

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA DEL ECUADOR UNIB.E

ESCUELA DE DERECHO

Trabajo de Titulación para la obtención del título
de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

**Tema: “ Análisis de la Aplicación del Principio de Proporcionalidad
en los delitos de narcotráfico en el Ecuador, análisis de un caso hasta
antes del 12 de febrero del 2012”**

Marjorie Carmen Boya Benalcázar

Director de Tesis

Especialista: Dr. Enrique García Román

Quito – Ecuador

Noviembre 2014

CARTA DE AUTORÍA DEL TRABAJO

Los criterios emitidos en el presente Trabajo de Graduación o de Titulación **“Análisis de los Principio de Proporcionalidad en los delitos del narcotráfico en el Ecuador análisis de un caso hasta antes del 12 febrero del 2012”**, así como también los contenidos, ideas, análisis, conclusiones y propuesta son de exclusiva responsabilidad de mi persona, como autora del presente trabajo de investigación.

Autorizo a la Universidad Iberoamericana del Ecuador (UNIB.E) para que haga de éste un documento disponible para su lectura o lo publique total o parcialmente, de considerarlo pertinente, según las normas y regulaciones de la universidad, citando la fuente.

.....

Marjorie Carmen Boya Benalcázar

Noviembre - 2014

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento al Santísimo Cristo del Consuelo por permitirme avanzar con mis estudios, con salud y vida.

Un agradecimiento especial a mi esposo, e hijos.

A la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana del Ecuador.

Al Dr. Enrique García Román, que como Director de tesis supo conducirla siempre en forma acertada.

Y a cada uno de los catedráticos por sus valiosos aporte a mi formación académica.

.....

Marjorie Boya Benalcázar

DEDICATORIA

En el desarrollo de la presente tesis, considero dedicarla a mi esposo y mis hijos, que en todo momento de mi carrera universitaria me han apoyado para que siga adelante.

También es importante para mí, dedicar este trabajo a todos los catedráticos que me guiaron en mi formación académica, y sobre todo al Dr. Enrique García Román, quien supo guiarme acertadamente en el desarrollo de este trabajo de titulación muchas gracias por el apoyo brindado, sin él, no sería posible obtener los resultados esperados.

INDICE

CARTA DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN.....	II
CARTA DE AUTORÍA DEL TRABAJO.....	III
AGRADECIMIENTOS.....	IV
DEDICATORIA.....	V
ÍNDICE	1
RESUMEN.....	5

CAPITULO I

SECCIÓN INTRODUCTIVA

1	Propósito y Alcance.....	6
1.1	Introducción.....	6
1.2	Justificación.....	9
1.3	Enunciado.....	11
1.4	Definición del Problema.....	11
1.5	Objetivos.....	12
	1.5.1 Objetivo General.....	12
	1.5.2 Objetivos Específicos.....	13

CAPITULO II

SECCIÓN DE DESARROLLO DE IDEAS

2	Propósito y Alcance.....	14
2.1	Marco Teórico.....	14
2.2	Metodología.....	15
2.3	Definición Operacional.....	16

CAPITULO III

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

EL NARCOTRÁFICO; DROGAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS

3	Propósito y Alcance.....	19
3.1	¿Qué es el principio de proporcionalidad?.....	19
3.2	La distinción entre reglas y principios.....	23
3.3	La proporcionalidad en el derecho.....	26
3.4	El principio de proporcionalidad en la era moderna.....	28
3.5	Definición del Narcotráfico o Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.....	28
3.5.1	Definición del Delito De Tráfico de drogas.....	29
3.6	Definición de Droga.....	30
3.7	Clasificación de las Drogas.....	36
3.7.1	Por el Origen.....	37
3.7.2	Por los Efectos.....	38
3.8	Ley Penal 108 de Tráfico de Drogas.....	39
3.9	Ubicación Geográfica del Ecuador con respecto al Narcotráfico.....	40
3.10	Perfiles del narcotraficante.....	41
3.11	El Narcotráfico como Actividad.....	43

CAPITULO IV

APLICACIÓN Y ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

4	Propósito y Alcance.....	45
4.1	Aplicación del Principio de Proporcionalidad.....	45
4.2	Fundamento constitucional y reconocimiento Jurisprudencial en el Ecuador.....	49
4.3	Aspectos procedimentales a nivel constitucional.....	55
4.4	Contenidos esenciales de la argumentación jurídica.....	58
4.5	El papel del legislador en la creación de normas.....	66
4.6	Análisis de un caso de aplicación del principio de proporcionalidad en el narcotráfico en el Ecuador.....	70
4.7	El uso de drogas. Un caso foráneo de ponderación en Colombia.....	70

CAPITULO V

SECCIÓN CONCLUSIVA

5.1	Conclusiones.....	72
5.2	Recomendaciones.....	73
	Propuesta.....	74
	Bibliografía.....	76
	Anexos.....	78

RESUMEN

Esta investigación, pretende analizar la aplicación del Principio de Proporcionalidad en los delitos del narcotráfico en el Ecuador, en nuestro ordenamiento jurídico, por parte de los operadores de justicia y que se utilice la garantía como mecanismo de protección de los derechos de las personas, específicamente en la administración de justicia, analizando un caso concreto.

Dentro de los procesos penales se ha juzgado a las personas con tenencia de drogas bajo la misma normativa, para evitar ello o disminuir este problema se creó el principio de proporcionalidad, en la que se establece que la persona debe ser juzgado de acuerdo a la cantidad de droga que se encuentra en su poder, se interesa especialmente la limitación creada por el principio de proporcionalidad. Tal principio tendrá aplicación no solo en el momento de creación legislativa, sino también en la aplicación jurisdiccional del derecho.

El principio de proporcionalidad indica que la gravedad de la pena o de las medidas de seguridad debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto.

El principio de proporcionalidad se refleja en la normativa procesal citada como una garantía del imputado frente al ius puniendi del Estado, integrando conjuntamente con los demás principios rectores.

Estos delitos relativos a drogas, son delitos de peligro y su sanción pretende evitar una futura lesión del bien jurídico protegido, que en este caso es la salud pública, bastando la puesta en peligro de este bien jurídico para la comisión de un hecho delictivo, es por eso que se sanciona su mera tenencia, ya que de esta acción se presume el dolo de tráfico; pero la presencia de una cantidad insignificante de droga no debería implicar la existencia de un delito, siempre y cuando esta tenencia no esté acompañada de un cierto riesgo para la sociedad.

Palabras Claves: Proporcionalidad, Delitos, Ponderación, Ordenamiento Jurídico, Tenencia, Peligrosidad, ius puniendi, Principios Rectores, Dolo de Tráfico.

CAPITULO I

SECCIÓN INTRODUCTIVA

1 PROPÓSITO Y ALCANCE

El propósito de realizar este trabajo de titulación, es dar a conocer el tema y los parámetros para poder identificar cada uno de los puntos dados. Este trabajo va a ser desarrollado paso a paso, realizando investigaciones en los Tribunales Penales de la ciudad de Quito.

1.1 INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad determinar los fundamentos básicos del principio de proporcionalidad en los delitos de tráfico de drogas, además de determinar la diferencia entre regla y principio y su aplicación en la legislación ecuatoriana.

La regla que establece una relación de precedencia condicionada, producida como resultado de una ponderación, debe ser aplicada a todos los casos idénticos y análogos. La inaplicación de una regla de estas características a un caso idéntico o análogo debe fundamentarse con argumentos que tengan un peso mayor que los argumentos que juegan a favor de la aplicación de la regla.¹

El presente estudio trata de ser una gran contribución crítico criminológico para el debate de la reforma penal en Ecuador en lo que tiene que ver al capítulo de drogas. Aquí confluyen importantes argumentos cuénticos sobre la situación

¹ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 795.

de la proporcionalidad de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en relación con la praxis de la Administración de Justicia Penal. Por ello, no sólo nos encontramos avocados a su lectura por cada uno de los operadores de justicia, sino también quienes hacen en el país la política desde las Funciones Legislativa y Ejecutiva.

“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.²

Es innegable a su vez que el país está atravesando importantes transformaciones en su política y legislación. En materia de drogas no puede relegarse al olvido el indulto de las “Mulas” del narcotráfico del 2008, además de los grandes avances que han emanado de la Vigente Constitución de la República del Ecuador, sobre todo en cuanto a la discusión de la proporcionalidad de la pena. La crítica al poder punitivo anti-drogas ha despertado a más de un país de la región y del mundo; por ende la necesidad de fomentar cada vez más el análisis y debate sobre los impactos que generan las leyes que reprimen el tráfico de drogas, cuyos principales receptores de la ley son también personas de carne y hueso, es decir, quienes lejos de ser delincuentes además son víctimas de la desigualdad.

En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta).³

2 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008, Numeral 6, Art. 76

3 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, 1982, “Acto, resultado y proporcionalidad”. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXV, Fase. II, Mayo-Agosto, pp.381-408.

El principio de proporcionalidad se ha venido utilizando en forma discrecional, lo cual viola el principio de legalidad. En todos los casos estos delitos por los jueces reprimidos con prisión en base a los atenuantes la pena a imponerse puede ser ocho días. Se podrá argumentar que imponer una pena de ocho días en cualquier caso es una pena desproporcionada? La respuesta es no. Y si el abogado no presenta atenuantes, podemos decir que aplicando el principio de proporcionalidad se reduce la pena. El obrar de esta manera significaría que ya no es necesario presentar atenuantes, lo que es verdad. En el principio de proporcionalidad se debe observar cuando pese a la aplicación de atenuantes la pena es desproporcionada.

La legislación Penal, de acuerdo al código Procesal que entro en vigencia en enero del 2000, no establece parámetros sobre las cantidades que se pueden considerar como de consumo personal.

De acuerdo a los parámetros dados por el CONSEP, en el que el texto que no será penalmente responsable, es decir, que no irá a la cárcel quien no exceda el consumo de drogas en las siguientes dosis: marihuana, 10 gramos; pasta base de cocaína, 2 gramos; clorhidrato de cocaína, 1 gramo; heroína, 0,1 gramo; entre otras.

Sanción para la siembra o cultivo de plantas de las que se pueda extraer elementos para sustancias sujetas a fiscalización.- Quienes siembren, cultiven, cosechen o en cualquier forma exploten las plantas determinadas en esta Ley y cualesquiera otras de las que sea posible extraer principios activos que puedan ser utilizados para la producción de sustancias sujetas a fiscalización, según se determina en los anexos a esta Ley, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.⁴

⁴ LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS, CODIFICACION, 2004, Art. 57

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, vigente desde el 2004, establece penas que van, por lo general, de 12 a 16 años para sancionar la siembra, cultivo, elaboración, producción, fabricación y preparación de drogas. Lo mismo para quien trafique, transporte, posea o tenga, y para quienes por este delito se hayan enriquecido.

En octubre del 2011 se presentó oficialmente el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, el cual contiene además la reforma penal a nuestra legislación de drogas representada en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Ley 108). Sin duda, se trata de uno de los temas más polémicos de la reforma Penal Integral del Ecuador, la misma que se encuentra en discusión ante la Asamblea Nacional y la Sociedad Civil. A ello se unen las diversas manifestaciones sobre reforma de drogas (despenalización) que se desarrollan en América Latina, concretamente en países como Colombia, Argentina, Chile, Guatemala, Brasil, Costa Rica, Bolivia y ahora Ecuador.

1.2 JUSTIFICACIÓN

Esta investigación es importante para el desarrollo del derecho y en particular para el desarrollo del derecho penal, dado que no se puede seguir permitiendo que exista en nuestro país un sistema punitivo desproporcionado e incoherente con la realidad. Cabe destacar que nuestro sistema legislativo no cuenta con una técnica o método científico para establecer una pena a un determinado delito. ¿Cómo puede ser posible que se utilice una coyuntura política o un momento de crisis social para crear, modificar, disminuir o aumentar una pena?

La Constitución Ecuatoriana establece el principio de proporcionalidad entre delitos y penas, lo que significa que a mayor delito se establecerá una mayor pena. Sin embargo este enunciado contrasta con la realidad, ya que se observa que el legislador al momento de establecer una pena lo hace sin criterio técnico y atendiendo a particulares circunstancias especiales de coyuntura y de alarma social, lo que al final provoca una distorsión de este principio de proporcionalidad, generando como resultado que infracciones menores tengan penas severas equiparables a las infracciones más graves y viceversa.

Estos delitos relativos a drogas, son delitos de peligro y su sanción pretende evitar una futura lesión del bien jurídico protegido, que en este caso es la salud pública, bastando la puesta en peligro de este bien jurídico para la comisión de un hecho delictivo, es por eso que se sanciona su mera tenencia, ya que de esta acción se presume el dolo de tráfico; pero la presencia de una cantidad insignificante de droga no debería implicar la existencia de un delito, siempre y cuando esta tenencia no esté acompañada de un cierto riesgo para la sociedad.

El aporte de nuestra investigación permitirá que al momento en el que el legislador cree, modifique o elimine una pena, lo haga con un mecanismo o fórmula técnica, la misma que en base a criterios cuantificables, medibles, objetivos y técnicos logre mejorar nuestro Sistema Jurídico Penal. Este proyecto también permitirá sugerir que en el Código Penal se cumpla con el principio de proporcionalidad establecido en la Constitución de la República, y que se proteja los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente el derecho a la libertad. Y así mismo observar si el principio de proporcionalidad se está aplicando en los delitos de narcotráfico.

Nos encontramos, dentro de los principios rectores del Derecho Penal, con un principio, a mi juicio, un tanto postergado por los jueces, poco considerado por el legislador y claramente desconocido para la sociedad en general. Me refiero al principio de Proporcionalidad.

1.3 ENUNCIADO

Análisis de la Aplicación del Principio de Proporcionalidad en los delitos de Narcotráfico en el Ecuador; análisis de un caso hasta antes del 12 de febrero de 2012.

1.4 DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

El problema es que los Jueces no aplican uniformemente este principio de proporcionalidad como parámetro para imponer la pena, ya que no existe una regulación correcta acerca de la pena que debe imponerse, por la cantidad de droga que se ha encontrado en poder de los procesados, tal es el caso que si se le encuentra a una persona con 100 gramos de cocaína, correrá con la misma suerte que con la de la persona a la que se le ha encontrado en posesión de toneladas de la misma sustancia.

El principio de proporcionalidad consiste, en la reacción del Estado frente a un ataque efectuado a un bien jurídico protegido, socialmente relevante, justificando así una sanción penal. Pero esta sanción no puede ser antojadiza o arbitraria por parte del poder punitivo del Estado, ya que la gravedad de la pena debe guardar

estricta relación con el injusto penal, que vulnera a este bien jurídico protegido, determinado por el legislador.

El juzgador debe conocer a ciencia cierta sobre lo que es el debido proceso y sus principios constitucionales, en especial sobre el principio de proporcionalidad que es aquel que permite lograr un equilibrio en la correcta Administración de Justicia en materia penal por cuanto el delincuente es un ser humano que de encontrarse responsable del cometimiento de un delito, tiene el derecho a que se le imponga una pena acorde al daño ocasionado a la víctima y las consecuencias que produce su acción u omisión.

Al no estar regulado ni en el Código Penal ni en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que ir marcando las pautas de lo que se considera una cantidad insignificante para crear una situación de riesgo, es decir no puede constituir peligro si la tenencia de la sustancia es para consumo inmediato, por lo tanto no existe el dolo de tráfico.

Amparados en el principio de proporcionalidad, se rompe el límite mínimo establecido para la pena, ya que la cantidad de droga encontrada en poder del procesado resulta insignificante e inofensiva contra la salud pública. Bajo el mismo principio de proporcionalidad se puede romper el límite máximo, toda vez que si se encuentra en poder de una persona toneladas de droga, esta cantidad es demasiado significativa y realmente dañina para la salud pública, por lo tanto imponer una pena mínima, resultaría contraria al espíritu de la Constitución.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 Objetivo General

Analizar el Principio de Proporcionalidad expuesto en el artículo 76, numeral 6 de la Constitución de la República respecto de los Delitos de Narcotráfico en el Ecuador; es decir llegar a comprender mejor la aplicación de este principio por parte de los jueces, que se cumpla en forma equitativa las penas a las personas involucradas en delitos de drogas.

1.5.2 Objetivos Específicos:

Son los que contribuyen a alcanzar los fines planteados en los objetivos generales así tenemos:

- Identificar criterios jurídicos, legislativos y doctrinarios que permitan establecer parámetros para categorizar el modelo de las infracciones de mayor a menor gravedad con su respectiva pena de tal manera que se cumpla el Principio Constitucional de Proporcionalidad entre delitos y penas.
- Definir el principio de Proporcionalidad a partir de lo establecido en la Constitución, en la doctrina, la legislación nacional e internacional y la jurisprudencia.
- Verificar la Aplicación del Principio de Ponderación y Proporcionalidad entre los delitos y penas, especialmente en los delitos de narcotráfico en un caso específico.

CAPITULO II

SECCIÓN DE DESARROLLO DE IDEAS

2 PROPÓSITO Y ALCANCE

El propósito en este capítulo, es ampliar las ideas y conocer la metodología que vamos a aplicar en este trabajo de titulación. Esta investigación se basa en la revisión y análisis de varios libros de jurisprudencia.

2.1 MARCO TEÓRICO

El mayor icono doctrinario es para muchos el profesor LUIGI FERRAJOLI y su desarrollo de las propuestas de un derecho penal mínimo. Ya en el año 1988, expresábamos: “el derecho penal mínimo debe asomar como tutela de derechos fundamentales y la ley penal como la ley del más débil. De acuerdo con lo antes expresado lo que se pretende es minimizar la violencia en la sociedad, porque tanto el delito como la venganza son razones construidas que se enfrentan en un conflicto violento resuelto por la fuerza, la fuerza del delincuente y la fuerza de la parte que se siente ofendida o lesionada. Si la venganza es incierta porque se llegare a abolir todo sistema punitivo, se institucionalizaría el abuso a través de la venganza incontrolada y sin parámetros reguladores de parte de la víctima del delito o de sus allegados”.

El mismo profesor LUIGI FERRAJOLI nos recuerda “que el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca

brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena cualquiera que sea la forma en la que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo”.

Conforme a lo enunciado por MONTESQUIEU y CONDORCET, el mas “terrible” y “odioso” de los poderes, es la potestad de juzgar y de castigar, porque es el que se ejerce de la manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma más conflictiva la relación entre estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales.

El profesor CLAUS ROXIN, dice que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal. Es decir que “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’ ”. Como instrumentos de protección que brinda el Estado hemos visto ya el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras.

2.2 METODOLOGÍA

La metodología que se utilizará en este trabajo de investigación será bibliográfica y documentada.

Esta investigación se fundamenta en resoluciones del Tribunal de Garantías Penales y además utilizamos para la recopilación de datos, la revisión de varios libros referente a este tema.

2.3 DEFINICIÓN OPERACIONAL

El principio de proporcionalidad surge dentro de la concepción del Estado Democrático de Derecho, como una elaboración doctrinal y jurisprudencial tendiente a limitar el poder correctivo del Estado. Constitucionalmente encuentra su fundamento al alimentar los derechos fundamentales de libertad, dignidad humana e igualdad de todos los seres humanos. Procesalmente, se constituye en una regla de conducta que obliga a los jueces penales a mantenerse dentro de límites definidos que proporcionen un balance equitativo entre el ius puniendi del Estado y las garantías individuales del ciudadano, función que cumple a partir de la medición de ese derecho de castigar del Estado y la posibilidad de contraponerlo a los derechos de las personas. Lo anterior, con el propósito de buscar un justo equilibrio, de manera que ambas partes en amparo a la legalidad, se encuentre en igualdad de condiciones.

En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta).

Nuestra Constitución contempla los límites del poder punitivo del Estado y desarrolla los principios fundamentales informadores del Derecho Penal. De lo anterior se extrae que, por la sola existencia de un Estado Democrático de

Derecho surge la aceptación y respeto al principio de proporcionalidad como garantía de los derechos fundamentales. Los derechos mencionados, no son absolutos, toda vez que admiten injerencias estatales, pero dentro de la ordenanza de dicho principio, se encuentra implícita la obligación del Estado de proteger derechos individuales de la persona intervenida, tanto como sea posible y además proceder en contra de esta, sólo dentro de los límites estrictamente indispensables para tutelar los intereses públicos.

El numeral 6 del art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador al hacer referencia al principio de proporcionalidad dice: “La ley referencia al principio de proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales administrativas o de otra naturaleza”.

Vemos entonces que existe una clara relación entre los dos principios derivados de la Constitución, mientras el principio de Estado de Derecho analiza la posición del Estado actuante, el principio de Respeto a la Dignidad Humana estudia lo atinente al tratamiento del individuo. De ahí justamente, surge el equilibrio en el que media el principio de proporcionalidad. Tal y como se indicado anteriormente, el principio de proporcionalidad se refleja en la normativa procesal citada, como una garantía del imputado frente al ius puniendi del Estado, integrando conjuntamente con los demás principios rectores, el debido proceso.

En el Derecho Internacional, encontramos instrumentos de Derechos Humanos que hacen mención a este principio. Efectivamente, los artículos 3, 7.2, 8.2 y 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 9 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 5.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos y los numerales 9.1 y 9.3 del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos; establecen el derecho fundamental de toda persona privada de libertad, a ser juzgada en un plazo razonable, y a su vez, la prisión preventiva debe responder a la ultima ratio, por lo que no puede constituirse en regla general.

CAPITULO III

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

EL NARCOTRÁFICO; DROGAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS

3 PROPÓSITO Y ALCANCE

El propósito es conocer a fondo todo lo referente al principio de proporcionalidad, y también hacer conocer a la ciudadanía y en especial al estudiante de la universidad, que todas las personas que caen en los delitos de narcotráfico no son grandes traficantes de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, sino que son gente que se las utiliza para el micro tráfico que también son llamadas mulas.

3.1 ¿QUÉ ES EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD?

El principio de proporcionalidad surge dentro de la concepción del Estado Democrático de Derecho, como una elaboración Doctrinal y Jurisprudencial tendiente a limitar el poder coercitivo del Estado. Constitucionalmente encuentra su fundamento al alimentar los derechos fundamentales de libertad, dignidad humana e igualdad de todos los seres humanos. Procesalmente, se constituye en una regla de conducta que obliga a los jueces penales a mantenerse dentro de límites definidos que proporcionen un balance equitativo entre el ius puniendi del Estado y las garantías individuales del ciudadano, función que cumple a partir de la medición de ese derecho de castigar del Estado y la posibilidad de contraponerlo a los derechos de las personas. Lo anterior, con el propósito de

buscar un justo equilibrio, de manera que ambas partes en amparo a la legalidad, se encuentre en igualdad de condiciones⁵.

En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta).⁶

Nuestra Constitución contempla los límites del poder punitivo del Estado y desarrolla los principios fundamentales informadores del Derecho Penal. De lo anterior se extrae que, por la sola existencia de un Estado Democrático de Derecho surge la aceptación y respeto al principio de proporcionalidad como garantía de los derechos fundamentales. Los derechos mencionados, no son absolutos, toda vez que admiten injerencias estatales, pero dentro de la ordenanza de dicho principio, se encuentra implícita la obligación del Estado de proteger derechos individuales de la persona intervenida, tanto como sea posible y además proceder en contra de esta, sólo dentro de los límites estrictamente indispensables para tutelar los intereses públicos.

En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco.⁷

5AGUADO CORREA, Teresa. El principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal. Madrid, España, Editorial Nueva Imprenta S.A., Edersa 1999

6 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, 1982, "Acto, resultado y proporcionalidad". En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXV, Fase. II, Mayo-Agosto, pp.381-408.

7Ignacio Villaverde Menéndez. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*, en: Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.182.

Ignacio Villaverde, sobre la utilidad de este principio, expresa lo siguiente:

“A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo, de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidad es, obviamente, evitar que el Poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental, vulnere en su aplicación su contenido esencial”.⁸

Además de estar prevista en la normativa de un país, la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere además que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin legítimo.

Ignacio Villaverde, al respecto señala:

[...] para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: “Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés

⁸ Ignacio Villaverde Menéndez. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*, en: Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.182.

general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).⁹

El numeral 6 del art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador al hacer referencia al principio de proporcionalidad dice: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

Vemos entonces que existe una clara relación entre los dos principios derivados de la Constitución, mientras el principio de Estado de Derecho analiza la posición del Estado actuante, el principio de Respeto a la Dignidad Humana estudia lo atinente al tratamiento del individuo. De ahí justamente, surge el equilibrio en el que media el principio de proporcionalidad.

Tal y como se ha indicado anteriormente, el principio de proporcionalidad se refleja en la normativa procesal citada, como una garantía del imputado frente al ius puniendi del Estado, integrando conjuntamente con los demás principios rectores, el debido proceso.

En el Derecho Internacional, encontramos instrumentos de Derechos Humanos que hacen mención a este principio. Efectivamente, los artículos 3, 7.2, 8.2 y 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 9 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 5.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos y los numerales 9.1 y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; establecen el derecho fundamental de toda persona privada de libertad, a ser juzgada en un plazo razonable, y a su vez, la

⁹ Ignacio Villaverde Menéndez. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*, en: Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.183.

prisión preventiva debe responder a la ultima ratio, por lo que no puede constituirse en regla general.

3.2 LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

Los principios desempeñan un papel “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.

La diferencia más importante está en el distinto “tratamiento” que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosos métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras.

Las fórmulas “de principio” suelen ser expresiones banales “producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano”, pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado. Más que “interpretadas” a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su ethos.

Las reglas “se obedecen” he ahí la importancia de determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura

jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión.

La diferencia entre reglas y principios no es simplemente una diferencia de grado, si no conceptual. Las reglas son normas que reclaman un cumplimiento pleno, y en esa medida, pueden ser solo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena. Las reglas contienen por ello determinaciones en la arena fáctica. La forma de aplicación de las reglas es la subsunción.

Los principios son normas que ordenan realizar algo en la medida de lo posible, en relación con las posibilidades en el terreno de los hechos. Los principios son mandatos de optimización caracterizados por ser cumplidos en diversos grados. La forma característica de aplicación de los principios es la ponderación.

El derecho no es un todo coherente, armónico, pleno y perfecto; y porque el edificio jurídico no sólo está constituido por reglas, sino en él también hay principios y valores que demandan un tratamiento distinto a las primeras. El razonamiento jurídico no puede ser asimilado a un proceso cuasi mecánico o axiomático susceptible de someterse a un cálculo lógico exhaustivo, pues a la hora de aplicarlo hay que ponerlo en relación no sólo con la letra de la ley sino con toda la estructura normativa, empezando por la constitucional.

La interpretación está exclusivamente unida a la expresión "conforme a la letra" y muy poco a "o a la interpretación jurídica de la ley", y mucho menos a la mención de que a la falta de ley se fundará la interpretación en los principios generales del derecho. Las potencialidades de esa norma constitucional podrían perfectamente permitir nuevos abordajes para el derecho, pero el peso de la

tradicción es muy grande, para que sea susceptible de ser modificado en el breve plazo.

Las normas también están constituidas por principios, y que éstos tienen un papel fundamental a la hora de interpretar y de argumentar. Operan en su versión más tradicional como elementos para perfeccionar el ordenamiento. Los principios aquí son las guías que alumbran las finalidades del derecho. Son piezas que obligan a la autoridad aplicadora a tomar posición sobre el derecho y frente a la realidad.

En cuanto a la función del juez y de la autoridad, es evidente que no puede estar dominada más por el modo axiomático del silogismo deductivo ni por la subsunción ni la aplicación mecánica. La autoridad y el juez deben abrirse a todos los posibles métodos que permitan soluciones adecuadas que puedan ser justificadas. Si es necesario recurrir al método histórico debe recurrirse a ese, como al sistemático funcional comparado; al análisis económico del derecho.

Es necesario rescatar el carácter práctico de la interpretación y abandonar su carácter exclusivamente formal. Descubrir y justificar las premisas, razonar ampliamente sobre ellas. Acudir al caso para medir su consistencia con la realidad y su coherencia narrativa. Hacer crítica externa e interna al derecho, usando lo que se denomina contexto del descubrimiento y contexto de la justificación.

Argumentan que la aplicabilidad de las reglas está subordinada a los principios, aunque reconoce que en la mayoría de los casos la solución normativa está dada por las reglas. El derecho guía el razonamiento de los órganos jurisdiccionales en dos niveles distintos: en el primer nivel, establece el deber de los jueces de hacer un balance de razones, integrado únicamente por pautas

jurídicas, pudiéndose tomar en cuenta consideraciones extrajurídicas únicamente cuando así lo autorice el propio derecho. En el segundo nivel, las reglas jurídicas, en tanto razones perentorias, determinan la solución.

Sólo se pasa al segundo nivel cuando el principio de que debe hacerse lo prescrito en las reglas jurídicas no es desplazado en el primer nivel por otros principios de mayor peso. En ese caso, las reglas perentorias funcionan en el razonamiento jurisdiccional como razones perentorias y constituyen el fundamento de la decisión.

3.3 LA PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO

Esta investigación es importante para el desarrollo del derecho y en particular para el desarrollo del derecho penal, dado que no se puede seguir permitiendo que exista en nuestro país un sistema punitivo desproporcionado e incoherente con la realidad. Cabe destacar que nuestro sistema legislativo no cuenta con una técnica o método científico para establecer una pena a un determinado delito. ¿Cómo puede ser posible que se utilice una coyuntura política o un momento de crisis social para crear, modificar, disminuir o aumentar una pena?

La Constitución Ecuatoriana establece el principio de proporcionalidad entre delitos y penas, lo que significa que a mayor delito se establecerá una mayor pena. Sin embargo este enunciado contrasta con la realidad, ya que se observa que el legislador al momento de establecer una pena lo hace sin criterio técnico y atendiendo a particulares circunstancias especiales de coyuntura y de alarma social, lo que al final provoca una distorsión de este principio de

proporcionalidad, generando como resultado que infracciones menores tengan penas severas equiparables a las infracciones más graves y viceversa.

Estos delitos relativos a drogas, son delitos de peligro y su sanción pretende evitar una futura lesión del bien jurídico protegido, que en este caso es la salud pública, bastando la puesta en peligro de este bien jurídico para la comisión de un hecho delictivo, es por eso que se sanciona su mera tenencia, ya que de esta acción se presume el dolo de tráfico; pero la presencia de una cantidad insignificante de droga no debería implicar la existencia de un delito, siempre y cuando esta tenencia no esté acompañada de un cierto riesgo para la sociedad.

El aporte de nuestra investigación permitirá que al momento en el que el legislador cree, modifique o elimine una pena, lo haga con un mecanismo o fórmula técnica, la misma que en base a criterios cuantificables, medibles, objetivos y técnicos logre mejorar nuestro Sistema Jurídico Penal. Este proyecto también permitirá sugerir que en el Código Penal se cumpla con el principio de proporcionalidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador y que se proteja los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente el derecho a la libertad. Y así mismo observar si el principio de proporcionalidad se está aplicando en los delitos de narcotráfico.

Nos encontramos, dentro de los principios rectores del Derecho Penal, con un principio, a mi juicio, un tanto postergado por los jueces, poco considerado por el legislador y claramente desconocido para la sociedad en general. Me refiero al principio de Proporcionalidad.

3.4 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA ERA MODERNA

En la actualidad, el término proporcionalidad combina elementos característicos de la justicia del caso concreto y mide el impacto que sobre los ciudadanos tiene la intervención estatal en el ejercicio del poder.

El proyecto del Código Penal Integral, plantea además el principio de proporcionalidad para delitos como narcotráfico, lo que permitiría sancionar hasta con 25 años de cárcel a quien se dedique a la producción y tráfico de grandes cantidades de drogas, y con uno a tres años por posesión.

Con la iniciativa se busca agrupar todas aquellas leyes especiales de carácter penal que existen en la legislación ecuatoriana para que sea una ayuda a los operadores de justicia, a los ciudadanos, a los académicos, de manera que todas las normas penales estén acorde a las necesidades nacionales, dentro de un solo cuerpo legal.

3.5 DEFINICIÓN DEL NARCOTRÁFICO O TRÁFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS

El narcotráfico es una actividad ilegal y globalizada que radica en el cultivo, fabricación, distribución, venta, control de mercados, consumo y reciclaje de estupefacientes y estimulantes adictivos potencialmente dañinos para la salud (conocidos vulgarmente como *drogas*).

Sin embargo dicho concepto de ilegalidad puede variar dependiendo de la normatividad de algunos países u organizaciones internacionales, que pueden determinar de manera estricta la prohibición de la producción, transportación,

venta y consumo de algunos estupefacientes o de igual modo que pueden permitirla.

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 de 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.

En la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, este precepto –tráfico ilícito de precursores– se introduce en los ordenamientos jurídico-penales de algunos países para dar cumplimiento a los tratados internacionales. Ante la producción de coca en exceso, su transformación en drogas –pasta básica y cocaína–, el abuso en el consumo de drogas en todo el mundo, en general, el tráfico ilegal de drogas, en la que los Estados se ven el deber y el derecho de impulsar políticas propias para proteger a sus ciudadanos.

3.5.1 DEFINICIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Por tráfico de drogas se entiende no sólo cualquier acto aislado de transmisión del producto estupefaciente, sino también el transporte e incluso toda tenencia que, aun no implicando transmisión, suponga una cantidad que exceda de forma considerable las necesidades del propio consumo, ya que entonces se entiende que la tenencia tiene como finalidad promover, favorecer o facilitar el consumo ilícito (entendiéndose como ilícito todo consumo ajeno).

En algunas legislaciones se considera delito solamente el tráfico, pero no la tenencia de drogas en cantidades reducidas a las necesidades personales del consumidor, mientras que otras tipifican como conductas delictivas tanto el tráfico como la tenencia.

3.6 DEFINICIÓN DE DROGA

Droga es una sustancia que modifica una o varias de las funciones del organismo, un gran número de ellas sólo pueden ser indicadas por profesionales de la salud, que conocen sus alcances y pueden utilizarlas para curar.

El concepto de droga, “resulta aplicable a cualquier sustancia terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración intramuscular o intravenosa, etc.) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico”, caracterizadas por: 1º El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia

psíquica). 2º Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia). 3º La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarios su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia).¹⁰

El Asambleísta ecuatoriano, ha optado al igual que el resto de la Europa occidental, por un concepto restringido de droga, limitándolo a las ilegales, es decir, las que considera que, conforme a los Convenios Internacionales provocan dependencia, sin incluir las socialmente aceptadas como el alcohol, distinguiendo entre las ilegales, las que causan grave daño a la salud y las que no lo causan, pero en ningún momento da un concepto claro de lo que debe entenderse por “droga tóxica, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, remitiéndose a las listas contenidas en las normas internacionales y a normas internas de carácter administrativo-sanitario.

Estos delitos relativos a drogas tóxicas son delitos de peligro con los que se pretende evitar una futura lesión del bien jurídico protegido que en este caso es la salud pública, bastando la puesta en peligro para la comisión de un hecho delictivo. Pero la mera presencia de una cantidad de droga no puede implicar la existencia de un delito si no se acompaña de un cierto riesgo, riesgo que debe de ser determinado en primer lugar de manera objetiva estableciendo unos parámetros y en segundo personalizándolo según las circunstancias concretas del caso y del autor. No estando regulado ni en el Código penal ni en legislación posterior, ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que ir marcando las pautas de lo que se considera una cantidad insignificante para crear una situación de riesgo. Así lo expresa el Tribunal Supremo en la sentencia 298/2004 de 12 de marzo: "el

¹⁰ Según la Organización Mundial de la Salud (OMS).

objeto del delito debe de tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal".¹¹ Conforme al principio de insignificancia la conducta es atípica cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno a la salud (sentencia de 11 de diciembre de 2000, 1889/2000).

Este principio de insignificancia se ha aplicado de manera ocasional al tráfico de drogas, aunque la última jurisprudencia dice que no es posible su aplicación porque al tratarse de un delito grave el peligro abstracto ya es suficiente para justificar su intervención (Recurso de Amparo 563/2007). Solo se aplica de manera excepcional y restrictiva cuando la "absoluta nimiedad" de la sustancia ya no constituya una droga tóxica o estupefaciente sino un producto inocuo. Ejemplos de aplicación el principio de insignificancia por la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

Las cantidades asumidas por el Tribunal Supremo no son exactas a las mencionadas en el informe del Instituto de Toxicología, por ejemplo la cantidad de heroína es sensiblemente inferior en 0,34 mg (exige 1 mg), no fueron pocas las críticas recibidas que se basaban en que estas cantidades eran demasiado bajas permitiendo la absolución en muchos supuestos bajo el "principio de insignificancia". Estas cantidades son simples referencias, susceptibles de matizaciones en cada caso concreto, así lo recoge la sentencia de 12 de marzo

¹¹ Revista Jurídica.
Facultad de Derecho
Universidad Católica de Guayaquil

del 2004 298/2004:"Ello no impide que la cifra pueda ser cuestionada en cada caso por las partes en enjuiciamientos futuros, aportando en su caso dictámenes periciales contradictorios, ni tampoco priva obviamente a las Salas sentenciadoras de su facultad de valorar dichos informes conforme a las reglas de la sana crítica, en un proceso penal que se caracteriza por la vigencia del principio contradictorio".

El porcentaje de riqueza de la sustancia también es importante a efecto de determinar si existe o no delito, se utiliza para saber si es capaz de causar riesgos para la salud y supone la proporción del principio activo contenido en ella, aunque solo es relevante en aquellos supuestos en que las cantidades son escasas.

Grandes dosis que suponen una cantidad de notoria importancia.

En la sentencia 413/2007 de 9 de mayo, el Tribunal establece una interpretación a favor del reo aceptando que en los análisis de las sustancias respecto del pesaje y determinación de la pureza existe un margen de error de un 5%, en este caso la sustancia intervenida era de 303,55 grs. de heroína de la cual apreciando un simple error del 1,2% sale una cantidad de 299,91 grs., con lo cual ya no sería cantidad de notoria importancia.

En los últimos años, se ha ido imponiendo una doctrina en la Sala 2ª de nuestro TS de absolver a los acusados de tráfico de drogas cuando se trataba de venta de una papelina o dosis individual de sustancia estupefaciente, es decir, lo que vulgarmente se conoce como "trapicheo" o "menudeo".

El proceso de la política legislativa penal en Ecuador no ha estado al margen de las influencias que se vienen dando en la región, y esto para referirnos a esta parte del mundo hispano-parlante. Algunos como el autor de esta ponencia, ya nos hemos venido pronunciado por la conveniencia de alimentar la

propuesta de un discurso penal garantista con asistencia plena de las garantías propias de un Estado de Derecho, cuyo mayor icono doctrinario es para muchos el profesor LUIGI FERRAJOLI y su desarrollo de las propuestas de un derecho penal mínimo. Ya en el año 1988, expresábamos: “el derecho penal mínimo debe asomar como tutela de derechos fundamentales y la ley penal como la ley del más débil. De acuerdo con lo antes expresado lo que se pretende es minimizar la violencia en la sociedad, porque tanto el delito como la venganza son razones construidas que se enfrentan en un conflicto violento resuelto por la fuerza, la fuerza del delincuente y la fuerza de la parte que se siente ofendida o lesionada. Si la venganza es incierta porque se llegare a abolir todo sistema punitivo, se institucionalizaría el abuso a través de la venganza incontrolada y sin parámetros reguladores de parte de la víctima del delito o de sus allegados”.

El mismo profesor LUIGI FERRAJOLI nos recuerda “que el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena cualquiera que sea la forma en la que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo”¹². Reseña que en la concepción de MONTESQUIEU y CONDORCET, el mas “terrible” y “odioso” de los poderes, es la potestad de juzgar y de castigar, porque es el que se ejerce de la manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma más conflictiva la relación entre estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales.

¹² FERRAJOLI Luigi, en ob. cit. p. 21.

Con una propuesta calificada como minimalista y necesaria para una convivencia social equilibrada, seguramente pensamos en la advertencia del profesor de Múnich, CLAUS ROXIN, de que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal. Es decir que “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’ ”. Como instrumentos de protección que brinda el Estado hemos visto ya el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras.¹³

A contrapelo de lo dicho, en Ecuador se han ido entronizando verdaderas propuestas de derecho penal máximo, con un discurso que como veremos ha ido recortando garantías constitucionales, aumentando progresivamente las penas y con propuestas recientes que llegan incluso a presentar como avances legislativas, proyectos de prisión de por vida o la llamada comúnmente cadena perpetua; alimentada por periodistas y políticos, que encontraron en esta respuesta la solución mágica al incremento de la criminalidad. No negamos que exista tal incremento incluso el de la criminalidad de contenido violento, pero somos por formación, contrarios a responder a la violencia estructural con la violencia oficial, proveniente de las agencias de control social formal. Con esta respuesta sumamos a la creciente criminalización primaria, un novedoso proceso de criminalización secundaria con publicitadas campañas de ley y orden, en que

13 ROXIN Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003, p. 137.

van apareciendo en nuestro país expertos del primer y del tercer mundo para hablarnos de ese creciente discurso de tolerancia cero y de máxima seguridad ciudadana.

Las expresiones del profesor RAUL ZAFFARONI en obra reciente tienen gran contenido y significado, pues nos recuerda que, “el poder punitivo en América Latina se ejerce mediante medidas de contención, para sospechosos peligrosos, o sea que se trata en la práctica de un derecho penal de peligrosidad presunta que sobre la base de esta impone penas sin sentencia condenatoria formal a la mayor parte de la población prisionizada. Dicho en otros términos más claros: aproximadamente tres cuartas partes de los presos latinoamericanos están sometidos a medidas de contención por sospechosos (prisión o detención preventiva). De ellos casi un tercio serán absueltos. Esto significa que en una cuarta parte de los casos los infractores son condenados formalmente y se les hace cumplir sólo un resto de pena; en la mitad del total de casos, se verifica que el sujeto es infractor pero se considera que tiene cumplida la pena que se ha ejecutado con el tiempo de la prisión preventiva o medida de mera contención; en la cuarta parte restante, no se puede verificar la infracción y, por ende, el sujeto es liberado sin que se le imponga ninguna pena formal”.¹⁴

3.7 CLASIFICACIÓN DE LAS DROGAS

Según su grado de dependencia, las drogas se pueden clasificar en: drogas duras y drogas blandas.

¹⁴ ZAFFARONI Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 69.

Las drogas "duras", son aquellas que provocan una dependencia física y psicosocial, es decir, que alteran el comportamiento psíquico y social del adicto, como el opio y sus derivados, el alcohol, las anfetaminas y los barbitúricos.

Las drogas "blandas" son las que crean únicamente una dependencia psicosocial, entre las que se encuentran los derivados del cáñamo, como el hachís o la marihuana, la cocaína, el ácido lisérgico, más conocido como LSD, así como también el tabaco.

Esta división en "blandas" y "duras" es cuestionada por muchos estudiosos del tema ya que consideran que se podría sugerir con ella que las "duras" son malas y, por consiguiente, las "blandas" son buenas o menos malas y no es así, ya que a partir de determinadas dosis y según la forma de ser administradas, las drogas "blandas" pueden tener efectos tan nocivos como las "duras".

La dependencia es el estado del individuo mediante el cual crea y mantiene constantemente un deseo de ingerir alguna sustancia. Si éste deseo se mantiene por mecanismos metabólicos y su falta crea un síndrome de abstinencia, se denomina dependencia física. Si la dependencia se mantiene por mecanismos psicosociales, suele definirse como dependencia psíquica o psicosocial.

3.7.1 POR EL ORIGEN

Se dividen en:

1- Drogas naturales: son aquellas que se recogen indirectamente de la naturaleza para ser consumidas por el individuo, tales como: marihuana, hoja de coca, hongos, opio, etc.

2- Drogas semi sintéticas: cuando por procesos de laboratorio de las drogas naturales se obtiene otra sustancia. Ejemplo: heroína, cocaína. La primera se obtiene a partir de sustancias extraídas de la savia de la amapola, y la segunda a partir de las hojas de coca.

3- Drogas sintéticas: son aquellas sustancias producidas o elaboradas sólo en laboratorios a partir de elementos químicos, ejemplo: éxtasis, barbitúricos, etc.

También podemos clasificarles por sus usos como:

a.- Drogas sociales: son drogas cuyo consumo es aceptado en el entorno social; es decir, están vinculadas con las costumbres de una población o grupo social. Ejemplo: alcohol, cigarrillo, cafeína (cuando ingerimos café en exceso).

b.- Drogas folclóricas: son sustancias cuyo uso forma parte del legado cultural de algunos pueblos y en su gran mayoría se asocia su uso a un origen místico, utilizado por los ancestros en forma continua. Ejemplo: la costumbre de masticar hojas de coca (coquear).

c.- Drogas terapéuticas: aquellas sustancias de uso médico legal, son prescritas por un profesional de la salud, y consumidas por fines terapéuticos. Se las debe llamar medicamentos y no drogas, ejemplo: valium, morfina.

3.7.2 POR LOS EFECTOS

Cuando definimos droga aclaramos que sus efectos se producen invariablemente sobre el sistema nervioso, es decir que se las considera sustancias psicoactivas. Los síntomas neuropsicológicos son tan variados que se las clasificó en cuatro grandes grupos:

1- Estimulantes: aceleran el funcionamiento del sistema nervioso.

2- Depresoras: disminuyen la transmisión de estímulos en el sistema nervioso.

3- Alucinógenas: generan percepciones distorsionadas de la realidad como visiones, audiciones y sensaciones irreales.

4- Narcóticos: la palabra deriva del griego y significa “cosa capaz de adormecer y sedar”. Ejemplos: tranquilizantes, somníferos, anestésicos.

3.8 LEY PENAL 108 DE TRÁFICO DE DROGAS

Art. 3.- Ámbito de la Ley.- La presente Ley abarca todo lo relativo a:

1.- El cultivo de plantas de las que se pueden extraer elementos utilizables para la producción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, y cualquier forma de cosecha, recolección, transporte, almacenamiento o uso de frutos o partes de esas plantas;

2.- La producción, elaboración, extracción o preparación, bajo cualquier procedimiento o forma y en cualquier fase o etapa, de materias primas, insumos, componentes, preparados o derivados de las sustancias sujetas a fiscalización;

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

4.- La oferta, venta, distribución, corretaje, suministro o entrega, bajo cualquier forma o concepto, de las sustancias sujetas a fiscalización;

5.- La prescripción, dosificación o administración de sustancias sujetas a fiscalización;

- 6.- La preparación en cápsulas, pastillas o en cualquier otra forma de las sustancias sujetas a fiscalización, su envase o embalaje;
- 7.- El almacenamiento, la remisión o envío y el transporte de las sustancias sujetas a fiscalización, de sus derivados, preparados y de los insumos, componentes, precursores u otros productos químicos específicos necesarios para producirlas o elaborarlas;
- 8.- El comercio, tanto interno como externo, y, en general, la transferencia y el tráfico de las sustancias sujetas a fiscalización y de los componentes, insumos o precursores u otros productos químicos específicos necesarios para producirlas o elaborarlas;
- 9.- La asociación para ejecutar cualquiera de las actividades que mencionan los numerales precedentes, la organización de empresas que tengan ese propósito y la gestión, financiamiento o asistencia técnica encaminada a posibilitarlas;
- 10.- La conversión o transferencia de bienes o valores que procedan de la ejecución de las actividades mencionadas en los numerales precedentes y la utilización, "blanqueo o lavado" de los recursos obtenidos de la producción o tráfico ilícito de las sustancias sujetas a fiscalización; y,
- 11.- Las demás actividades conexas con esta materia. ¹⁵

3.9 UBICACIÓN GEOGRÁFICA DEL ECUADOR CON RESPECTO AL NARCOTRÁFICO

¹⁵ LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS.

El Ecuador por su ubicación geográfica es extremadamente apetecible para los carteles internacionales y las mafias europeas, ya que ven en los puertos ecuatorianos una pista de salida de las drogas para diversos puntos del mundo.

El narcotráfico genera un espectro de amenazas: vida, medio ambiente, paz, capital social, democracia e institucionalidad. El Ecuador presenta debilidades como la proximidad de Colombia y Perú, corrupción, dolarización y una extensa red vial. La amplia presencia estatal en un territorio compacto, en cambio, es una fortaleza. La virtual ausencia de cultivos de coca nos libra de la violencia colectiva masiva y las presiones políticas, pero el tránsito por el país es extremadamente grave.

Según Otra de las desventajas geográficas que sufre Ecuador en materia de narcotráfico es la cercanía con los grupos paramilitares que operan dentro de Colombia, según nuestra óptica, Ecuador ya no tiene frontera con Colombia, la frontera ahora es con las FARC.

3.10 PERFILES DEL NARCOTRAFICANTE

Los narcos son hombres jóvenes, con poca educación formal y provenientes de familias de escasos recursos económicos; habiendo dejado la escuela cuando estaban en secundaria. El prototipo del vendedor de droga tiene aspiraciones económicas altas que con su nivel de vida nunca podrá satisfacer.

Los criminales son impacientes. Para ellos, estudiar mucho tiempo para obtener un título, les parece demasiado lejano. De hecho, el mercado informal sería una profesión bastante provechosa para los narcos. Aún más, estudios recientes de criminología han demostrado que al narcotraficante le disgusta

sobremanera ser empleado y poseen características psicológicas particulares que los hacen buenos para los negocios; por ejemplo, les gusta el riesgo, son calculadores en su toma de decisiones y les gusta emprender (Fields 1986). (Farilie 2002).¹⁶

Las razones por las cuales los narcos parecen no tomar la vía del autoempleo son varias. Una de ellas es claramente económica: la falta de capital inicial. emprender un negocio requiere capital o crédito, ambos son bastante difíciles de obtener para los jóvenes. El crédito formal está prácticamente restringido para personas sin historial crediticio y el crédito informal, como casas de empeño y usureros comunitarios, cobran tasas de interés demasiadas altas.

Otra razón por la cual los narcos no incursionan en el autoempleo legal puede encontrarse nuevamente en su perfil psicológico. Los narcos decidieron no ser comerciantes sino criminales porque, al menos en parte, tienen un gusto muy desarrollado por el poder.

Ser narcotraficante les permite acceder no sólo a un grupo temido por la sociedad en común, sino vivir por encima de la ley, disfrutando del poder que da el rompimiento de las reglas.

Los trabajos que se ofrecen a las personas que tienen mayor propensión criminal son empleos mal pagados, inexistentes o de baja responsabilidad. Dichas oportunidades son desagradables para los candidatos.

Los líderes de cárteles no quieren ser empleados, quieren ser hombres de negocios y de hecho, poseen las características de las personas que triunfan en el autoempleo; son ambiciosos, toman riesgos y disfrutan de la autonomía. Su personalidad sin embargo, es un arma de dos filos.

¹⁶ http://www.gov.harvard.edu/files/uploads/Rios_EstePais_DealersS.pdf

Poner en marcha programas y apoyos para el auto-empleo puede ser un mecanismo bastante exitoso y relativamente fácil de llevar a cabo. Hay mucho talento empresarial en las prisiones de alta seguridad. Es nuestra tarea impedir que sólo se quede ahí.

3.11 EL NARCOTRÁFICO COMO ACTIVIDAD

El narcotráfico es una de las actividades ilícitas que tiene una relación muy amplia entre otros delitos: tráfico de personas, tráfico de armas, lavado de dinero, corrupción, entre otras. Esto significa que un país que tenga una alta actividad de narcotraficantes tendrá una gran debilidad en cuanto a la seguridad de sus habitantes como de sus instituciones.¹⁷

El narcotráfico se empezó a desarrollar desde épocas lejanas. Lo cual afectó la economía y se aumentaron los problemas sociales y crece como una actividad que ofrece enormes ganancias a los narcotraficantes.

En el Ecuador, el narcotráfico inicia en la zona norte de Sucumbíos, frontera con Colombia, donde poblaciones como “Puerto Nuevo” y puerto “El Carmen” son los puntos de acopio de la coca. En esa primera parte del tráfico están comprometidas las mafiosas FARC. Los narcotraficantes de ese grupo en armas, que hasta hace poco tiempo tenían como santuario territorio ecuatoriano, son los encargados del acopio de la base de cocaína y de organizar su traslado hasta Esmeraldas, provincia costera ecuatoriana.

La droga viaja por rutas secundarias desde la Amazonía para regresar a Colombia a través del departamento de Nariño. Al otro lado de la frontera, se

¹⁷ www.monografias.com/trabajos89/el-narcotrafico-delito/el-narcotrafico-delito.shtml#ixzz30Mkhm9jh

encuentran los laboratorios más grandes para el procesamiento de clorhidrato de cocaína, con una producción de cientos de toneladas mensuales.

El estupefaciente refinado retorna vía fluvial o terrestre a Ecuador y luego es enviado al exterior.

CAPITULO IV

APLICACIÓN Y ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

4 PROPÓSITO Y ALCANCE

El propósito es que los jueces tengan la posibilidad de poner las penas una vez que se realice el ejercicio de proporcionalidad entre el bien lesionado y el mal que se va a poner al procesado por el delito por el cual acusa la Fiscalía.

4.1 APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El nuevo rol de los jueces en el Ecuador es de un papel fundamental en la administración de justicia. Por lo tanto, los derechos de las personas deben tener como garantes a las cortes, tribunales y jueces pues son ellos los que aplican la normativa jurídica día a día. El poder Judicial cumple un rol fundamental frente al poder del Ejecutivo y del Legislativo, pues es como un mediador que tercia entre los excesos o el desconocimiento que consciente o inconscientemente se cometen por parte de los otros dos.

Si el juez no pondera ni argumenta, el fallo inevitablemente violará el debido proceso, por falta de motivación y a la seguridad jurídica. Los jueces pueden y deben corregir los excesos de los otros poderes del estado y esos

excesos son, a veces, exagerados en cuanto al uso del *ius puniendi*. En consecuencia, a mayor poder del Estado, mayor control judicial.¹⁸

Se supone que son los jueces, aquellos servidores públicos, quienes creen en mayor grado en la necesidad de que los seres humanos puedan ejercer sus derechos. Esto reviste de un compromiso ético y de una probidad que acompañada del conocimiento jurídico y las convicciones democráticas deben operar en la defensa del ser humano y la protección de su dignidad y autonomía. Sin alejarnos del tema planteado, vale decir, que es el juez o la jueza una persona que presupone sabiduría jurídica, cultura humanista y sensibilidad democrática para un fin muy particular en la salvaguarda de los derechos humanos.

Sin duda, en este capítulo se busca brindar herramientas necesarias y avaladas por una experiencia tanto nacional como internacional en la construcción de una sociedad de derechos vivos, garantizados por los jueces que adoptan una postura imparcial frente al poder político y cualquier otra circunstancia que pueda torcer el derecho de aquellos que esperan su ejercicio correcto propio de hombres y mujeres idóneamente preparados para ello: la defensa de los derechos humanos. Esperamos que este propósito pedagógico pueda ilustrar de la mejor manera para el buen ejercicio del derecho y la aplicación de justicia.

Aunque al legislador le incumbe examinar la proporcionalidad de los actos que emite respecto de su intervención en los derechos fundamentales, en la mayoría de las ocasiones la violación de éstos por una medida legislativa desproporcionada se pone de manifiesto luego de someterse su constitucionalidad a revisión judicial y, en especial, por su aplicación en casos de

18 Ramiro Ávila Santamaría. *El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad*, en: Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 349.

circunstancias especiales, imprevistas por el legislador. Es por esta razón, que el principio de proporcionalidad contempla dos aristas importantes de campo de acción. Por un lado, se trata del legislativo que dicta las leyes, por el otro, del poder judicial que vela por su aplicación y castiga a los que la incumplen.

La Corte Constitucional ecuatoriana en su sentencia No. 002-09-SAN-CC (Caso 005-08-AN) publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566 de 8 de Abril de 2009 reconoce que cuando hay dos principios constitucionales constitutivos de normas que enuncian derechos subjetivos de las personas, los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos, y su estructura hace necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticos inherentes al Estado legal. Mientras que las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante ponderación. Por ese motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales.¹⁹

Desde que este principio es aceptado y valorado dentro de la Corte (en casos que se verán más adelante), la ponderación de los derechos al sopesar los principios que han entrado en colisión en el caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso concreto. Como se puede apreciar, en primer lugar se ha creado la necesidad de un método de interpretación distinto al

19 Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neo constitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad y proceso constitucional. Un caso: La declaración patrimonial*, Guayaquil, 2009, p.84-85.

viejo Estado de Derecho y se ha considerado el método ponderativo como el más adecuado.²⁰

Para entender de mejor manera el significado de “viejo Estado de derecho”, y los alcances que el control jurídico ha tenido sobre el poder público en la historia, es necesario recordar lo que dijo el tratadista “Rubén Sánchez Gil”

De ser un simple instrumento de poder, el derecho pasó a ser una garantía contra el abuso de su ejercicio, con diversos grados de sujeción para la actividad estatal. Así hemos ido del Estado despótico al llamado Estado de derecho, y de éste al actual Estado constitucional democrático [...] Al igual que el Estado de derecho, el estado constitucional sostiene el deber del poder público de someterse a la ley y a la Constitución.

Esta es la postura oficial de la Corte Constitucional que han asumido de manera unánime sus miembros y, consecuentemente, es guía forzada para los jueces ordinarios que dictan sentencias concernientes a procesos derivados de acciones constitucionales en la búsqueda de proteger a los ciudadanos ecuatorianos. Con este asentimiento general hacia los métodos interpretativos como el de ponderación y, por supuesto, el de proporcionalidad, se hace indispensable la reflexión en torno al ejercicio propiamente interpretativo y a la manera como se puede abordar.

Los procesos de acción de protección, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad y seguramente lo concerniente a tutelaje de derechos, tienen como fin la declaración de nulidad de los actos materialmente legislativos que sean contrarios a las prescripciones constitucionales. Si se toman estos

²⁰ Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neo constitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad y proceso constitucional. Un caso: La declaración patrimonial*, p. 85.

instrumentos de control como integrantes de un sistema procesal se podrán apreciar aspectos procesales generales y comunes a ellos. Bajo esta perspectiva, es de vital importancia conocer cada uno de los elementos constitutivos de la argumentación que configuran el ejercicio interpretativo que va a conducir a la aplicación del principio de proporcionalidad.

En Ecuador existe un modelo mixto de control constitucional. Por un lado, control concentrado, el máximo juzgador constitucional interpreta, con carácter generalmente obligatorio, la constitucionalidad de una ley y en los casos en los que los jueces duden sobre su aplicación; por otro, control difuso, el juzgador ordinario tiene competencias constitucionales, en el caso concreto, por el que puede inaplicar una ley que considere inválida.²¹

4.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL EN EL ECUADOR

En nuestra Constitución no existe disposición alguna que establezca clara y expresamente el principio de proporcionalidad y sus principios, Sin embargo en el numeral 2 del inciso segundo del Art. 3 de nuestra Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,²² se dice muy brevemente lo siguiente:

Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en

21 Op.cit., Ramiro Ávila Santamaría. *El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad*, p. 329.

22 La LOGJCC fue creada con el fin de asegurar que toda disposición jurídica sea susceptible de control judicial constitucional, que proporcione al juez herramientas conceptuales, técnicas prácticas, pautas concretas y específicas a fin de examinar la constitucionalidad material y formal del proceso de producción normativa, promoviendo la participación popular en dicho proceso

cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.²³

Generalmente, dicho principio es resultante de un esfuerzo interpretativo y argumentativo de los tribunales. Sin embargo, este principio puede estar implícito en algún enunciado constitucional que, debidamente analizado, le dará al principio rango constitucional, que permita fundamentar el hecho de que el Tribunal Constitucional (en Ecuador, Corte Constitucional) lo utilice como criterio para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes

Los derechos fundamentales desempeñan el papel central de control de constitucionalidad de las leyes que se lleva a cabo desde su misma perspectiva. Este control trata de establecer si las leyes que intervienen en el ámbito de los derechos están viciadas de inconstitucionalidad, generándose de esta forma conflictos en la limitación de los derechos fundamentales. Verdaderamente existen conflictos entre los derechos fundamentales y sus límites, en la medida de que entre derechos fundamentales y sus límites están los derechos de terceros. Ocurre que esta forma de expresarse es muy alejada de la realidad, ya que hace pensar en una colisión entre derechos cuando la colisión es entre derecho fundamental y sus límites.

Es cierto que las expectativas de conducta amparadas en un derecho fundamental en ocasiones sólo pueden hacerse realidad a costa de otras expectativas de conducta objeto de protección constitucional o infra constitucional. Insultar a una persona puede ser una expectativa de conducta objeto de libertad de expresión, pero la protección del insulto lo es a costa del honor del insultado.

²³ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, en: *Constitución de la República del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Este hecho provoca la falsa apariencia de que hay un conflicto entre el derecho fundamental y los derechos, bienes o intereses que cobijan aquellas otras normas constitucionales o infra constitucionales.

La imposición de los límites que correspondan al derecho fundamental examinado en cada caso, constituye un momento capital del método expuesto de delimitación de los derechos fundamentales. Pero en ocasiones no basta con fijar e imponer esos límites para hallar la regla jurídica concreta, por la que se resolverá finalmente si determinada conducta es o no objeto del derecho fundamental. Puede ocurrir que el límite no se plasme únicamente en la negación de la garantía ius fundamental a una determinada conducta (por ejemplo, el insulto no está garantizado por la libertad de expresión) y que requiera ser concretado en su alcance y los medios específicos de su aplicación al derecho.

En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental así como el principio de efecto recíproco. A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo, de manera que el límite cumpla su función, sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo.

Así, la LOGJCC, habla expresamente del Principio de Proporcionalidad y establece, entre otras normativas alusivas al principio, la acción de interpretación en el Capítulo III del Título V de dicho documento. Además, en el Título I de las

Normas Generales en el artículo 3 ídem, se habla expresamente de los métodos y las reglas de interpretación constitucional en el que se afirma: Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

La LOGJCC dictamina los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento y, si existe contradicción entre las normas jurídicas, se aplicará la regla en vigencia frente a la derogada o anterior (principio cronológico); la jerárquicamente superior frente a la inferior (principio de jerarquía); o la especial prevalecerá frente a la ordinaria (principio de especialidad). De esta manera quedan consagradas en la Constitución las reglas de interpretación que ayudarán a interpretar mediante un recto ejercicio del derecho ecuatoriano para que los jueces y juezas puedan ampararse en un instrumento idóneo para impartir justicia como operario de la justicia en un nivel sumamente privilegiado y de sumo compromiso y rigurosidad como la Corte Constitucional.

Sin embargo, hay un inconveniente de procedimiento, al no poder establecer con claridad el instrumento a seguir en un campo tan difuso, como es el interpretativo por su carácter subjetivo principalmente. Como regla interpretativa tenemos la del Principio de Proporcionalidad de la que se establece lo siguiente:

Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para

garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

Renglón seguido, la Ley habla acerca de la ponderación y dictamina que: “Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Es indicativo de la norma tanto lo procedimental como el espíritu de realizar la mejor tarea interpretativa en el caso que se juzga para que el derecho siempre sea el menos afectado. De esta manera, tanto el principio de proporcionalidad como la ponderación son herramientas entre otras reglas, en la solución de antinomias y la prevención en contra de derechos fundamentales vulnerados.

La finalidad del principio de proporcionalidad es evitar que se vulnere el contenido esencial de los derechos, o también, pueda fundamentar estructuralmente las decisiones de los operadores de justicia en el control de constitucionalidad de las medidas limitativas de los derechos fundamentales.

Es por esto que, cuando se aplica el principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional indaga por el propósito que se persigue y si éste es constitucional y legítimo. La Corte debe establecer si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas medidas que revisten la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto.

Por último, se evalúan si las ventajas que se pretenden con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad. En el derecho constitucional, el principio de proporcionalidad responde especialmente a la

necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a los derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa.

Estriba a grandes rasgos, en que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental u otro principio constitucional, sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional; así que es un criterio que sirve para determinar si la intención legislativa en un derecho fundamental es legítima o no.

De este modo, el principio de proporcionalidad cumple una función argumentativa en la interpretación de los derechos fundamentales afectados en un caso concreto, para determinar el significado preciso de las disposiciones constitucionales que los contienen. El examen de los principios de la proporcionalidad es el proceso metodológico por el cual se construye una interpretación de las disposiciones constitucionales y legales relevantes al caso, formulando en último término una norma de precedencia a favor de alguno de ellos. En el ámbito del derecho constitucional, el uso del principio de proporcionalidad se apoya también en las directivas de interpretación que ordenan dar a las disposiciones constitucionales la máxima efectividad real posible e interpretarlas sistemáticamente como una unidad normativa.²⁴

La primera directiva se basa en la naturaleza jurídica de la Constitución. Como la Ley Suprema está llamada a regular normativamente la realidad política y social, los operadores jurídicos estatales administrativos y jurisdiccionales deben procurar dar a sus disposiciones la máxima efectividad posible, para que incidan en el sentido de la conducta humana. Afiliado a esta directiva de

²⁴ Oscar José Dueñas, *Hermenéutica jurídica*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005, p.67.

interpretación constitucional, encontramos el principio *pro homine* (principio entendido como la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana), que lleva a dar un alcance más extenso a las disposiciones que garantizan los derechos humanos o fundamentales y, en contrapartida, a interpretar del modo más estricto a aquellas que los menoscaban derivada de la progresividad de tales derechos.

También tenemos al principio *pro-actione* también llamado principio de acceso libre a la justicia, ya que no ha de estar sujeto a condicionamientos excesivos, lo cual conduce a rechazar requisitos legales para la admisión de demandas o recursos que sean poco razonables o restrinjan injustificadamente dicho acceso. Además, en virtud de esta derivación del derecho a la jurisdicción se ha reconocido el principio *pro-actione* como el deber de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la admisibilidad de la acción, lo que también obliga a evitar todo pronunciamiento de inadmisibilidad por defectos que puedan ser subsanados sin dar la oportunidad de hacerlo.

La segunda directiva se refiere a la interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales, en otras palabras, es preciso interpretar la Constitución partiendo de su unidad, es decir, como si fuese un sistema. La interpretación sistemática de la Constitución fundada en el principio de unidad de la misma, lleva a buscar la concordancia práctica de las normas fundamentales.

4.3 ASPECTOS PROCEDIMENTALES A NIVEL CONSTITUCIONAL

En el derecho procesal constitucional se establecen las pautas y dinámicas a seguir en los procesos de índole constitucional. En éste se estudian

determinadas garantías procesales penales, civiles y administrativas como la tutela judicial efectiva, el debido proceso, el derecho de defensa, el principio de legalidad y, obviamente, el principio de proporcionalidad, entre otros. Lo que aquí se plantea es un estudio de las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional.

En el derecho procesal constitucional se establece principios que han de compartirse con otras ramas como el derecho penal y civil pero que han resultado incorporados en la propia Constitución. Por lo tanto, es vital que exista un procedimiento que asegure el acatamiento y la reparación de los perjuicios causados por su vulneración. Por esta razón, el derecho procesal constitucional se encuentra legislado en los diversos códigos y leyes sobre procedimientos constitucionales en casi todos los países de Europa y América. Por lo tanto, se presume de una autonomía que cuenta con sus propios principios y con una teoría, con unas normas que regula la parte orgánica, además de la actividad jurisdiccional, es decir, la potestad de administrar justicia y las normas que presiden el procedimiento en lo procesal.²⁵

El derecho procesal constitucional se configura de varios elementos en los que se establece la supremacía de las normas constitucionales. Por esta razón, constituye el fundamento del juicio de constitucionalidad de las leyes, determina su validez y pertenencia al sistema jurídico. La supremacía constitucional es un concepto de la normativa constitucional y, por lo tanto, de carácter sustantivo, pero es también propio para los fines del derecho procesal constitucional.²⁶

El principio de proporcionalidad como componente importante del derecho constitucional, abre una jurisdicción constitucional que tiene la potestad de

25 Op.cit., Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neo constitucionalismo*,... p.40

26 Op.cit., Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neo constitucionalismo*,... p.42

impartir justicia por parte de los jueces y magistrados. Comprende la facultad de juzgar, y hacer ejecutar lo juzgado incluso a través de otras autoridades. La Constitución crea la competencia y la reparte entre órganos judiciales ordinarios y la Corte Constitucional.

Dado lo anterior en cuanto a los rasgos más determinantes del derecho procesal constitucional, se tiene que comprender que por ningún motivo se debe descuidar la *interpretación* y la aplicación de las normas propias del derecho procesal constitucional por parte de los operadores jurídicos y de sus principios como el de informalidad, celeridad, preferencia, sumariada, buena fe, inmediación, entre otros. Justamente, es por esta importante salvedad que el principio de proporcionalidad tiene tantas ventajas en su aplicación, como también tanta demanda en cuanto a su rigurosa aplicación. En consecuencia si se podría incluir a la proporcionalidad como método del procedimiento.

De esta manera se debe responder a las exigencias de certeza y predeterminación jurídica que fluyen de las formas jurisdiccionales pero operando sobre normas abiertas, indeterminadas y ambiguas que caracterizan a los derechos constitucionales positivizados en la Constitución como normas sustantivas o principios constitucionales.

La ductilidad, maleabilidad o flexibilidad de las normas procesales constitucionales legisladas o codificadas conceden una importancia destacada a la jurisprudencia. Igualmente es de destacar que las decisiones de los jueces en cuanto a la protección de derechos constitucionales y de la Corte Constitucional en lo que a control normativo se refiere, constituyen el cierre del sistema jurídico y, por eso, son mucho más libres de ponderar el valor de las normas procesales y su grado imperativo, ya que no existe control jurídico sobre sus decisiones a

excepción de las sentencias judiciales que lesionen derechos constitucionales de las personas contra las que cabe la Acción extraordinaria de protección.

En términos procedimentales del derecho constitucional, es de vital importancia comprender que el control constitucional de todo el sistema jurídico necesario para que sea unitario y coherente y sirva para que la justicia ideada para la comunidad en general sea real, requiere de un mecanismo de defensa jurisdiccional que debe ser asumido por sujetos y un órgano ajenos al proceso de producción normativa. Éstos, mediante procesos constitucionales y las formas que prevé el derecho procesal constitucional, interpretarán y aplicarán la norma constitucional en el caso concreto decidiendo una sentencia e invocando, ante todo, la Constitución.²⁷

4.4 CONTENIDOS ESENCIALES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El argumento jurídico es uno de los más frecuentes y reviste una gran importancia en el ámbito jurisdiccional, pues con él se recurre a la jurisprudencia y a la doctrina que son sus vertientes principales. La teoría de la argumentación o del debate, abraza las artes y las ciencias del debate civil, dialéctica parlamentaria, diálogo, conversación y por supuesto la persuasión. Estudia las reglas de la inferencia, la lógica y las reglas de procedimiento en ambos sistemas. La argumentación se preocupa principalmente de llegar a conclusiones a través del razonamiento lógico, es decir, afirmaciones basadas en premisas.

Aunque en la teoría de la argumentación se incluye el debate y la negociación, las cuales están dirigidas a alcanzar unas conclusiones de mutuo

²⁷ Op.cit., Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neo constitucionalismo...* p.45

acuerdo aceptables, la misma nos lleva a justificar el test de proporcionalidad, ya que es aquí en donde los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental.²⁸

Este arte y ciencia es con frecuencia el medio por el cual algunas personas protegen sus creencias o propios intereses en un diálogo racional, en simples coloquios o durante el proceso de argumentación y defensa de ideas.

La argumentación es usada en la ley, en los juicios, para probar y comprobar la validez de ciertos tipos de evidencias. Los estudiantes de argumentación estudian las racionalizaciones *post hoc* mediante las cuales un individuo organizado puede justificar decisiones que han sido realizadas de forma irracional. El argumento de prestigio que se caracteriza con más claridad es el argumento jurídico, el cual utiliza actos o juicios de una persona o de un grupo de personas como el medio de prueba a favor de una tesis.

En tanto la norma jurídica, la interpretación constitucional ha de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de derecho.²⁹

A tal efecto pueden considerarse como ejemplos de argumento de autoridad por el órgano que las emite, en este caso de la Corte de Nacional de Justicia, quien emite su criterio revistiéndolo de los juicios que lo sustenten.

Así, por ejemplo, se establece que los anteriores argumentos son fundados y suficientes para revocar la sentencia que se revisa, atendiendo a que la Corte en Pleno ha venido sustentando el criterio en el sentido de que la

28 Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 795.

29 Comisión Andina de Juristas, *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, Lima, Ciedla, 1997, p.26

inconstitucionalidad de una ley no deriva de su contradicción con otra ley ordinaria, sino de su pugna con la Constitución. Por tanto, interpretar la Constitución es interpretar una norma jurídica, pero de especiales características que se vinculan a ciertas circunstancias dentro de un país.³⁰

La función esencial de los procedimientos judiciales, en los cuales cabe la argumentación jurídica, es básicamente elegir o dictaminar entre las dos posiciones adversas, más que intentar lograr una posición intermedia y satisfactoria para ambas partes. Lo primero que hay que advertir es que se trata de un procedimiento racional que logra en una situación concreta, en la que colisionan principios constitucionales, determinar el que vence por tener mayor peso y así decidir la controversia. La ponderación como método pretende encontrar el camino para llegar al equilibrio entre los principios en conflicto y para hallar finalmente su compatibilidad. De ahí que “Bernal Pulido” nos dice:

La regla que establece una relación de precedencia condicionada, producida como resultado de una ponderación, debe ser aplicada a todos los casos idénticos y análogos. La inaplicación de una regla de estas características a un caso idéntico o análogo debe fundamentarse con argumentos que tengan un peso mayor que los argumentos que juegan a favor de la aplicación de la regla.³¹

Jorge Zavala señala que, “por el contrario, con la ponderación siempre debe prevalecer uno que derrota al que se le ha puesto al frente para contradecirlo, debe prevalecer el que proporciona la justicia del caso”.³²

30 Op.cit., Comisión Andina de Juristas, *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, p.26

31 Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 795.

32 Op.cit., Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neo constitucionalismo*,...p.86.

El derecho es esencialmente una actividad argumentativa que tiene que ver con el lenguaje, con la lógica y con otras formas de argumentación un tanto soslayadas en la cultura jurídica contemporánea, como la tópica (es la parte de la retórica en sentido amplio que contiene el arsenal de ideas o argumentos con los cuales, por un lado, el orador piensa y organiza su pensamiento); la retórica (la técnica de expresarse de manera adecuada para lograr la persuasión del destinatario); y, la dialéctica (constituye el discurso en el que se contraponen una determinada concepción o tradición, entendida como tesis, y la muestra de los problemas y contradicciones, entendida como antítesis).

De esta confrontación surge, en un tercer momento llamado síntesis, una resolución o una nueva comprensión del problema).

La idea que ha constituido un paradigma, en el mundo contemporáneo, de que la esencia del derecho reside en la norma, o que el derecho consiste en ciertas acciones subjetivas del juzgador, han sido poco a poco desplazadas por las nuevas teorías, de fundamento filosófico que muestran más bien que el derecho es una actividad práctica (aunque es relativa ya que la teoría tiene también una enorme trascendencia), incluso más, una especie dentro del género amplio de la argumentación práctica, tal como se da especialmente en el discurso ético y moral.

La argumentación jurídica ha pasado a tener en la cultura jurídica contemporánea un valor singular gracias a varios factores que tomados conjuntamente ofrecen una explicación satisfactoria. En primer lugar, las concepciones del derecho características del siglo XX no han tomado en consideración que el derecho es una actividad hermenéutica.

La interpretación es un lenguaje en acción, lenguaje destinado a persuadir y convencer con el fin de establecer una cierta pretensión, sea de justicia o de verdad.

Otro factor es de carácter práctico ya que el derecho es una actividad en la que los actores que intervienen deben dedicar un esfuerzo significativo a argumentar. Esto se ve con evidencia en el juicio oral y es característico de los actuales estados constitucionales de derecho en el que la interpretación de las normas implica otorgarle sentido.³³

En esta dimensión ha influido notablemente el derecho anglosajón que tradicionalmente ha sido un derecho argumentativo. Observa que los derechos continentales han aceptado e incorporado en sus prácticas la argumentación como núcleo central de la actividad de los jueces, pero también de los legisladores.

Un tercer factor es el paso del Estado legislativo al Estado constitucional, es decir, un estado en el que la Constitución contiene un principio dinámico del sistema político jurídico, esto es, la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales. Los derechos fundamentales que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del derecho son mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes. Esto trae como consecuencia que el poder estatal ve limitado su poder en tanto tiene que justificar en forma clara sus decisiones. El estado democrático y las prácticas democráticas exigen también que el juez no tome sus decisiones exclusivamente mirando hacia el interior de la institución jurídica, sino que debe hacerlo de cara a la comunidad ante la cual en definitiva debe responder.

³³ Op.cit., Comisión Andina de Juristas, *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, p. 23

Es así como el poder legislativo está orientado a la defensa de la Constitución y de los derechos recogidos en ésta y el constitucional a una interpretación con sentido.³⁴

Todo ello supone en un estado constitucional el sometimiento completo del poder al derecho y a la razón. En definitiva, la regla más universal de control que rige la vida racional de los hombres es la regla de la razón. A cada momento en las disputas coloquiales y técnicas se suele aceptar un argumento por el grado de razón o no que contenga. La presencia o la ausencia de razón validan o desmoronan un argumento y por tanto una pretensión de justicia o de verdad.³⁵ Por último, la democracia presupone a ciudadanos capaces de argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y las decisiones de la vida en común. Habermas, quien pregona que la modernidad es un proyecto inacabado y siguiendo con la teoría crítica de los fundadores de la Escuela de Frankfurt, repiensa:

No es suficiente una racionalidad de los medios o instrumental, básica en la resolución de problemas técnicos; es precisa una racionalidad de las finalidades, que fomente la emancipación humana. Ahora bien, una racionalidad emancipadora exige que los individuos coordinen su acción con comunicación y consenso libre y racional, o sea, exige racionalidad comunicativa.

Ya en el aspecto netamente jurídico, la tradición ha centrado su atención en el razonamiento que debe hacer el magistrado al sentenciar, de ello tratan los textos de metodología del derecho, de razonamiento judicial y de argumentación jurídica.

34 Op.cit., Comisión Andina de Juristas, *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, p. 58

35 Hans Albert, *Razón crítica y práctica social*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 344.

En esta perspectiva, el juez no soluciona el conflicto, sino que promueve imparcialmente el debate a fin que éste esclarezca el conflicto por los medios de crítica más racionales posibles. De modo que, si el debate fue pobre o superficial, el magistrado no puede resolver el conflicto, salvo en contra de quien tuviera la carga de la prueba.

Es así que la prueba tampoco se constituye gratuitamente en un elemento a favor de las alegaciones, sino que es expuesta a examen en un debate, y solo si sobrevive al mismo es una auténtica prueba.

Es necesario interpretar la racionalidad jurídica de acuerdo con la teoría del discurso. No cabría hablar de una conexión necesaria entre la racionalidad discursiva y la jurídica, si con las afirmaciones y decisiones jurídicas no se planteara necesariamente una pretensión de corrección. El que se plantee necesariamente tal pretensión se pone de manifiesto, entre otras cosas, porque un fallo que negara explícitamente esta pretensión incluiría una contradicción y, por ello, sería incorrecto no sólo por razones morales. La argumentación jurídica supone un develamiento de la verdad progresivo que demanda de los operadores de la justicia, y en particular, del juez o jueza un sentido de justicia y ecuanimidad únicos para sopesar los argumentos y, bajo la ley y sus instrumentos, fallar en derecho. Justamente el principio de proporcionalidad obliga a un ejercicio cuidadoso de la ponderación de elementos junto con sus conclusiones.

La aplicación siempre se presenta en un caso concreto y lo que se busca es la solución a un conflicto específico. No se trata de establecer alguna regla para solventar los conflictos solucionando de manera unívoca todos los supuestos individuales, sino de dar solución únicamente al caso teniendo en cuenta sus

circunstancias particulares que no tienen por qué repetirse en otros supuestos de colisión.

La motivación tiene por finalidad evidenciar que, el fallo es una decisión razonada en términos de derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, lo que se logra también con la motivación es controlar la independencia de los jueces, sean de la Corte Nacional de Justicia como de la Corte Constitucional, ya que las consecuencias que se deriven de su falta pueden vulnerar gravemente la seguridad jurídica garantizada por el Estado. En cambio, en la argumentación jurídica como uno de los aspectos relevantes del neo constitucionalismo, se debate el problema de la especificidad de la interpretación constitucional.

Ahora bien, una vez que hemos visto que la argumentación constituye principalmente el interpretar constitucionalmente, podemos hablar del principio de proporcionalidad como técnica de control de la actividad del juez, como parámetro de constitucionalidad de algunas decisiones judiciales. Además, la intervención del legislativo y la argumentación que lo respalda, deben tener un peso, por lo menor equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención del derecho fundamental.

No cabe duda de que la protección del valor jurídico de la Constitución tiene mucho que ver con la teoría jurídica de la interpretación, pues sólo si se utilizan métodos jurídicos para analizar contenidos objetivos que van a ser aplicados con criterios también objetivos, podrá hablarse propiamente de un orden jurídico constitucional.

El carácter normativo de la Constitución implica la necesidad de que su interpretación se acomode a reglas válidas para la interpretación de cualquier

norma jurídica. Esta necesidad no niega la existencia de modalidades atípicas de cada sector del ordenamiento, pero tampoco puede eludirse apelando a estas modalidades e ignorando la indispensable estructura común.

La problemática de la interpretación jurídica, común a todas las ramas del derecho, se presenta con especial agudeza en el derecho constitucional por las peculiaridades de la norma constitucional, precisamente porque su estructura dinámica y fragmentaria permite un continuo acomodo a la realidad social, porque su alto grado de generalidad y abstracción pretende constituir un programa, un marco de apertura de posibilidades para el legislador. El rol del juez ha de ser compatible con el pluralismo político, pues el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y su libre actuación requiere en muchos casos que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas.

No se trata de interpretaciones jurídicas, sino de interpretaciones políticas, es decir, de diversas maneras de entender el texto constitucional cuyos enunciados han de construirse, por tanto, con conceptos de valor de un alto grado de abstracción. Dworkin al respecto afirma que, los filósofos que insisten en que todos los abogados siguen ciertos principios lingüísticos para juzgar propuestas de ley y tal vez en forma inconsciente, han elaborado teorías para identificar estos criterios por medio de lo que él llama teorías semánticas de derecho.³⁶

4.5 EL PAPEL DEL LEGISLADOR EN LA CREACIÓN DE NORMAS

³⁶ Op.cit., Ramiro Ávila, *El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad*, p.329

La Asamblea, representa el órgano que en principio debe solucionar las colisiones que puedan presentarse entre derechos fundamentales y que debe armonizar todas las exigencias normativas que emanan de los diversos mandatos de la Constitución. El rol que puede y debe desempeñar en este sentido tiene que servir de mediador. Las medidas legislativas de desarrollo pretenden determinar en fines más específicos los objetivos abstractos trazados por la Constitución y adoptar medios para poder alcanzar unos y otros. La legislación hace ceñir las aspiraciones constitucionales a las circunstancias de la sociedad y las concreta en metas específicas, cuyo cumplimiento atañe a todos los poderes tanto públicos como privados.⁽³⁷⁾ Es así como el legislativo no solo es mediador entre la sociedad y el Estado sino también mediador entre la sociedad y quienes administran y ejecutan la ley.

Hay que diferenciar el papel que juegan tanto el poder judicial como el legislativo, ya que por un lado el poder judicial utiliza medios como la ponderación, la subsunción, la argumentación, etc., por otro, los medios escogidos por el legislador no solo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados en la norma sino compartir en legitimidad, para de esta forma crear normas enmarcadas de razonabilidad y por consiguiente de aceptación positiva por la sociedad. El principio de proporcionalidad no solo busca fundamento legal sino una aplicación en la que los intereses jurídicos de otra persona o grupos no se vean afectados o, si sucede, que sea en grado mínimo.³⁸

En este sentido, la legislación transfigura los grandes sueños constitucionales en específicos planes de acción para que se hagan realidad

37 Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p.499

38 Carlos Gaviria, *Sentencias, herejías constitucionales*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 67-68

mediante la constante interacción entre Estado y sociedad. Las medidas legislativas intentan arbitrar procedimientos y garantías de protección de los derechos tipificados en la Constitución para que se hagan efectivos en caso de trasgresión.

La Constitución tiene una lista extensa de derechos que abarcan varias generaciones, y que garantiza normativamente o en forma primaria.

La Asamblea Nacional es todo un órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Es en esta medida que en el Ecuador el Estado se convierte en garantista de los derechos y desde su emisión hasta su ejecución su rol está pensado para cubrir las necesidades del individuo y proteger su dignidad y valores como persona sujeta a derechos y deberes. Por lo tanto, el procedimiento para la emisión de leyes contará, como en el caso de la proporcionalidad, con un riguroso seguimiento que busca ante todo el bienestar del individuo. Todos los derechos fundamentales tienen una identidad esencial que se encuentra en su reconocimiento constitucional y sus titulares son todas las personas y comunidades.

Por último es importante hacerse la pregunta por el balance entre el legislador y la proporcionalidad como principio de interpretación. ¿Es posible emplear el principio de proporcionalidad como un canon de ley limitativa de los

derechos y no solamente de sus actos de aplicación? Como se puede apreciar, éste principio, no constituye un canon de constitucionalidad autónomo sino que por el contrario, se complementa con otras medidas y principios que se sirven de su eficiencia y capacidad. A veces parece que la posición del legislador en el sistema constitucional democrático no se compadece con el empleo del principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad de sus leyes limitativas de los derechos.⁽³⁹⁾ Con base en lo anterior, “Ignacio Villaverde” dice:

El margen de libre apreciación con el que el legislador puede decidir los términos en los que limita un derecho fundamental pugna con la posible exigencia de que además los límites que la Constitución le permite crear o concretar sean proporcionados. Tal exigencia supone que el legislador no puede elegir las medidas restrictivas del derecho fundamental a pesar de que la Constitución le habilita para ello.

Es así como el Tribunal Constitucional en su relación con el legislativo se rige en el que decide las medidas que puede adoptar el legislador al excluir otras por tenerlas por desproporcionadas.⁴⁰

La proporcionalidad es en rigor un canon de la aplicación de los límites, con lo cual el legislativo que es quien crea las leyes y quien las hace cumplir o reforma, debe guardar siempre proporcionalidad en su creación normativa, especialmente con la tipificación de penas, ya que si el papel del legislador es el adecuado, tanto el juez, como la autoridad administrativa que aplique justicia, van a tener las herramientas necesarias para emitir fallos llenos de razonabilidad y éstos a su vez van a ser aceptados con agrado por la sociedad, aunque esto es también muy relativo, pues, van a existir momentos en que suceda todo lo

39 Op.cit., Ignacio Villaverde, *La resolución de conflictos...*,p. 186.

40 Op.cit., Ignacio Villaverde, *La resolución de conflictos...*,p. 186-187

contrario y la consecuencia más evidente y desastrosa sería la pérdida de seriedad y por ende del respeto y admiración a los jueces.

4.6 ANÁLISIS DE UN CASO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL NARCOTRÁFICO EN EL ECUADOR

En base a mi trabajo de titulación: Considero que el octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha y la segunda sala de Garantías Penales, de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha; al dictar sentencia y aplicando lo que dice el artículo once (11) numerales uno (1) y tres (3) de la Constitución de la República del Ecuador, en el presente caso se realizó la ponderación y luego la proporcionalidad de la pena, ya que entre mayor grado de afectación de un derecho como es el “Derecho de Libertad”, menor debe ser el grado de la afectación de otro derecho.

4.7 EL USO DE DROGAS. UN CASO FORÁNEO DE PONDERACIÓN EN COLOMBIA.

El consumo de drogas en el vecino país de Colombia está penalizado por la ley 30 de 1986. Lo que la ley procura es producir efectos psicológicos en toda persona que se encuentre sumida en el consumo de drogas. No obstante, se observa que el estado colombiano se inmiscuye en la personalidad del individuo, queriendo incluso controlar su modo de actuar; tratando de poner en consideración las consecuencias de su conducta, estigmatiza, y aún más penalizada la conducta del drogadicto.

En el presente caso, en Cartagena de Indias, República de Colombia, el Tribunal Superior de Bolívar y la primera (1era) Sala Penal, al dictar sentencia de preclusión y aplicando lo que dice el artículo trescientos treinta y dos (332) numeral dos (2) del Código de Procedimiento Penal y el artículo cuatrocientos setenta y cuatro (474) del Código Penal de la República de Colombia, realizó la ponderación, tomando en cuenta el grado de afectación al que se ve expuesto el derecho fundamental, es decir el Derecho a la Libertad de la Persona.

CAPITULO V

SECCIÓN CONCLUSIVA

5.1 CONCLUSIONES

Del análisis de este trabajo investigativo, se llegó a las siguientes conclusiones:

- El principio de Proporcionalidad y Ponderación es una herramienta utilizada por los Jueces, para aplicar en forma equitativa las penas a las personas que tengan en su poder cierta cantidad de droga; es decir que a menor cantidad encontrada, menor debería ser el tiempo de su penalidad.
- Este Principio es una garantía en el cumplimiento de uno de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos, como es el Derecho a la Libertad.
- Nuestro País, debido a su ubicación geográfica, es un lugar muy atraído por los narcotraficantes, ya que ven en los puertos Ecuatorianos una pista de salida de las drogas para diversos puntos del mundo.
- Vemos como la argumentación jurídica es utilizada por los Jueces para probar y comprobar con claridad la validez de ciertos tipos de evidencias para llegar a conclusiones a través del razonamiento lógico que es utilizado en juicio de una persona o de grupo de personas como medio de prueba a favor de una tesis.

5.2 RECOMENDACIONES

Una vez concluido el presente trabajo, podemos emitir varias recomendaciones:

- En el Código Orgánico Integral Penal deberían ponderarse todos los delitos, para que los Jueces o Juezas puedan aplicar estos principios, que son una ayuda tanto para la administración de justicia como para las personas involucradas en dicho delito.
- En la Asamblea Nacional, sería conveniente que los legisladores, al momento de crear, modificar o eliminar una ley penal lo hagan con criterio especializado, y basados en la realidad de nuestro País.
- Las Universidades del País, en materia de drogas, deberían implementar salas especializadas, para debatir estos temas de una forma más profunda, y así llegar a emitir mejores criterios que serían de mucha utilidad para nuestra juventud.
- En todos los centros educativos de nuestro país, se debe profundizar el conocimiento y respectivo análisis del uso de las drogas y sus efectos, por parte de personal especializado en el tema, para que los alumnos tomen conciencia y no caigan en su consumo.

PROPUESTA

En el desarrollo de este tema propongo que a los jueces en el área penal, se les permita rebasar el máximo y el mínimo que la ley señala.

Tenemos un claro ejemplo: en la actualidad el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, señala tablas, las mismas que han sido dadas por el Consejo, mediante las cuales una persona puede poseer una sustancia estupefaciente y psicotrópica, la pena cuando no hay una verdadera adecuación de parte de los fiscales.

Art. 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente:

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

- a) Mínima escala de dos a seis meses.
- b) Mediana escala de uno a tres años.
- c) Alta escala de cinco a siete años.
- d) Gran escala de diez a trece años.

2. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de precursores químicos o sustancias químicas específicas, destinadas para la elaboración ilícita e sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada con la pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, o preparados que las contengan, se ofrecen, vendan, distribuyan o entreguen a niñas, niños o adolescentes, se impondrá el máximo de la pena aumentada en un tercio.

La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por las normativas correspondientes, no será punible.

Para lo cual, y se debería aplicar una reforma la que consistiría en que se incluya la tabla expedida en el Registro Oficial No 288 de fecha lunes 14 de julio del 2014.

Con lo que el artículo 220 del COIP.

Quedaría así

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

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

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, T. 1999. El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Madrid – España. Editorial Nueva Imprenta S.A.
- ÁVILA SANTAMARÍA R. 2008. El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito. Miguel Carbonell (editor).
- BERNAL PULIDO C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid – España. CEC.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. 2008. Corporación de estudios y publicaciones. Quito Ecuador.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. 1997. Derechos fundamentales e interpretación constitucional. Lima Perú. Ciedla.
- DUEÑAS OSCAR J. 2005. Hermenéutica jurídica, Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia.
- GAVIRIA CARLOS. 2002. Sentencias, Herejías Constitucionales. Fondo de Cultura Económica. México.
- HANS A. 2002. Razón crítica y práctica social. Barcelona. Paidós.
- LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS. 2005. Quito – Ecuador.
- LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. 2009. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS).

- QUINTERO OLIVARES, G. 1982. "Acto, resultado y proporcionalidad". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXV, Fase. II, Mayo-Agosto.
- ROXIN C. 1997. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas. Madrid-España. Reimpresión 2003.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ I. 2008. La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito. Miguel Carbonell (editor).
- ZAFFARONI, R. 2006. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires – Argentina. Ediar.
- ZAVALA EGAS J. 2099. Apuntes sobre neo constitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad y proceso constitucional. Un caso: La declaración patrimonial. Guayaquil.

ANEXOS

- **ANEXO 01**

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
COPIA DE JUICIO POR TENENCIA Y POSESIÓN ILÍCITA DE
ESTUPEFACIENTES.**

- **ANEXO 02**

**UN CASO FORÁNEO DE PONDERACIÓN EN COLOMBIA
COPIA DE AUDIENCIA PÚBLICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
BOLÍVAR – COLOMBIA.**