el delito de narcotráfico no solo el bien jurídico que se protege es la salud pública, sino que alcanza otros intereses de la sociedad como la seguridad jurídica y el orden económico.

Desde tiempos remotos en Ecuador se han cometido una serie de delitos que han quedado en la impunidad es así que se pretende despenalizar la tenencia de drogas para el consumo personal, desde que entró en vigencia la tabla de tenencia de drogas permitida por persona, es decir lo que cada ser humano puede llevar consigo sin que sea un delito, es evidente que la edad de inicio de consumo de drogas como el alcohol, la marihuana, éxtasis, es de 12 años, considerando que antes era a los 15 años.

Es indiscutible que en cuanto a protección de la Salud Pública estamos retrocediendo, los estudiantes de los colegios han consumido alcohol y muchos dicen que es muy fácil conseguir otro tipo de drogas como marihuana, no se diga licor, coinciden en que consiguen estas sustancias en los alrededores de los establecimientos educativos y no se está haciendo nada para prevenir el consumo de drogas, ahora se pretende que se adquiera en las farmacias del país. Dando apertura a que los jóvenes de nuestro país se vuelvan adictos.

1.2.3. Clasificación de las Drogas y sus efectos

1.2.3.1. Depresoras del sistema nervioso:

“Disminuyen la actividad del sistema nervioso central.

Opiáceos: opio, morfina, heroína, metadona.

Bebidas alcohólicas: vino, cerveza, etc.

Hipnóticos y sedantes: somníferos y tranquilizantes.

1.2.3.2. Estimulantes del sistema nervioso:

Aumentan la actividad del sistema nervioso central.

Mayores: anfetaminas, cocaína.

Menores: café, té, cacao, tabaco (nicotina).

1.2.3.3.Las que alteran la percepción:

Modifican el nivel de conciencia y diferentes sensaciones (visuales, auditivas, etc.).

Alucinógenos: LSD, mezcalina.

Cannabis: marihuana, hachís.

Drogas de diseño: éxtasis, Eva, etc.

Inhalantes: disolventes, pegamentos, etc.

1.2.4. Factores para el Consumo de Drogas

1.2.4.1.Factores Biológicos

Según varios estudios y los más importantes en los últimos 30 años es acerca de los factores biológicos de la dependencia al alcohol y otras drogas, y se ha llegado a la conclusión de que en primer lugar, que hay una base genética: hay personas más vulnerables que otras a causa de la herencia; en segundo lugar, que las drogas trabajan produciendo una experiencia de placer en el cerebro; y como tercer punto es que una vez que se es dependiente al alcohol y otras drogas es muy difícil definir ya que la persona dependiente actúa de manera biológicamente diferente a quien nunca usó drogas. Esta diferencia hace que sean muy comunes las recaídas, y las personas sientan la necesidad de satisfacerse con el uso de la droga.

1.2.4.2.Factores Psicológicos

Se asocian con el uso de alcohol y otras drogas el fracaso en la escuela; en el colegio o en cualquier institución educativa, la rebeldía y demencia, y la conducta antisocial.

Una serie de factores de carácter han sido identificados como rasgos de carácter asociados a tener alto riesgo de problemas de alcohol y otras drogas en la adolescencia: falta de interés por los sentimientos de los demás, frecuentes mentiras, gratificación inmediata e insensibilidad al castigo.

1.2.4.3. Factores Ambientales

Los factores que contribuyen a enviciar una persona a consumir drogas incluyen la genética, los desórdenes mentales o la personalidad; sin embargo, el medio ambiente juega un rol importante en el consumo de drogas. El ambiente durante la infancia, los compañeros en la escuela durante la adolescencia y otros factores situacionales están involucrados, el ambiente familiar es uno de los más importantes dentro de los factores que influyen para el consumo de drogas, un estudio documentado en "Dependencia a las Drogas y al Alcohol" indicó un aumento en el consumo de drogas entre sujetos cuyos parientes eran adictos a las drogas.

Si un niño observa habitualmente a sus padres consumir drogas, puede aprender que el consumo de drogas es normal. En algunos casos, los niños toman una posición contraria al consumo de drogas: sin embargo, el nivel de aceptabilidad suele aumentar entre niños con familiares adictos a las drogas en cualquier parte del Ecuador.

Dentro de los factores psicodinámicos, el abuso es visto como una secuencia de soluciones parciales y un trato consigo mismo que lleva al ciclo compulsivo. Cada droga provoca tonos afectivos específicos y produce afectos con relación a configuraciones defectuosas que se ven consolidadas por el abuso. Desde el punto de vista psicogenético si bien muchos de los problemas pseudos-enfrentados por el abuso provienen de etapas tempranas del desarrollo infantil, es en la adolescencia donde se empiezan manifestar abiertamente estas conductas.

“Entre las conductas de mayor riesgo están: conductas extrovertidas, no conformidad con los valores establecidos, carencia de valores espirituales y percepción negativa de la familia; falta de relaciones afectuosas con los padres, falta de interés de estos en la vida de los jóvenes, inconsistencia en la disciplina, falta de establecimiento de límites y de tiempo dedicado a la familia; mayor presencia de psicopatológicas, presión de grupo y grado de consumo; trastornos familiares apoyo de la familia, capacidad de tomar decisiones de compartir el tiempo libre y expresar emociones, falta de afiliación religiosa, uso de drogas no limitados a situaciones sociales; bajo rendimiento escolar, otras conductas desviadas, búsqueda de emociones, uso temprano de bebidas alcohólicas, baja estima personal, percepción clara de mayor uso de drogas por los padres” (MARTÍ, 2009, pág. 183)

Cualquier tipo de droga que se consuma produce alteraciones dentro del cuerpo humano por lo que es importante que se haga una socialización a los chicos y chicas de la ciudad y miren cual es el grado de peligrosidad, y para saber qué porcentaje de la población consume en el medio drogas, y así poder ayudarles a rehabilitarse, ya que se busca aprovisionarse de estas sustancias estupefacientes, sin tener en cuenta que en varias ocasiones no es para el consumo sino para el expendio de las mismas, y poner una solución en cuanto al problema que se presenta.

1.2.5. Colisión de derechos fundamentales

Uno de los problemas más significativos en materia de derechos fundamentales es la existencia de dos normas constitucionales que estipulan dichos derechos para ser ejercidos en una misma situación fáctica y en sentido contradictorio, produciéndose una regulación inconsistente entre ambas.

De este modo, el conflicto “sólo surge en situaciones que sean simultáneamente subsumibles en dos normas que establecen consecuencias normativas incompatibles, teniendo cada una de ellas un campo de aplicación en el que el conflicto no se produce”¹²¹. Y si esas normas en conflicto son aquellas que estipulan derechos fundamentales, entonces se produce la denominada “colisión de derechos fundamentales”.

Esta tesis que se denomina conflictivista supone algo sobre lo que volveremos más adelante y que suele no decirse: la asunción de que los derechos fundamentales corresponden a principios y no a reglas, y que, por tanto, se trata de un conflicto que debe ser solucionado con una técnica propia para principios, como es la ponderación y la proporcionalidad.

1.2.6. La colisión entre derechos fundamentales y la ponderación

La ponderación se construye como una forma de aplicación del derecho distinta de la subsunción. La subsunción es la operación típica de aplicación propia del modelo legalista de derecho, mientras que la ponderación es el modo de aplicación característico de la nueva etapa de constitucionalización del derecho.

La diferencia, según adelantamos, es que mientras las reglas se aplican subsuntivamente, los principios se someten a cálculo y balanceo: el derecho legislado como la normativa penal corresponde preponderantemente a reglas, en cambio, el derecho constitucional especialmente los derechos fundamentales, corresponde preponderantemente a principios.

En ese sentido, se dirá que si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios, por ello distinguir los principios de las reglas significan, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley

Las reglas establecen un deber definitivo que el juez debe aplicar sin cálculo de ningún tipo. Los principios sólo establecen un deber prima facie o condicional que puede balancearse y ceder frente a otros principios de igual categoría.

Como se ha explicado:

“cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos individuales. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume” MORESO, J.J. “El encaje de las piezas del Derecho”, Isonomía, N° 14, Alicante, 2011.

Dando cuenta precisamente de este rasgo restringible de los derechos fundamentales, la doctrina ha señalado que:

“La ponderación, como ya señalamos, gira en torno a la asignación por parte del juez de peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que “un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable” (MORESO, Op. Cit., p 103.)

En este caso, los conflictos entre principios se deciden en dimensión del peso, a diferencia de los conflictos entre reglas que se deciden en la dimensión de validez. Lo anterior, toda vez que los principios representan un objeto de optimización, que puede ser realizado en grado máximo. La estructura de los derechos fundamentales, precisamente, el grado de realización de cada principio en las situaciones de colisión, debe ser decidido por el juez en cada caso, intentando que cada principio se sacrifique por el otro en la menor medida posible (principio de proporcionalidad).

Cabe apuntar que la jurisprudencia constitucional ha entendido, precisamente, que el ejercicio de derechos fundamentales inespecíficos por parte del trabajador al interior de la empresa desembocará en diversas hipótesis de colisiones entre derechos fundamentales o, dicho de otro modo, de conflicto entre principios constitucionales.

Y ante dichos conflictos, el modo de solución corresponde a la ponderación: “la jurisprudencia constitucional sobre el ejercicio por el trabajador de sus derechos fundamentales en ejecución del contrato de trabajo efectúa juicios de ponderación sobre los derechos constitucionales en colisión

o conflicto, esto es, sobre el ámbito de su ejercicio legítimo constitucionalmente protegido y sobre la transgresión o no de sus límites por la incidencia o afectación de otros derechos fundamentales.

El mismo camino de búsqueda del balanceo entre derechos en conflicto, será el sostenido por la doctrina: “los derechos fundamentales no pueden bloquear el desarrollo de los poderes empresariales, que también tienen una base constitucional. Por consiguiente dado que ni éstos ni aquéllos pueden imponerse con sacrificio de los otros, ha de buscarse una vía que los haga compatibles sin suponer la anulación de ninguno de ellos.

O en palabras más directas: “dentro del contrato de trabajo la tarea de ponderación de los derechos en conflicto, ante la restricción del ejercicio de un derecho fundamental impuesta por el empresario, debe examinarse, de un lado, la limitación sufrida, y, de otro, la adecuación (necesidad) y proporcionalidad de la medida empresarial restrictiva del ejercicio del derecho fundamental del trabajador a la naturaleza del trabajo realizado y a la satisfacción de los intereses protegidos por la libertad de empresa u otros derechos fundamentales del empresario

1.3. Valoración Crítica de los conceptos principales de las distintas posiciones teóricas

1.3.1. Antecedentes Históricos

Sobre la evolución del principio de proporcionalidad hasta nuestros días se ha señalado lo siguiente:

Los primeros desarrollos repercutieron en la cultura jurídica romana, en donde se ha mostrado, que el principio de proporcionalidad alcanzó una importancia capital en varios ámbitos del Derecho Privado, dándose a la gestación de los primeros controles jurídicos de la actividad del Estado y, desde entonces, no ha dejado de evolucionar y de expandirse a lo largo de todas las áreas del Derecho que regulan las relaciones entre el poder público y los particulares.

Esta relación encuentra su justificación, al menos en el Derecho Público europeo, con la concepción contractualista y fundacional del Estado, así como con la Ilustración, que postulan que la potestad estatal para intervenir en la libertad sólo puede ejercerse en los casos necesarios y con la magnitud imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas.

El origen del principio de proporcionalidad se remonta a la Antigüedad, ya que en la obra de Platón las leyes podemos encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. Pero es hasta la época de la Ilustración cuando se afirma este principio, en la cual hace referencia a la pena y establece que ésta debe ser necesaria e infalible, ya que estas dos características completan la idea de proporcionalidad.

El término necesaria se refiere de forma fundamental a la fase de conminación penal, aunque en la actualidad también afecta a la fase de aplicación de la Ley, la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin; con el término infalibilidad se refiere a que en la fase de ejecución de las penas hay que asegurar que las que se han impuesto se cumplan efectivamente.

El principio de proporcionalidad, en relación con el proceso penal, tuvo lugar en una resolución del deutscher Journalistentag, tomada en Bremen el 22 de agosto de 1875, en la que se solicitaba que las medidas coactivas dirigidas contra los periodistas que se negaran a declarar como testigos fueran proporcionadas a las penas previstas para los delitos perseguidos. Aquella resolución supuso una primera llamada de atención sobre la necesidad de trasladar al proceso penal el principio de proporcionalidad conocido ya en el Derecho Administrativo de Policía.

El segundo brote del principio de proporcionalidad, de eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles tiene lugar en las declaraciones internacionales que siguieron a la terminación de la Segunda Guerra Mundial. Es así como la idea de proporcionalidad ha pasado de un Derecho a otro, hasta convertirse en un principio general del ordenamiento jurídico y que, en sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto.

Definitivamente, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Extranjero sobre el principio de proporcionalidad se ha elevado la eficacia de la jurisprudencia constitucional en el caso concreto a una altura jamás alcanzada, han sido reducidas las habilitaciones generales concedidas al Estado para la práctica de injerencias en la medida no deseable según las circunstancias particulares del caso concreto, y el legislador ha debido doblegarse a ello.

El principio de proporcionalidad ha desplegado su empleo en variadas ramas del derecho, pero es en el área constitucional el lugar en el cual se le ha entregado una mayor funcionalidad, debido

a que en esta sede ha sido empleado como un instrumento de control de la actividad de los poderes del Estado, entendido éste como constitucional de Derecho. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso se integra como un método de control, para evitar las técnicas de desvío de poder, error manifiesto, y en especial para el balance entre costos y beneficios de aquellas actuaciones del Estado que implican una intervención en los derechos fundamentales, ya que se ha considerado, en especial por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que este principio se deduce del contenido esencial de estos derechos.

Cuando una norma jurídica interviene un derecho fundamental, se entiende que esta intervención proviene de las atribuciones del poder legislativo, debido a que la existencia de un Estado Constitucional de Derecho, no implica necesariamente la anulación del legislador en la regulación de los derechos fundamentales protegidos por la norma fundamental.

En consecuencia, se ha entendido que ante la actividad legislativa que interviene derechos fundamentales, este principio vincula y limita su arbitrio a la hora de restringir, limitar o privar a un sujeto de un determinado derecho.

Por lo dicho anteriormente, podemos concluir que este principio es de gran utilidad en el Derecho Penal, debido a que es la rama del ordenamiento jurídico que se encuentra más vinculada a la Constitución.

La razón principal se reduce a que la imposición de una norma punitiva implica siempre la intervención (restricción, suspensión o privación) del ejercicio de ciertos derechos fundamentales, por lo que no es de extrañar la afirmación de que ésta es la que más afecta al individuo en cuanto a sus derechos. A mayor abundamiento, el principio de proporcionalidad resulta bastante fructífero a la hora de regular la actividad del legislador penal, dado que hay autores que consideran que Derecho Penal en sí es violencia, ya que tanto los casos de los que se preocupa son violentos, como la forma en que éste los soluciona.

Por esta razón, esta rama del Derecho resulta ser el que llega más directamente a la opinión pública, y la que más impacto produce en ella, lo que como consecuencia produce una reacción adversa del legislador en favor de su aceptabilidad social, criminalizando nuevas conductas, aumentando la pena, e incluso adelantando el iter criminis de delitos que afectan a determinados

de bienes, actos que en sí mismos no lo lesionan ni ponen en peligro jurídicos -generalmente patrimoniales-, sancionando a su vez inmediato.

Es evidente que lo anterior implica la existencia de una exacerbación de la respuesta penal, y en consecuencia, un aumento indiscriminado de las penas, distorsionado en consecuencia la estructura dogmática de nuestro Código Penal, como así también, la de los principios político-criminales que lo regían, como el principio de proporcionalidad, lo que implica la inexistencia de un balance adecuado entre la fuerza punitiva del Estado y los derechos fundamentales de quienes cometen estos actos delictivos.

Ante esta realidad, el principio de proporcionalidad es un criterio idóneo para constituir un límite al legislador penal, dado que tiene un fértil terreno para desplegarse, y su autonomía como principio permite dar concreción a finalidades retributivas de la norma punitiva, convirtiéndose así en una de las directrices más importante en la racionalización del ejercicio del ius puniendi.

1.3.2. El principio de proporcionalidad constitucional

El principio de proporcionalidad también se denomina principio de prohibición del exceso que se proyecta tanto sobre la teórica pena que corresponde al delito como sobre la aplicación de su correcta imposición. La proporcionalidad exige valorar entre la gravedad de la pena y el fin perseguido por la ley penal, debiéndose atender en primer lugar a la gravedad de la infracción cometida, la pena que establezca el legislador al delito, deberá ser proporcional a la importancia social del hecho.

El principio de proporcionalidad suele estudiarse desde dos sentidos, el amplio y el estricto, pero este último se encuentra recogido dentro del primero. Por tanto, la proporcionalidad en sentido amplio engloba tres exigencias:

1. **La exigencia de adecuación a fin:** Implica que bien el juez o el legislador tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena óptima ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada al fin.

2. **La exigencia de necesidad de pena:** Si se impone una pena innecesaria se comete una injusticia grave, para que la pena sea necesaria tiene que darse tres requisitos: (los últimos dos dirigidas sobre todo al legislador, al juez solo en la medida en que tiene que individualizar)
 - a. La exigencia de menor injerencia posible o de intervención mínima: Es decir, la sanción que se imponga ha de ser la menos grave posible de las que tengamos a disposición. Este requisito ha de exigirse tanto en el momento de la culminación de la pena abstracta (o determinación en abstracto de la pena: (10 a 15 años) como en la fijación de la pena en concreto (11 años).
 - b. La exigencia de fragmentariedad: Lo que significa que al legislador penal no le compete castigar todos los delitos sino sólo aquellos que vayan contra bienes jurídicos susceptibles de protección penal y que solo se recurre al Derecho Penal frente a los ataques más graves e intolerables.
 - c. La exigencia de subsidiariedad: Quiere decir que el Derecho Penal solo ha de intervenir de manera residual, cuando se demuestre que el resto de mecanismos del ordenamiento.
3. **La proporcionalidad en sentido estricto:** Se exige básicamente al juez para que este realice un juicio de ponderación o valoración donde valore la carga o gravedad de la pena (la cual tiene que venir dada por determinados indicios: gravedad conducta, bien a proteger, etc.) y el fin que persigue con esa pena.

El principio de Proporcionalidad responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos. Encuentra su justificación en distintos preceptos de la Constitución, aunque no lo recoja expresamente: Donde se proclama los Derechos a la libertad, el de la dignidad de la persona, etc. Se configura el estatuto básico del ciudadano y, por tanto, sólo se pueden limitar en casos excepcionales. La proporcionalidad es una noción general, utilizada desde épocas remotas en las matemáticas y en otras diversas áreas del conocimiento. La relación entre el medio y el fin, que constituye la base epistemológica de la proporcionalidad, se reveló ya como forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica.

1.3.3. Consagración del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico nacional.

Se considera que no es necesaria la consagración de este principio, ya que se encontraría de modo transversal en el Derecho, e incluso, formaría parte de la estructura de los derechos fundamentales, no obstante lo anterior, existen juristas que abogan por la búsqueda de consagración legislativa, tendencias que se repiten en el Derecho Comorado, que pasó por una etapa similar a la actual de nuestro país, que fue avanzando hasta la consagración expresa del principio de proporcionalidad, otorgando mayor seguridad jurídica a quienes deben fallar acerca de la observancia de este principio. En nuestro país es vidente el reconocimiento expreso del principio de proporcionalidad a nivel constitucional en el Capítulo octavo, art. 76, numeral 6, donde se señala que:

Derecho y Constitución de la República Ecuador Capítulo octavo art 76, numeral 6 sobre Principio de Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad estaría consagrado en el art. 9.3 de la Constitución Española homólogo del art. 19.2

Esto de suma importancia, ya que este principio es un límite efectivo en la labor legislativa-penal, que son indispensables las posibilidades y métodos existentes para la evidente probabilidad de este principio existente en la constitución.

1.3.4. Posibilidades para encontrar la consagración normativa constitucional del principio de proporcionalidad

Cabe recalcar que para involucrarse a este campo de la consagración normativa constitucional del principio de proporcionalidad, se inicia a partir del surgimiento del principio de juridicidad que no es otra cosa, que un concepto que determina las relaciones entre el Derecho y los poderes públicos, de tal forma que toda actuación de los poderes constituidos supone la existencia de normas jurídicas constitucionales que suele abarcar principios entre ellos el principio de proporcionalidad que los vinculan cuando actúan y de esta forma los someten al Derecho.

En este sentido, debe de ponerse de relieve que el principio de juridicidad expresa siempre y necesariamente una vinculación positiva, y no simplemente negativa. Para programar la densidad de la consagración normativa es necesario el carácter positivo del control judicial que no solo depende de la mayor o menor predisposición de los jueces, sino única y exclusivamente del legislador, indispensable para el contenido de las decisiones; es decir, de que el legislador ponga a disposición de aquéllos parámetros de control dotados de una estructura lógica normativa que haga viable el pleno control jurídico (NOGUEIRA, pág. 145).

De ahí que resulte imprescindible buscar criterios de equilibrio y que están presentes las ideas jurídicas de los intérpretes constitucionales, con sus ideas políticas.

La Constitución Política, los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos impone el deber-obligación a los Estados, de incorporar en la legislación interna normas que permitan prohibir las violaciones del derecho a la vida, la integridad y libertad personales, etc., y que dispensen castigo a los responsables, lo cual no sólo incumbe al órgano legislativo, sino a toda la institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, los estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones.

Frente a las violaciones de los derechos humanos el Estado debe garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca resultados o respuestas adecuadas, lo que equivale a decir, ni más ni menos, que un remedio de justicia no equivale a hacer justicia. Dicho en otros términos: sólo se hace justicia y se obtiene eficacia del recurso efectivo cuando quienes han sufrido la violación de los derechos humanos, quienes han sido víctimas de los delitos cometidos obtienen verdad, justicia y reparación.

Estas consideraciones cobran mayor vigencia cuando entratándose de la "Ley de Justicia y Paz" se advierte por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos.

En particular, son inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y

sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos - como las del presente caso, ejecuciones y desapariciones.

El Tribunal reitera que la obligación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse.

A continuación se detallan las Posibilidades para encontrar la Consagración Normativa Constitucional del Principio de Proporcionalidad:

1. La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano. La ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito.
2. En la Convención Americana de Derechos Humanos, en la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, habiéndose pronunciado expresamente al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha estimado a las penas desproporcionadas como una violación de esa Convención, entendiéndose además, que por medio de la norma de reenvío del de la Constitución Política de la República, se entendería esta Convención como parte de nuestro sistema jurídico en cuanto que la soberanía se encuentra limitada por los derechos que emanan de la naturaleza humana, lo que supone la racionalización y limitación del ius puniendi.
3. Nuestra jurisprudencia reconoce este principio como un derecho de protección, admitiéndose el reconocimiento de derechos implícitos por la jurisdicción.
4. También dentro de las bases de la institucionalidad, de la Constitución Política, por medio de los principios de libertad e igualdad, la primacía de la persona humana, servicialidad del Estado y el Bien Común como su finalidad, por lo tanto, para que una pena sea coherente con este núcleo duro de la Constitución y sea ética y jurídicamente aceptable debe respetar:
 - a) La dignidad de la persona, es decir, no debe emplear a la persona como un medio para lograr un fin, desconociéndole a esta su carácter de fin en sí misma,
 - b) No puede tener por efecto excluir, al menos definitivamente, a una persona de los bienes que la sociedad le permite adquirir, ya que de este modo se excluiría el Bien Común, que incluye a todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Lo que en consecuencia hace inconstitucional cualquier tesis propia del derecho penal del enemigo,

c) Por último, que la restricción o privación de algún derecho fundamental, que afecte en alguna medida, la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona, debe ser vista como un mal necesario, reservada sólo para los casos más graves de atentados contra los bienes jurídicos protegidos.

Deben existir penas diferenciadas para delitos de diversa gravedad (contra la vida - contra la propiedad) además se encontraría dentro de la prohibición de aplicar diferencias arbitrarias. En cuanto a la prohibición de todo apremio ilegítimo, que no sólo se refiere a la sujeción y cumplimiento de una norma jurídica, sino que también, la conformidad de dicha norma con: El valor de la dignidad de la persona, y la justicia, es decir, requiere que un apremio sea impuesto proporcionado a la consecución de una finalidad lícita, secuela de una decisión de autoridad competente en un proceso justo.

1.3.5. Consolidación del principio de proporcionalidad

La consolidación del principio de proporcionalidad se inició primeramente a partir de los derechos fundamentales de ahí que se desprende la supervisión de la práctica que se adquirió importantes técnicas interpretativas como lo es la proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado.

La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos.

El principio de proporcionalidad trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día el más conocido y el más recurrente límite de los límites a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.

La idea es de difundir entre los interesados una serie de herramientas hermenéuticas que son necesarias para lograr la adecuada protección de los derechos fundamentales. Hasta hace unos años

los encargados de aplicar en la práctica el catálogo de derechos fundamentales se enfrentaban a la enorme dificultad de los regímenes autoritarios y dictatoriales que por décadas gobernaron distintos países de la región. Esa dificultad hoy en día ya no existe en términos generales, o al menos no con la fuerza que tuvo en el pasado. Actualmente los problemas son otros. Alguno de ellos tiene que ver con la falta de destreza teórica al momento de aplicar las normas de derechos fundamentales.

Esto es lo que produce, por ejemplo, sentencias de los más altos tribunales que contienen errores de interpretación, o recomendaciones y observaciones de organismos públicos no jurisdiccionales encargados de proteger los derechos que adolecen de los pertinentes razonamientos jurídicos.

En este contexto, es importante recordar que, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del mencionado modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando de forma relevante. Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio, etcétera. (De la Mata Barranco Norberto J., 2011, Pag. 331.)

Además, los operadores constitucionales se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con valores que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el aplicador constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre tomada por él mismo.

A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

Nuestro país Ecuador ha sido un país protagonista en materia de cambios constitucionales a nivel de América Latina. La sociedad ecuatoriana, y también sus autoridades, han participado en un intenso debate sobre su futuro constitucional. De esa manera, nos han obligado a todos los constitucionalistas de la región a dirigir nuestra mirada a sus avances, así como a repensar nuestros propios destinos constitucionales.

Esperamos enriquecer de alguna manera esa experiencia tan intensamente vivida por los ecuatorianos. Ojalá que sea un motivo más para mantener vivo el diálogo latinoamericano sobre los temas centrales del constitucionalismo.

Durante décadas la lucha en favor de los derechos fundamentales tuvo por objetivo deberes. Luego fue creada la lograr su reconocimiento constitucional. Primero no se hablaba de derechos, sino de categoría de los derechos naturales, que eran una suerte de pretensiones morales, todavía no recogidas en textos jurídicos.

Finalmente, luego de siglos de luchas y enfrentamientos, se pudo llegar a la etapa de la positivación de los derechos, lo que supone un cambio radical en la concepción de la persona humana y del entendimiento moral de la vida.

Los catálogos de derechos que surgen a finales del siglo XVIII (la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Bill of Rights de la Constitución estadounidense de 1787 son los dos documentos señeros en esa etapa), se van expandiendo en las décadas sucesivas. La última estación dentro de esa historia fantástica es la que se produce en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en la que se expiden textos constitucionales con amplios mandatos sustantivos para el Estado, muchos de ellos redactados en forma de derechos fundamentales.

Se trata de una tendencia que se agudiza a partir de los años 70 del siglo XX y que da lugar a Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

A partir de la consolidación de amplios catálogos de derechos fundamentales el discurso teórico y cívico sobre los mismos cambia de rumbo. No se trata ahora de abogar por su constitucionalización, sino de supervisar su correcta puesta en práctica. Y para ello se requiere de importantes técnicas interpretativas. Una de ellas es precisamente la de la proporcionalidad, objeto de estudio de los distintos trabajos que integran la presente obra colectiva.

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si se acepta que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado.

Lo que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente límite de los límites a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos. Las constituciones de América Latina, siguiendo la tendencia que ya se apuntaba sobre el carácter fuertemente materializado de las cartas supremas de nuestros días, contienen todas ellas un amplio catálogo de derechos fundamentales. Pero su aplicación práctica ha dejado y sigue dejando mucho que desear.

1.3.6. Formulación constitucional del principio de proporcionalidad como referente de su interpretación en derecho penal

La formulación inicial del principio de proporcionalidad se encuentra en el ámbito del Derecho Penal en el que prontamente adquirió relevancia de forma particular en relación con la determinación de la pena. En referencia a la proporcionalidad en el orden punitivo en su obra de los delitos y las penas en la que propugnaba que la pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil. Igualmente se reconoce este principio en la declaración de derechos del hombre y del ciudadano que proclamaba que la ley no debía establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias. La nueva concepción liberal del Estado y de la actividad de policía que surge en el siglo XIX, caracterizada por el reforzamiento de la protección de las esferas jurídicas individuales mediante el reconocimiento de una serie de derechos que limitan la intervención del Estado en el ejercicio de su potestad de policía, determina un claro desarrollo del principio. De manera que la actividad de policía no se concibe como un poder ilimitado, sino que se van configurando una serie de normas y principios de los que deriva que las intervenciones policiales solo son ilícitas en la medida que son imprescindibles y adecuados a los fines que

persiguen. La regla de proporcionalidad se configura como una medida natural de la potestad de policía adquiriendo la importancia de un verdadero límite jurídico.

El principio de proporcionalidad se deriva que la intervención policial debe guardar proporción con el mal que se trate de evitar, y que la autoridad debe elegir aquellos medios que menos daño produzca a los derechos e intereses de los individuos, finalmente con el poder de policía que la limitación individual no debe exceder jamás de la medida absolutamente necesaria y que la intervención gubernativa ha de ser siempre proporcionada a las circunstancias concurrentes en cada caso (Isabel Perello Domenech, pág. 69).

Es por tanto esta concepción de la actividad de policía la finalidad de proteger al individuo frente a las posibles intervenciones excesivas del Estado y de reducir su actuación a lo estrictamente necesario, la que da lugar a que con cada vez más frecuencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia no sin discrepancias, recurran a este principio, inicialmente en relación con las manifestaciones de la actividad administrativa vinculadas con el ejercicio de las potestades sancionadoras en materia de orden público y seguridad para pasar posteriormente a utilizarse respecto las demás intervenciones administrativas que inciden en la esfera de libertad de los particulares.

Actualmente el principio de proporcionalidad ha experimentado un auge extraordinario, y su utilización se ha generalizado en casi todas las esferas jurídicas en particular, en el derecho administrativo, en el que se ha convertido en un principio rector fundamental que opera como un límite material en aquella actividad estatal que actúa sobre el ámbito de libertad de los ciudadanos y además se configura como un instrumento eficaz en el control jurídico material de las decisiones discrecionales. En algunos ordenamientos extranjeros reconocen expresamente este principio, cuya existencia deriva del propio derecho constitucional. En otros ordenamientos no se reconoce de manera expresa su existencia si bien la jurisprudencia utiliza con frecuencia la proporcionalidad en el enjuiciamiento del eventual exceso de las medidas de policía.

La proporcionalidad encuentra su consagración explícita en el convenio de derechos humanos y libertades fundamentales en la medida que las injerencias a las libertades que consagra solo son admisibles en cuanto constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para los objetivos que se precisan en los apartados de los convenios. Y el tribunal de derechos humanos en su jurisprudencia ha operado con frecuencia con la proporcionalidad para el control de las intervenciones de los estados miembros, en la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales que reconoce la convención. En los tribunales extranjeros se ha manifestado que los

Estados miembros tienen un margen de libertad para elegir las medidas y restricciones que juzguen necesarias, y se ha limitado a comprobar si en cada caso se respetan las exigencias derivadas de la proporcionalidad. En concreto examinando si la intervención estatal persigue algún fin legitimado en la convención y además si la medida restrictiva es necesaria útil y proporcionada.

En los tribunales europeos se aplica el principio de proporcionalidad en la protección de los derechos y libertades garantizados en el convenio determinando a su vez una clara influencia a los tribunales nacionales que tienen encomendada la salvaguarda de los derechos y libertades públicas. La formulación actual de este principio ha sido construida en gran medida por Tribunales Constitucionales, aunque también ha sido objeto de un importante desarrollo por Tribunales Constitucionales americanos, el Tribunal Constitucional Español, el Tribunal de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque este último en menor medida. De este modo, y basado en los avances existentes en la materia, podemos señalar que el principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Cada uno de estos subprincipios establece el cumplimiento de diversas exigencias en toda intervención en los derechos fundamentales, de modo que para establecer la proporcionalidad de un precepto resulta necesario realizar el examen de constitucionalidad en el orden ya enunciado.

1.3.6.1. Como técnica de control de constitucionalidad de medidas de los poderes públicos impeditiva o restrictiva de los derechos fundamentales

El tribunal ha utilizado por primera vez el concepto de proporcionalidad en su sentido más amplio, acudiendo a los tres subprincipios que lo conforman, para controlar constitucionalidad de una resolución de las delegaciones que prohibieron una concentración convocada por sindicatos. En esta resolución se rechazaba la solicitud de la entidad sindical posteriormente recurrente en amparo por cuanto la celebración de la manifestación vendría a ocasionar una grave alteración en el tráfico de una ciudad, por colapsarse ciertas vías de intensa circulación rodada.

El tribunal constitucional estima que para decidir si tal acuerdo gubernativo infringía el derecho fundamental de reunión se debía realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad y para

ello analiza la concurrencia de los tres elementos que configuran este principio. Así se refiere en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la sentencia, que la medida de prohibición debía ser sometida a un juicio de proporcionalidad ya que solamente será constitucionalmente legítima si no existen otros medios para preservar el orden público sin un sacrificio tan importante del derecho de reunión. Por tanto señala el tribunal que para reconocer si tal medida restrictiva supera el juicio de proporcionalidad exigible, procede constatar si se cumplen las tres condiciones o requisitos expuestos. Si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, si además es necesaria en el sentido de que no existía otra más moderada para el fin perseguido y, por ultimo si la misma es ponderada en sentido estricto es decir, equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. El tribunal tras estimar que la medida de prohibición permitía alcanzar el fin perseguido, la protección del orden público y la integridad de las personas y los bienes, es decir superado el test de idoneidad, pasa a analizar si la restricción era necesaria, concretamente, si la adopción de esta medida impositiva del derecho era imprescindible por no existir otra, o si cabía optar por otras alternativas menos drásticas e igualmente eficaces para la preservación del orden público. Tomando en consideración las concretas circunstancias fácticas concurrentes, concluye que en aquel supuesto no era exigible a la autoridad gubernativa la propuesta de otras medidas menos restrictivas del derecho de reunión, si bien a modo de reflexión afirma que en estos casos la autoridad gubernativa antes de prohibir la concentración deberá ser especialmente diligente a la hora de proponer o arbitrar los medios necesarios para garantizar el ejercicio del derecho de reunión en el lugar y hora programados por los promotores.

1.3.6.2. Como principio de proporcionalidad interpretativo y su negación como canon de constitucionalidad autónomo frente al legislador.

El tribunal aborda y se denuncia expresamente sobre el valor y significado constitucional del principio de proporcionalidad frente al legislador en cuanto la pena prevista en este precepto para los objetos de conciencia al servicio militar que rehúsan cumplir la prestación social sustitutoria puede suponer un sacrificio desproporcionado de los derechos de libertad personal y a la libertad ideológica.

En el fundamento jurídico de resoluciones se hacen una serie de importantes precisiones y se afirma al respecto:

a. Que la proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda realizarse de manera aislada respecto a otros principios constitucionales, es decir si se quiere decir así, un principio que cabe inferir de determinados constitucionales y como preceptos tal opera esencialmente como un principio de interpretación que permite enjuiciar posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales, desde la perspectiva del control constitucional , no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no.

Ni se aduce la existencia de desproporción debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida esta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados, solo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabra declarar inconstitucionalidad.

b. También se afirma que el ámbito en el que normalmente y de forma particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales.

Numerosas sentencias han declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la constitución garantiza.

c. Por último se recuerda que en ocasiones se ha hecho referencia a la proporcionalidad como principio derivado del valor de la justicia del principio del Estado de derecho del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o de la dignidad de la persona y que se ha aludido al mismo en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de los concretos y determinados derechos de los ciudadanos.

Tras efectuar estas consideraciones, el tribunal examina si el precepto cuestionado cumple los tres elementos que conforman este principio. La idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Al no existir elementos que permitan dudar de la idoneidad de la medida y refiere tras, reiterar el amplio margen de libertad del que goza el legislador que el control

constitucional sobre la existencia o no de medidas menos gravosas pero de la misma eficacia, tienen un alcance y una intensidad muy limitadas pues se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la constitucionalidad garantiza, de modo que si solo a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarios para alcanzar los fines de protección análogos resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades perseguidas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico.

Y concluye que la norma cuestionada no incurre en el exceso vulnerador del principio de proporcionalidad de la pena, pues con independencia del juicio de oportunidad, no cabe sostener que la medida atente contra ciertos artículos, en cuanto desproporcionada por innecesaria. Seguidamente se examina la vertiente del principio de proporcionalidad que se refiere a la comparación entre el delito y la entidad de la pena, esto es, el tercer elemento de la proporcionalidad, limitando el enjuiciamiento a la concurrencia o no de un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma, y estima que no se aprecia un desequilibrio entre el medio y el fin que podría situar la norma al margen de la Constitución.

Constitución.

En nuestra constitución en el capítulo octavo de derechos de protección del art. 6, la ley establece la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza, el principio de proporcionalidad se considera como un principio del ordenamiento jurídico y domina la discusión moderna sobre las injerencias estatales en los derechos fundamentales, debido a su función de medida de ponderación entre los fines colectivos del Estado o de la sociedad, por una parte, y la garantía del contenido esencial de los derechos humanos, puesto que el Principio de Proporcionalidad Constitucional, responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible proteger bienes jurídicos tutelados.

Es menester tomar en cuenta que los asambleísta que son los encargados de crear leyes han visto la imperiosa necesidad de que se aplique sanciones de acuerdo al delito cometido, por lo que en muchos casos se ha privado de la libertad a personas inocentes y se les ha condenado con penas máximas, pero no se ha tomado en cuenta que en lo que concierne al nuevo código integral penal las sanciones se acumulan, en caso de reincidencia en un delito de narcotráfico.

1.3.7. Proporcionalidad de las penas en el delito de narcotráfico

Al hacer referencia a la proporcionalidad en cuanto a los delitos y penas en el narcotráfico se nota la orientación sobre derechos humanos por la ONUDD que sugiere la aplicación del principio de proporcionalidad, las sanciones a los delitos en materia de drogas deben ser proporcionadas, también las penas por los delitos de tráfico, transporte y consumo de drogas.

1.3.8. El propósito de la pena

"El propósito es el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de apartar a los demás de que los hagan iguales. Las penas por consiguiente, y el método de infligirlas, deben elegirse en tal forma que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo". (POLITOFF S., 2010, pág. 193)

El propósito existente de las penas, debe ser el no permitir que el transgresor siga retando el marco legal de la sociedad, no continúe haciendo daño a los ciudadanos, los cuales deben ser convencidos por la obligación de la pena justa a este culpable, para que se sustraigan de cometer alguna falta de carácter similar.

1.3.9. El contrabando de hidrocarburos

El contrabando de hidrocarburos en el Ecuador se da hace mucho tiempo atrás; no existen fechas que indiquen cuando fue que se empezó a dar este mal endémico en nuestra sociedad provocando perjuicios económicos al país de gran magnitud, ya que el Estado ecuatoriano es quien subsidia el gas, la gasolina, el diésel, y al momento en que estos derivados del petróleo son sacados de forma encubierta, tapiñada, a escondidas, o como fuere que sea por lugares inhóspitos, evadiendo el control aduanero se genera un desfaldo sin proporciones, resultando afectados los presupuestos para la salud, la educación, entre otros.

Los gobiernos seccionales autónomos descentralizados actualmente ejercen sus ámbitos y competencias dentro de un régimen especial, el Código de la producción Comercio e Inversiones, como nuestra Constitución, el COIP, se refieren a los tipos de delitos y su pena impuesta a los posibles infractores y estos hacer uso de la autoincriminación como medio de celeridad y ventajas para el procesado. La administración penal del Ecuador establece los diferentes niveles en que nuestra sociedad o una parte de ella, por un sin número de factores delinque en contra del Estado

ecuatoriano en diferentes formas, una de ellas el tráfico de hidrocarburos que se da en las fronteras ecuatorianas donde día a día escuchamos y vemos que muchas familias se dedican a pasar combustible hacia los países vecinos para tratar de paliar la falta de empleo existente en nuestro Ecuador.

Dentro de este contexto el gobierno ecuatoriano debe seguir mejorando el nivel económico del país creando más y mejores fuentes de empleo para los ecuatorianos para poder llegar a todos los habitantes y hacer conciencia en ellos, y dejen de traficar con hidrocarburos; porque aparte que le causan perjuicio al Estado frenan el desarrollo de la educación, Hospitales, etc. Porque el gobierno tiene que destinar más recursos a solventar el gasto extra que se da al momento en que se registra una fuga de combustible fuera del país.

El contrabando es una de las prácticas humanas más antiguas, que claro, con el correr de los años y con las evoluciones que se observaron en algunos aspectos y campos, el mismo fue cambiando y evolucionando también hacia otros niveles, pero jamás desapareció. Con otras formas y aspectos, el contrabando resulta ser una de las actividades ilegales más comunes y a través de la cual muchos logran enriquecerse hasta límites insospechados. Entre las principales causas por las cuales se ha desarrollado, se desarrolla y seguramente se seguirá desarrollando la mencionada actividad ilegal se cuentan las siguientes: corrupción de funcionarios, venta de cargos públicos, irregularidades a instancias de las comunicaciones, el carácter obsoleto y contradictorio de algunas leyes comerciales, la negligencia de algunos gobiernos y monarcas, situaciones desfavorables a instancias del comercio exterior, el aumento de poder de las elites locales y la más recurrente, la diferencia de tasas o aranceles entre los países entre los que se da el contrabando. Generalmente, la mayoría de las mercancías o mercaderías que provienen del contrabando, al no tener el origen legal requerido, deberán ser comercializadas a través de lo que se denomina mercado negro o clandestino. Además de las complicaciones que puede acarrear contra la salud de las personas, como ser si se comercializan por afuera del circuito legal medicamentos, el contrabando también resulta ser un serio problema a instancias del correcto desarrollo económico de una Nación, porque esta práctica no hará más que perjudicar a la industria legal de un país, la cual obviamente no podrá competir muchas veces contra lo que el mercado negro, producto del contrabando, ofrece, casi siempre a un menor costo.

1.3.9.1. Clases de Contrabando

En términos sencillos, existen dos tipos de contrabando, el abierto y el técnico.

El contrabando abierto.- Consiste en el ingreso (o salida) de mercancías al territorio aduanero nacional sin ser presentadas o declaradas ante la autoridad aduanera por lugares habilitados (puertos y aeropuertos) y lugares no habilitados (Playas, trochas, pasos de frontera, aeropuertos, puertos, depósitos). Su objetivo, es eludir el pago de los tributos aduaneros como arancel, IVA u otros derechos.

El contrabando técnico.- Consiste en el ingreso de mercancías (o salida) al territorio aduanero nacional con presentación y declaración, pero que por una serie de maniobras fraudulentas se altera la información que se le presenta a la autoridad aduanera, con el fin de: Subfacturar, sobrefacturar, evadir el cumplimiento de requisitos legales, cambiar la posición arancelaria 30 u obtener otros beneficios aduaneros o tributarios (triangulación con certificados de origen). Para este propósito se acude a la presentación de documentos falsos o a la ausencia de autorizaciones o documentos requeridos para los trámites aduaneros. El objetivo del contrabando técnico es pagar menos tributos o aranceles aduaneros con respecto a la mayor cantidad de mercancías realmente ingresadas al territorio. No cabe ninguna duda de que los delitos aduaneros, y específicamente en el contrabando, no cabe la culpa; estos delitos sólo pueden ser realizados con conciencia y voluntad, es decir, con representación y aceptación del resultado. Si se demuestra culpa, esto es, que el agente ha actuado sin representación del resultado o que, representándolo en su mente, no lo haya aceptado, no hay punibilidad y el hecho tendrá otras consecuencias jurídicas pero en ningún caso penales, Zavala Egas dice que:

“Por otra parte, en cuanto al elemento subjetivo de la conducta, no puede existir contrabando sin el dolo. No es concebible un contrabando culposo punible. Si se da cualquier circunstancia de exclusión del dolo, como el error, se excluye, asimismo el contrabando punible” (CALVACHI REINALDO CRUZ, agosto 2012, pág. 312).

El segundo inciso del artículo 81 de la “derogada” Ley Orgánica de Aduanas determina que para la configuración de los delitos se requiere la existencia de dolo, en ese sentido, cabe perfectamente la presunción de dolo contenida en el artículo 33 del Código Penal, pero esto no significa en ningún caso presunción de culpabilidad como algunos han querido interpretar. La presunción de inocencia

no se ve alterada por la presunción de dolo, lo que establece la norma referida es acerca de la modalidad del acto y no otra cosa.

1.3.9.2.El bien jurídico protegido.

La afectación a la funcionalidad del Estado también opera por la evasión ilícita del control aduanero. Entendido de manera general, “el contrabando consiste en la introducción o la extracción ilegal de mercancías de un país” (CALVACHI REINALDO CRUZ, agosto 2012, pág. 267).

La concurrencia de esta conducta ilícita no sólo afecta patrimonialmente al Estado sino que también lo hace de manera extensiva a la industria nacional, y en cuanto ésta tiene incidencia decisiva en el orden económico, se entiende que también el ilícito produce efectos lesivos en bienes o intereses jurídicos de orden particular. El marco constitucional en un Estado Democrático y Social de Derecho establece los límites de la punibilidad, en definitiva, determina cuales son los bienes jurídicos protegidos. De lo expuesto se concluye que en el delito de contrabando no sólo existe el bien jurídico protegido del orden económico, sino el de funcionabilidad patrimonial de la administración pública. Cuando interviene en el ilícito un funcionario público o una persona que ejerce las potestades estatales se entiende que se afecta también al interés o bien jurídico de la fe pública depositada en dicha persona. Así mismo, el contrabando no sólo se contrae a afectar aspectos patrimoniales de la administración pública sino que también abarca a su deber de control del comercio internacional, puesto que existen ilícitos aduaneros que no afectan a la capacidad recaudadora del Estado. En el caso de los particulares, el delito lesiona a la industria y comercio nacionales y su afectación produce la pérdida de empleos, la generación de una economía subterránea, daños a la propiedad intelectual, la venta de mercancías sin garantía para el consumidor final, y en general causa un grave daño a la economía nacional. En vista de estas consideraciones el orden económico y su protección penal, abarca un espectro extensivo que incluye a la administración pública y a la colectividad en general.

1.3.9.3.Efectos negativos del contrabando.

Lo negativo en el perjuicio que le causa al Estado, ya que de forma soterrada, tapiñada, se evade el control aduanero por lugares inhóspitos, donde las autoridades no llegan; estos caminos que se utilizan para delinquir son rutas trazadas por personas que se dedican exclusivamente a este tipo de ilícitos dando como resultado el tráfico descontrolado de una gran variedad de productos de

todo tipo, entre el ellos los hidrocarburos. Según estudios realizados en el Cantón Macara de la provincia de Loja, muchas de las personas que tienen su hogar en ese cantón subsisten gracias al combustible que llevan y lo venden al país vecino Perú, idéntica circunstancia sucede en la ciudad de Tulcán con la república de Colombia. El precio con que se realiza la venta del combustible, en el país vecino es lo suficientemente bueno, dando como resultado la ganancia del cien por ciento por galón vendido, sea de diésel o de gasolina hasta del mismo gas que se comercializa en bombonas en nuestro país, la diferencia radica en que en el Estado ecuatoriano al combustible lo subsidia el Estado, dando como resultado un combustible de menor precio comparado para el país vecino donde se lo comercializa a un precio mucho mayor.

1.4. Conclusiones parciales del capítulo

- Dentro del presente capítulo se concluye la importancia del estudio sobre estos tipos penales como los son el narcotráfico y los delitos de hidrocarburos, ilícitos que dentro de nuestro medio son de gran aglomeración en los juzgados penales, y por ser un problema social y al ser nuestra ciudad fronteriza y la mayoría de sus habitantes dedicadas al contrabando es necesario coadyuvar de alguna manera sobre el mejoramiento de las leyes, razón por la cual el presente estudio se lo ha dirigido a la ciudad de Tulcán.
- La excesiva pena para los delitos de hidrocarburos en especial para las zonas fronterizas como lo es nuestro caso, ha permitido dilucidar la evidente violación al principio constitucional de proporcionalidad, ya que sin tomar en cuenta aspectos sociales, como lo son la falta de fuentes de trabajo, la escasez de comercio en nuestro medio, entre otras; permite que determinadas personas se dediquen a esta actividad ilícita, más sin embargo no es concebible que por el transporte de 20 dólares de gasolina hacia la república de Colombia, al contrabandista se le imponga una sanción de 5 a 7 años, que desde mi punto de vista es ilegal, arbitraria y por no decirlo más inconstitucional.
- La elaboración del marco teórico permite que profesionales del derecho, estudiantes y la sociedad en general conozcan sobre esta problemática social que afecta a las familias y en muchos de los casos al padre de estas, quien por buscar un medio de sustento para su familia, arriesga su libertad, razón por la cual es necesario que se conozca sobre las penas para este tipo de delitos.

CAPÍTULO II. MARCO METODOLÓGICO

2.1 Caracterización de la investigación

La presente investigación se la aplicó en la provincia del Carchi, tomando como referencia el contexto de la ciudad de Tulcán y se basa en demostrar jurídicamente la desproporcionalidad de las penas en los delitos de hidrocarburos en relación al narcotráfico.

2.2 Modalidad de la investigación

La tesis se fundamenta en las modalidades de la investigación cuantitativa y cualitativa. Es cuantitativa porque el trabajo se basa en una población y una muestra; utiliza cuadros y gráficos estadísticos para expresar los resultados de las variables investigadas. Es cualitativa porque se basa en el análisis de investigación teórica, definiciones, leyes orgánicas, leyes ordinarias, principios, y en las características de la propuesta.

2.3 Tipos de investigación

Los tipos de investigación que se utilizó en el desarrollo de la tesis son:

Investigación Descriptiva.- porque se hizo un análisis descriptivo de los tipos penales como lo son el narcotráfico y delitos de hidrocarburos.

Investigación Bibliográfica.- Porque el problema planteado necesita de un sustento científico, es así que la investigación se fundamentó en libros, códigos, y artículos jurídicos, los cuales se los utilizó en la realización del marco teórico y del desarrollo de la propuesta.

Investigación de Campo.- Porque permite trabajar en el lugar de los hechos, ayudando a establecer la opinión de la sociedad y de los expertos frente a la problemática objeto del estudio. Esta investigación se la realizó en la ciudad de Tulcán, mediante el uso de la observación científica, encuestas y entrevistas aplicadas en el lugar de trabajo.

Investigación Aplicada.- Porque los conocimientos adquiridos se los situará en la práctica para dar soluciones a la propuesta planteada a fin de que se apliquen al momento de la administración de justicia.

Investigación Jurídica.- Porque este tipo de investigación permitió el estudio de algunas leyes como la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, legislación comparada, en cuanto a sus propuestas de reforma.

2.4 Población y muestra

Para la presente investigación se toma a funcionarios judiciales, jueces, Abogados en libre ejercicio profesional y personas particulares que conocen del tema objeto de estudio.

Muestra= 100 Personas (hombres y mujeres mayores de edad) tomando en cuenta el nivel de conocimiento referente al tema

2.5 Métodos, técnicas, instrumentos de investigación

Los métodos que se utilizaron en la investigación son:

2.5.1 Métodos empíricos

Observación científica.- Este método se lo aplicó en las instalaciones de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, específicamente en los Juzgados y tribunales de garantías penales.

Recolección de información.- Se recopiló la información con la utilización de encuestas y entrevistas.

Encuesta.- En la aplicación de las encuestas se utilizó el instrumento del cuestionario, aplicado a hombres y mujeres usuarios.

Entrevista.- Se obtuvo la información de expertos a través de la guía de entrevista, aplicada a profesionales estudiosos del derecho, para que nos indiquen sobre la necesidad de argumentar sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en lo referente a la imposición de la pena en los delitos de narcotráfico e hidrocarburos.

Validación por la vía de expertos.- Este a más de ser un método empírico, dentro de la presente investigación constituye uno de los objetivos específicos, ayuda a validar la propuesta planteada en la tesis de grado;

2.5.2 Métodos teóricos

Histórico- Lógico.- Este método ayuda para la presente tesis se estudió los antecedentes históricos en la tramitación de juicios de narcotráfico e hidrocarburos y cómo han evolucionado estos tipos penales.

Analítico- Sintético.- Este método permite el tránsito en el estudio de un fenómeno, del todo a las partes que lo componen y de éstas al fenómeno en general, la tesis se enfocó en descubrir las causas y efectos que ocasiona la no aplicación del principio de proporcionalidad en las penas de los delitos de hidrocarburos.

Inductivo – Deductivo.- Método que ayuda a inferir ciertas propiedades a partir de hechos particulares, es decir permite pasar de lo particular a lo general y viceversa; en este caso especial se pudo evidenciar los aspectos positivos y los conflictos legales y sociales que provocaría la aplicación de la propuesta que propongo. Es decir se aplica desde la tenencia de un ramo hasta la tenencia de un kilo o más o viceversa.

Método Jurídico.- Método que permite deducir la suma de procedimientos lógicos para la investigación de las causas y de los fines del derecho, del conocimiento y de la interpretación de sus fuentes, en la investigación se utilizó este método ya que se analizó jurídicamente la diferentes normas legales y procedimientos.

2.5.3 Técnicas

Las técnicas que utilizó la investigación son:

Encuesta.- Se aplicó esta técnica para conocer la opinión de la ciudadanía tulcanéña, específicamente de hombres y mujeres funcionarios de la administración de justicia exclusivamente en dependencias donde se tramitan causas penales.

Entrevista.- Se la aplicó a los expertos para conocer la forma, solemnidades y formalidades, de los procedimientos que se vienen utilizando y de posibles cambios que se pueden dar.

Observación Directa.- Al ser un elemento fundamental de todo proceso investigativo, esta técnica se la utilizó para obtener información más veraz y afirmar en la constatación de opiniones y criterios dados por los investigados.

2.5.4 Instrumentos

Los instrumentos que utilizó la investigación son:

El Cuestionario.- Este instrumento contribuyó con la redacción de las preguntas de la encuesta aplicada a funcionarios judiciales, jueces, Abogados en libre ejercicio profesional y personas particulares que tienen juicios de penales.

Guía de entrevista.- Se la utilizó para llevar el registro de cada una de las preguntas realizadas a los expertos.

Ficha de Observación.- En esta se registró con detalle la información observada durante la investigación.

2.6 Análisis e interpretación de datos

Encuesta aplicada a funcionarios judiciales, jueces, Abogados en libre ejercicio profesional y personas particulares que conocen de causas penales.

1.- ¿Indique si conoce sobre los delitos de narcotráfico y delitos de hidrocarburos?

TABLA # 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	85	85%
No	15	15%
Total	100	100%

Fuente: funcionarios judiciales, jueces, Abogados en libre ejercicio profesional y personas particulares

Elaborado por: Lucila Ximena Montalvo Pantoja

ANÁLISIS DE DATOS

De las encuestas realizadas, se puede determinar que la mayoría de los encuestados conocen a ciencia cierta este tipo de delitos ya que son lo que más se dan en nuestro medio y a diario se escuchan por los medios de comunicación, además dejan gran rentabilidad a quienes lo realizan, pero con el riesgo de perder su libertad.

2.- ¿Conoce usted que para la imposición de la pena en los delitos de narcotráfico existe una tabla que divide al tipo de sustancia y su peso?

TABLA # 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	54	54%
No	46	46%
Total	100	100%

Fuente: funcionarios judiciales, jueces, Abogados en libre ejercicio profesional y personas particulares

Elaborado por: Lucila Ximena Montalvo Pantoja

ANÁLISIS DE DATOS

De acuerdo a los resultados obtenidos, se observa que el principio de proporcionalidad permite la imposición de la pena ya pre-establecida en una tabla, tomando en cuenta el tipo de sustancia estupefaciente encontrada en su poder y el peso, dividiendo las penas en cuatro escalas, que van

desde la mínima hasta la gran escala y en razón de la pena van desde dos meses la más mínima a trece años la más grave.

3.- ¿Considera usted que el principio de proporcionalidad no está siendo aplicado en la pena impuesta en los delitos de hidrocarburos?

TABLA # 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	92	92%
No	8	8%
Total	100	100%

Fuente: funcionarios judiciales, jueces, Abogados en libre ejercicio profesional y personas particulares

Elaborado por: Lucila Ximena Montalvo Pantoja

ANÁLISIS DE DATOS

Los resultados de las encuestas realizadas claramente detallan que el principio de proporcionalidad en los delitos de hidrocarburos, no está siendo aplicado en la pena impuesta ya que únicamente para agravar la situación del procesado se toma en cuenta la zona fronteriza, más no el tipo de producto hidrocarburífero, el precio y el bien jurídico protegido,

4.- ¿Considera usted proporcional que por tratarse de zonas fronterizas las penas en delitos de hidrocarburos sean más drásticas?

TABLA # 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	27	27%
No	73	73%
Total	100	100%

Fuente: funcionarios judiciales, jueces, Abogados en libre ejercicio profesional y personas particulares

Elaborado por: Lucila Ximena Montalvo Pantoja

ANÁLISIS DE DATOS

Las personas encuestadas en gran mayoría señalan que no se está aplicando la proporcionalidad en los delitos de hidrocarburos, sino que además violenta el principio constitucional de igualdad, ya que la zona geográfica empeora la situación jurídica al procesado, al momento de resolver el juzgador

5.- ¿Cree usted que sería necesario implementar una tabla para los delitos de hidrocarburos, en lo referente a la imposición de la pena?

TABLA # 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	87	87%
No	13	13%
Total	100	100%

Fuente: funcionarios judiciales, jueces, Abogados en libre ejercicio profesional y personas particulares

Elaborado por: Lucila Ximena Montalvo Pantoja

ANÁLISIS DE DATOS

La mayoría de los encuestados creen conveniente que la tipificación de una tabla ayudaría a los procesados en especial a los de las zonas fronterizas a que la pena sea proporcional a delito cometido, tomando en cuenta el precio, cantidad y la seguridad jurídica del procesado ya que al no establecerse un limitante en el control hidrocarburiífero se estaría violentando el derecho al libre tránsito.

6.- ¿Cree usted que por ser nuestra ciudad fronteriza, esto permite que existan gran cantidad de delitos de narcotráfico e hidrocarburos?

TABLA # 6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	86%	86%
No	14	14%
Total	100	100%

Fuente: funcionarios judiciales, jueces, Abogados en libre ejercicio profesional y personas particulares

Elaborado por: Lucila Ximena Montalvo Pantoja

ANÁLISIS DE DATOS

La mayoría de los encuestados señalan que la gran cantidad de delitos que a diario se suscitan en nuestra ciudad son debido al narcotráfico y al control hidrocarburiífero, ya que el segundo por ser subsidiado por el Estado ecuatoriano, al ser transportado hasta la vecina república de Colombia donde no es subsidiado, quienes lo transportan obtienen una gran rentabilidad, perjudicando de esta

forma al gobierno ecuatoriano, más sin embargo en los delitos de narcotráfico la mayoría de los detenidos son de ciudadanía colombiana.

7.- ¿Considera usted que en los delitos de hidrocarburos al no establecerse su precio, y cantidad a fin de poder fijar una pena, esto permite que personas que son encontradas con poca cantidad sean sancionadas al igual que aquellas que transportan demasiado producto hidrocarburífero?

TABLA # 7

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	87	87%
No	13	13%
Total	100	100%

Fuente: funcionarios judiciales, jueces, Abogados en libre ejercicio profesional y personas particulares

Elaborado por: Lucila Ximena Montalvo Pantoja

ANÁLISIS DE DATOS

Los encuestados señalan que la falta de estipulación del precio o cantidad en los delitos de hidrocarburos permite que personas que transportan productos hidrocarburífero en poca cantidad sean sancionados igual que personas que transportan gran cantidad de estos productos, violentando de esta forma el principio de igualdad y proporcionalidad, confirmando de esta forma la necesidad de implementar la tabla para los delitos de hidrocarburos.

8.- ¿Cree usted indispensable y urgente la elaboración de una tabla para los delitos de hidrocarburos, que permita poner en práctica el principio de proporcionalidad?

TABLA # 8

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	95	95%
No	5	5%
Total	100	100%

Fuente: funcionarios judiciales, jueces, Abogados en libre ejercicio profesional y personas particulares

Elaborado por: Lucila Ximena Montalvo Pantoja

ANÁLISIS DE DATOS

Los encuestados señalan indispensable y urgente la elaboración de una tabla para los delitos de hidrocarburos, que permitirá la aplicación del principio de proporcionalidad, facilitando de esta forma al administrador de justicia la imposición de la pena en delitos de hidrocarburos.

2.7 Información obtenida a través de las entrevistas

Realizadas las entrevistas a personas entendidas en el derecho como lo son la Dra. Viviana Hinojosa, Ayudante Judicial de la Sala única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Carchi; el Ab. Orlando Palacios, Asistente Jurídico, del Tribunal Primero de Garantías Penales del Carchi; y, la Ab. Andrea Tapia, Secretaria Fiscalía General del Estado, se pudo obtener información de gran importancia para la presente investigación, ya que al preguntarles sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en los delitos de hidrocarburos este tema tuvo gran acogida, ya que el tema es nuevo y permite al procesado conocer sobre las consecuencias de sus acciones, además las personas entrevistadas han señalado que se deben respetar los principios del debido proceso, evitaría pérdida de tiempo a los sujetos procesales así como a la administración de justicia, y estaría aplicándose principios constitucionales.

2.8 Información obtenida a través de la observación directa

Con la observación directa se pudo constatar que dentro de los juzgados y tribunales de garantías penales del cantón Tulcán, existen bastantes procesos en trámite, que en muchos de los casos causan discordia en los abogados por falta de despacho y en muchas de las ocasiones únicamente son despachados a petición de parte, más sin embargo los demás procesos quedan sin despacho, generando de esta forma que se acumulen y retrasen las causas en estas dependencias; ya que como se ha establecido en esta investigación la mayoría de delitos en nuestro medio se dan por delitos hidrocarburiífero, además la falta de personal provoca baja calidad de servicio que deja mucho que decir al cambio de transformación que ha realizado el consejo de la judicatura.

2.9 Conclusiones parciales del capítulo

- Como conclusiones es necesario destacar que para la aplicación del principio de proporcionalidad dentro de los delitos de hidrocarburos, es necesario implementar una tabla que establezca los límites a fin de poder establecer la imposición de la pena facilitando de esta forma la administración de justicia.
- Con las entrevistas se pudo concluir que es necesario y urgente la implementación de una tabla en los delitos de hidrocarburos, que permitirá agilizar garantizar los principios y garantías del debido proceso.
- Con las encuestas se concluye que es necesaria la creación de una tabla para los delitos de hidrocarburos, ya que la mayoría de la población carcelaria en el centro de rehabilitación social de Tulcán es debido a delitos de narcotráfico e hidrocarburos, de esta forma se permitirá socializar este problema muy latente en nuestro medio.

CAPÍTULO III. PLANTEAMIENTO DE LA PROPUESTA.

3.1 Título de la propuesta

Argumentación jurídica de la desproporcionalidad de las penas en los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos narcotráfico.

3.2 Planteamiento de la propuesta

En el Código Orgánico Integral Penal se encuentra tipificado que los ciudadanos que oferten, almacenen, intermedien, distribuyan, compren, vendan, envíen, transporten, comercialicen, importen, exporten, tengan, posean 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 vulnerándose el bien jurídico de salud pública, sin embargo en el mismo cuerpo legal se encuentra tipificado los delitos contra la actividad carburífera cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio nacional que será reprimido de seis meses hasta siete años sin que exista proporcionalidad en la aplicación de las penas en los delitos anteriormente mencionados afectando por consiguiente el Principio Constitucional de Proporcionalidad como una de las garantías básicas del debido proceso, pues es deber del Estado respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución en su artículo 3, por lo que amerita que se dé una alternativa de solución mediante el presente trabajo.

3.2.1 Preámbulo

La evidente necesidad de aplicar una tabla en los delitos de hidrocarburos que vaya en proporción al bien jurídico tutelado, así como en la imposición de la pena, tomando en cuenta la valoración económica del producto hidrocarburífero que ha sido utilizado para el contrabando, permite denotar la importancia de este estudio jurídico-doctrinario, y encontrar caminos nuevos para la imposición de la pena, no debemos olvidar que el COIP, es una codificación nueva pero que al paso de ocho meses que lleva de vigencia ya empieza a existir falencias, casos de antinomias y lagunas legales, que a través de estudio pueden ser subsanadas, es por esta circunstancia la necesidad de una tabla.

3.2.2 Objetivo

Argumentar jurídicamente sobre la desproporcionalidad de las penas en los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos del narcotráfico, a fin de que se considere la aplicación de principio constitucional de proporcionalidad dentro del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano

3.2.3 Desarrollo de la propuesta

REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

El Ecuador desde hace años atrás ha venido sufriendo profundas transformaciones económicas, sociales y políticas. La Constitución y los componentes del sistema penal ecuatoriano, incluida la coexistencia de varios cuerpos legales difíciles de acoplar en la práctica, han generado una percepción de impunidad y desconfianza. Es necesario implementar reformas a fin de que puedan ser utilizadas en el nuevo Código Orgánico Integral Penal.

El Artículo 7, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), expedido en San José de Costa Rica el 7 al 22 de noviembre de 1969, al referirse sobre el Derecho a la Libertad Personal en su numeral 3, señala “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios; mas sin embargo el artículo 24 que trata sobre la igualdad ante la ley y el artículo 25 que trata sobre la protección de la ley, son de especial importancia para la ejecución de este trabajo investigativo.

La Constitución señala al estado como constitucional de derechos y justicia, define un nuevo orden de funcionamiento jurídico, político y administrativo. El artículo 424 de Constitución de la República del Ecuador, las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

En consecuencia, resulta indispensable, determinar la correspondencia constitucional de los bienes jurídicos protegidos y las garantías de quienes se someten a un proceso penal en calidad de víctimas o procesados, para que estén adecuadamente regulados y protegidos.

El derecho penal tiene, aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción. Por ello, el derecho penal, debe determinar los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad.

El artículo 76 de la Constitución ordena aplicar proporcionalidad a las penas, es decir que debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena.

El auge del constitucionalismo en las democracias contemporáneas ha sido precedido de una renovación teórica y conceptual. Parte del nuevo instrumental jurídico, producido no solo por la doctrina sino también por la jurisprudencia de tribunales constitucionales y penales, nacionales e internacionales, son: la imprescriptibilidad de ciertos delitos que tienen particular gravedad en el mundo entero; el estado de necesidad en sociedades donde hay extrema pobreza y exclusión, como en la nuestra; las penas prohibidas, para evitar arbitrariedades; la revisión extraordinaria de la condena; la suspensión condicional de la pena; supresión de delitos que pueden merecer mejor respuesta desde el ámbito civil o administrativo; la proscripción de un derecho penal de autor; la supresión de la presunción de derecho del conocimiento de la ley, entre otros.

Desde esta perspectiva, se honra compromisos internacionales y además se cumple con el postulado que, en materia de derechos humanos, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen vigencia en el sistema jurídico infra constitucional.

Todo sistema penal se encuentra en el dilema entre combatir la impunidad y garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal. Si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca sanciona; si las garantías se flexibilizan, se acabaría condenando a la persona inocente.

El sistema penal tiene que llegar al término medio para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social en el combate a la delincuencia.

Desde esta perspectiva se realizan los siguientes considerandos:

- Que la Constitución, en el inciso primero del artículo 424, señala que es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, y por lo tanto, las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales.
- Que la Constitución, de conformidad con el artículo 75, reconoce a las personas el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, y que en ningún caso quedarán en indefensión.
- Que el artículo 76 de la Constitución ordena que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, como en los penales, se asegurará las garantías que integran el debido proceso, garantías de la defensa para la persona procesada y garantías para las víctimas, que deben ser canalizadas a través de la ley penal.
- Que de conformidad con el artículo 76 de la Constitución, se debe establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, deben existir sanciones no privativas de la libertad, las que tienen que respetar los derechos de las personas y deben ser impuestas mediante procedimientos adversariales, transparentes, y justos.
- Que el sistema penal en su componente sustantivo que mantiene tipos obsoletos, pues no responde a las necesidades actuales de la población; en su componente adjetivo es ineficiente y no ha logrado afianzar procesos justos, rápidos, sencillos, ni tampoco ha coordinado adecuadamente las acciones entre todos sus actores; y, en su componente ejecutivo no ha cumplido con sus objetivos y se ha convertido en un sistema burocrático y poco eficaz, lo que justifica una reforma integral y urgente al sistema penal en su conjunto.
- Que la Asamblea Nacional de acuerdo con el artículo 84 de la Constitución, tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución e instrumentos internacionales.

Con los considerandos anotados y en ejercicio de sus facultades constitucionales la comisión legislativa y de fiscalización de la Asamblea Nacional, expide la siguiente tabla para los delitos de hidrocarburos, comprendidos dentro de los artículos 264 y 265:

TABLA REGULATORIA DE PENAS PARA DELITOS DE Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles.

AVALUO DEL PRODUCTO HIDROCARBURIFERO	PENA
1 a 20 dólares	De uno a tres meses de prisión
20 a 500 dólares	Seis meses de prisión
501 a 1000 dólares	Dieciocho meses de prisión
1001 a 2500 dólares	Treinta y seis meses de prisión
2501 a 5000 dólares	Sesenta meses de prisión
De 5000 en adelante	Ochenta y cuatro meses de prisión

3.2.4 Impacto jurídico y social de la propuesta

El impacto jurídico y social que presenta la propuesta es que tutelen adecuadamente los principios constitucionales, como los son el de proporcionalidad, ponderación e igualdad, ya que disposiciones incorporadas en el COIP, violentan estas garantías, tal es el caso del artículo 264y 265 del COIP, normativas que al imponer la sanción de privación de libertad se contraponen a los antes indicados principios, dejando al administrador de justicia el vacío legal de cómo aplicar la ley.

Cabe señalar además que la imposición de una pena de siete años por delitos hidrocarburiiferos ha tenido un gran impacto social, ya que por ser excesiva ha llamado la atención del colectivo ciudadano, intentando que con el incremento de la pena se erradique los delitos hidrocarburiiferos; pero este pueblo pujante y trabajador busca el medio de subsistencia y al no encontrarlo obligadamente se dedican al contrabando, no debemos olvidar que este problema planteado es un

mal social que no va a erradicarse con imponer multas cuantiosas y menos aún con penas de privación de libertad excesivas, sino se erradicará cuando en nuestra comunidad exista las suficientes fuentes de trabajo que permitan generar comercio entre los pueblos y ayuden al desarrollo económico de la nación.

3.3 Interpretación de la propuesta

Para validar la propuesta se seleccionó a los siguientes expertos:

Dr. Hernán López, Juez del tribunal segundo garantías penales del Carchi; Dr. Hugo Velazco Fiscal del Carchi; y, Dr. Carlos Chuga Unigarro, Juez Multicompetente de la Sala única de la Corte Provincial de Justicia del Carchi.

En anexos se adjunta la carta de validación y resultados de la propuesta, firmada por cada experto.

3.4 Conclusiones parciales del capítulo

- Como conclusión se deduce que la presente propuesta permitirá que el principio de proporcionalidad se lo aplique en la imposición de la pena para delitos hidrocarburíferos tomando en cuenta que en la actualidad la sanción impuesta en las zonas fronterizas conforme lo señala el artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal COIP, es exagerada.
- Se concluye que por ser nuestra ciudad fronteriza y por la falta de fuentes de trabajo la mayoría de sus habitantes se dedica al contrabando de mercancías hasta la vecina ciudad de Ipiales República de Colombia, entre estas mercancías se encuentran los hidrocarburos los cuales por ser subsidiados en nuestro país, en Colombia dejan buenas rentabilidades, más sin embargo no es concebible que una persona que en su vehículo transporte treinta dólares de gasolina al ser juzgada por este ilícito, tenga una sanción de siete años conforme lo señala la norma antes indicada.
- Se concluye que el principio de proporcionalidad radica especialmente en la verificación del daño causado y la imposición de la pena, que esta tabla propuesta está garantizando este principio, ya que se señala un valor económico en el costo de hidrocarburos que es objeto del ilícito y una pena proporcional al delito cometido.

CONCLUSIONES GENERALES

Una vez concluido este arduo trabajo de investigación y análisis señalo las siguientes conclusiones:

- La reforma al Artículo. 264 y 265 del Código Orgánico Integral Penal en sentido de que el mismo se debe establecer una escala en la cual se pueda observar que exista un mínimo y un techo de la infracción, en base a un verdadero objeto del tipo penal en la misma forma como se tipifica y sanciona el tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización.
- De acuerdo al Artículo 428 de la Constitución los señores jueces al avocar conocimiento de un delito de hidrocarburos soliciten de manera inmediata la inconstitucionalidad.
- El empleo del principio de Proporcionalidad es muy ignorado por la Función Judicial, que no ha sabido aplicarlo de una manera adecuada, por llevar a cabo sanciones que no han sido dirigidas a rehabilitar socialmente, sino a un castigo que muchas veces no han surtido efecto para controlar una ola expansiva de distintos delitos, y en este caso concreto, sobre el tráfico hidrocarburífero quienes actúan en forma ilegal, los cuales no se han podido encaminar a una sanción justa.

RECOMENDACIONES:

- Los administradores de justicia apliquen lo que se encuentra estipulado en el Artículo 428 de la Constitución a efectos de que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 265 del COIP. Por ser contraria a la Constitución y demás instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.
- La aplicación del principio de proporcionalidad exige al que el juez realice una comparación entre la medida cautelar y la pena eventualmente aplicable al caso. Por ende la comparación no debe tener en cuenta la pena conminada en abstracto por el tipo penal de que se trate, sino la especie y medida de la pena eventualmente aplicable, según las circunstancias del caso concreto.
- Se recomienda a los Directivos de la Universidad Unidades que el presente trabajo sea elevado como propuesta a uno de los Asambleístas de la Provincia del Carchi, a fin de que sea posible la propuesta de reforma y se pueda ejecutar en la en la práctica.

Bibliografía

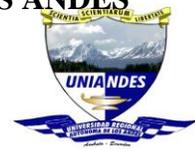
ANEXOS

UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES

“UNIANDES”

Facultad de Jurisprudencia

Escuela de Derecho



Guía de entrevista dirigida a funcionarios judiciales, jueces, Abogados en libre ejercicio profesional.

1. Desde su percepción ¿indique si conoce sobre los delitos que señala la Código Orgánico Integral Penal COIP, acerca de Sustancias estupefacientes y psicotrópicas y los delitos de hidrocarburos? Explique.
2. ¿Indique si las penas tanto para el narcotráfico y delitos de hidrocarburos al momento de imponerlas no se toma en cuenta el principio de proporcionalidad?
3. ¿Considera usted que las penas en los delitos de hidrocarburos, deberían ser sancionado con menos drasticidad que el narcotráfico, por ser delitos de menor gravedad?
4. ¿Cree usted que existe desproporcionalidad de las penas en los delitos del narcotráfico en relación a los delitos de hidrocarburos?

GRACIAS POR SU COLABORACION

UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES

“UNIANDES”

Facultad de Jurisprudencia

Escuela de Derecho



FICHA DE VALIDACIÓN

A las personas seleccionadas se les considera expertos en Derecho.

Datos informativos:

1. N° de cédula:
2. Nombres y Apellidos:
3. Título de Mayor Jerarquía:
4. Cargo Actual:
5. Institución que labora:
6. Años de servicio:
7. Experiencia:

I. Objetivo:

Argumentar jurídicamente sobre la desproporcionalidad de las penas en los delitos de hidrocarburos en relación a los delitos de narcotráfico, a fin de que se considere la aplicación de principio constitucional de proporcionalidad dentro del Código Orgánico Integral Penal COIP.

II. Orientaciones:

Marque con una X en la tabla en el casillero que usted estime conveniente tomando en cuenta la siguiente escala valorativa.

5. Excelente.
4. Muy bueno.
3. Bueno.
2. Regular.
1. Malo.

III. Tabla para registrar los valores de la validación de la propuesta.

N°	Indicador de calidad	5	4	3	2	1
1	Rigor científico					
2	Estructura metodológica					
3	Organización de procesos					
4	Viabilidad para la aplicación práctica					
5	Oportuno					

Por favor indique otro aspecto que usted considere interesante de la propuesta.

.....
.....

Firma del Validador

