



Principio de Proporcionalidad en los delitos de Tráficos de Sustancias Estupefacientes

Principle of proportionality in the crimes of Trafficking of Narcotic Substances

Princípio da proporcionalidade nos crimes de Tráfico de Entorpecentes

Alez Remigio- Escobar Cáceres¹
alez.escober.79@est.ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-3342-8700>

Sebastián Andrés- Ortega Peñafiel²
sebastian.ortega@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-8477-2715>

Ana Zamora-Vázquez³
afzamorav@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-1611-5801>

Correspondencia: alez.escober.79@est.ucacue.edu.ec

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 23 de enero de 2023 ***Aceptado:** 12 de febrero de 2023 * **Publicado:** 5 de marzo de 2023

- I. Abogado de los tribunales y Juzgados de la republica del Ecuador, Licenciado en ciencias sociales y políticas, Universidad de Guayaquil, Ecuador.
- II. Magister en Derecho Procesal Universidad católica de Santiago de guayaquil, Abogado (a) de los tribunales de justicia de la República y Licenciado (a) en ciencias políticas y sociales, Universidad de cuenca, Ecuador.
- III. Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Resumen

La legislación ecuatoriana tipifica varias penas para las personas que trafiquen drogas, sin embargo, no existe la suficiente proporcionalidad en los casos que superen las escalas. La investigación fue con el propósito de determinar cómo se aplica el principio de proporcionalidad, así como identificar las consecuencias de la desproporción de las penas en los delitos de drogas. El tipo de investigación que se aplicó fue la revisión bibliográfica, documental, descriptiva con un enfoque cualitativo, el método aplicado fue el inductivo-deductivo, con la revisión de diferentes fuentes como doctrina, jurisprudencia, artículos científicos extraídos de las revistas indexadas nacionales e internacionales. Finalmente se debe indicar que es necesario establecer una reforma a la norma penal, con el propósito de cumplir con el objetivo de la pena y realizar una diferenciación entre las conductas que producen una mayor afectación, como es aquellos que sobrepasen los mínimos marcados por la norma, para incluir sanciones que cumplan con el principio de proporcionalidad que dispone la carta magna.

Palabras Clave: Aplicación; Legislación; Tráfico; estupefaciente.

Abstract

Ecuadorian legislation establishes several penalties for people who traffic drugs, however, there is not enough proportionality in cases that exceed the scales. The investigation was with the purpose of determining how the principle of proportionality is applied, as well as identifying the consequences of the disproportionate sentences in drug crimes. The type of research that was applied was the bibliographic, documentary, descriptive review with a qualitative approach, the applied method was the inductive-deductive one, with the review of different sources such as doctrine, jurisprudence, scientific articles extracted from national and international indexed journals. Finally, it should be indicated that it is necessary to establish a reform to the penal norm, with the purpose of fulfilling the objective of the penalty and making a differentiation between the behaviors that produce a greater affectation, such as those that exceed the minimums set by the norm. to include sanctions that comply with the principle of proportionality provided by the Magna Carta.

Key Words: Application; Legislation; Traffic; Narcotic drugs.

Resumo

A legislação equatoriana estabelece diversas penalidades para pessoas que traficam drogas, porém, não há suficiente proporcionalidade nos casos que ultrapassem as escalas. A investigação teve como objetivo apurar como é aplicado o princípio da proporcionalidade, bem como identificar as consequências das penas desproporcionais nos crimes de drogas. O tipo de pesquisa aplicada foi a revisão bibliográfica, documental, descritiva com abordagem qualitativa, o método aplicado foi o indutivo-dedutivo, com a revisão de diferentes fontes como doutrina, jurisprudência, artigos científicos extraídos de indexados nacionais e internacionais diários. Por fim, deve-se indicar que é necessário estabelecer uma reforma na norma penal, com o objetivo de cumprir o objetivo da pena e fazer uma diferenciação entre os comportamentos que produzem uma maior afetação, como aqueles que excedem os mínimos estabelecidos pela norma. incluir sanções que respeitem o princípio da proporcionalidade previsto na Carta Magna.

Palavras-Chave: Aplicação; Legislação; Trânsito; Drogas narcóticas

Introducción

El transporte ilegal de drogas está tipificado en la norma penal como un delito, en la cual se establecen ciertas escalas para la aplicación de la pena, sin existir una diferenciación en cuanto a cantidades mayores a lo que señala la norma, es decir, igual sanción puede recibir quien tiene una tonelada de cocaína ,como él que tiene dos kilos de esta sustancia, así existe una desproporción en la aplicación de la pena y no se logra una de las finalidades, que es prevenir la comisión de delitos. Por ello, Arias, et al. (2020), indican que la infracción penal de tráfico de drogas es un problema que se ha arraigado en la sociedad, por lo cual muchas naciones han visto la necesidad de establecer tipos penales en sus legislaciones como una manera de prevención y sanción, para proteger bienes jurídicos tutelados como la salud pública.

Una forma de prevención para evitar el cometimiento de ciertos delitos, es la tipificación de conductas contrarias a la armonía de la sociedad, por lo cual se establecen penas altas para evitar su consumación, sin embargo, estas sanciones no miran otros aspectos fundamentales. La normativa penal ecuatoriana establece penas que van desde un año hasta los trece años, así lo tipifica el Código Orgánico Integral Penal (2021), en su artículo 220, en la que se establecen los lineamientos para la

aplicación de las sanciones como los verbos rectores a tener en consideración (Asamblea Nacional, 2021).

Referente a la pena Bacigalupo (1999), indica que esta es producto de una medida sancionatoria, a fin de proteger bienes jurídicos, en función de las diferentes conductas delictuales como resultado de diferentes investigaciones. En efecto, la pena busca inhibir ciertos actos contrarios a la ley y que afectan a la sociedad. Para todo tipo penal debe existir una sanción acorde a la conducta y al bien jurídico que va a proteger, en este sentido, no pueden existir penas excesivamente elevadas o penas ínfimas para ciertas conductas, esto sería el resultado del acto delictivo y el efecto que produce, con lo cual pudiera lograr penas proporcionadas.

En cuanto al principio de proporcionalidad Malo (2003), refiere que este es el resultado de la infracción y la pena, el exceso de esta podría ocasionar una conmoción en la sociedad, en el mismo efecto que causa el delito. No debería darse penas desiguales con el único fin de amedrentar o reprimir ciertas conductas, cuando es conocido que el aumento de las condenas no reduce el cometimiento de infracciones. Por ello, lo primordial fue analizar el principio de proporcionalidad, en las penas establecidas en los delitos de tráfico de drogas, así como, identificar las causas de desproporcionalidad existentes y establecer las consecuencias jurídicas de la misma.

La importancia radica en establecer los puntos críticos y los que pueden ser reformados para la aplicación de los derechos fundamentales y del debido proceso, generando resoluciones más justas, estableciendo una verdadera diferencia entre los grandes traficantes y lograr los fines de la pena, lo cual ayuda al sistema penal para que no exista una sobrepoblación carcelaria.

Referentes Teóricos

Toda pena debe ser proporcional al hecho cometido, por ende, no puede existir penas ínfimamente bajas u otras totalmente abultadas, todo debe ser una relación de causa efecto, por ello existen principios que regulan y limitan la sanción que se debe imponer a una persona que es sentenciada por un delito.

En este sentido Hernández (2007), manifiesta que la proporcionalidad, es un mecanismo que ayuda a medir los alcances de una pena, dispuesta en el derecho en su parte sustantiva, en la cual se limita un derecho fundamental de una persona, ninguna sanción puede ser impuesta sin que sea proporcional con el acto.

El derecho penal tiene límites, a fin que el poder punitivo del estado no pueda cometer arbitrariedades, en toda sanción debe existir un equilibrio entre la afectación y el derecho que se pretende limitar, por ello en los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas debe existir una proporción en la pena.

Así mismo, Villacreses (2018), expresa que el derecho penal resguarda los derechos y garantías básicas de las personas; también, limita otros en caso de una infracción penal, por ello debe existir un equilibrio para no caer en los excesos de una vendetta, ni tampoco en la impunidad.

La ley manda, prohíbe y permite, en este sentido en el ámbito penal claramente prohíbe que la sociedad cometa ciertos actos que van con contra de las personas y advierte en caso de cometer conductas delictivas se les impondrá una pena, esto como represalia al acto cometido, para así evitar que exista una aplicación de la ley injusta, lo cual hace que se impongan sanciones por los actos cometidos buscando la armonía social, todo esto en proporción al derecho afectado.

Igualmente, Fuentes (2008), explica que el principio de proporcionalidad nace del interés de establecer sanciones, y además, es una medida de protección para limitar la pena que recibirá un infractor por el delito, frenando el poder punitivo. No se pueden dictar medidas exageradamente radicales que no tengan relación con la acción realizada.

En delitos de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en base al principio de proporcionalidad se ha establecido una tabla que regula las penas aplicables, en relación al tipo y cantidad de sustancia que se trafique, pero en la última escala se deja un margen muy amplio al imponer una pena, por lo cual vemos que no se estaría cumpliendo con este principio.

Así también, Bernal (2015), indica que el órgano legislativo sólo puede tipificar sanciones respetando una igualdad entre los derechos, bienes jurídicos afectados y tutelados por el estado y el derecho del agresor que va a ser limitado, por lo cual no puede existir una limitación baja que se ligue con una impunidad, ni otra que lleve a la arbitrariedad.

Como se ha dicho, al momento de establecer las penas debe existir una proporcionalidad entre el derecho afectado y el derecho a limitar, teniendo en cuenta que la libertad es una de los derechos más importantes y que únicamente puede ser restringido en casos donde sean necesarios y de acuerdo a la normativa interna. Por otra parte, Atencia (2014), refiere que en el ámbito penal donde se restringen derechos, el principio de proporcionalidad es una delimitación del derecho penal.

Como se indica este constituye en un límite en materia penal para limitar el poder punitivo de un estado.

En todo ordenamiento jurídico, se deben establecer límites de las sanciones que se establecen en las leyes, a fin que exista una adecuada relación con los derechos de las personas, y más aún con las que restringen la libertad, ya que de no existir estas se puede dar un uso abusivo de las normas. De acuerdo con lo que manifiesta Ponce (2019), el principio de proporcionalidad hace que se decida si la limitación de un derecho es la necesaria y la correcta, en caso determinado con el fin de lograr el objetivo que persigue la norma. Esto hace que a la hora de utilizar estas herramientas se vean si son las adecuadas.

Acercas de este principio, Lopera (2015), expresa que éste permite al legislador y a quien aplica la ley, a realizar un análisis de los derechos constitucionales enfrentados o que entren en colisión, para así poder establecer la correspondiente sanción que se aplicará en un tipo penal. Es por ello que se indica que las penas deben tener una plena coherencia con el hecho cometido, ya que la misma parte de un estudio realizado previamente.

Así mismo cabe indicar, que toda conducta punible debe tener una consecuente pena, pero ella no puede ser desproporcionada, pues se violaría el principio de proporcionalidad, así también los tipos penales deben estar previamente establecidos bajo el principio de legalidad, existiendo una relación directa en la creación de las leyes sancionadoras con las garantías del debido proceso.

Por otro lado, Ferreres (2020) indica que la proporcionalidad consiste en el elemento doctrinario, por medio del cual, las entidades judiciales utilizan para analizar si una pena es acorde al hecho cometido, en base a las normas creadas previamente por la legislatura y si la misma se justifica. Para determinar si una medida es justa se deben tener en cuenta parámetros como la necesidad, racionalidad y afectación que produce.

En este sentido, para establecer si una pena es justa en un determinado hecho, es necesario realizar un ejercicio de ponderación, donde se tomen en cuenta los elementos anteriormente indicados, ya que en base a ello se podrá comprender si una medida es acorde al hecho cometido, y no existe ningún abuso en la aplicación de una sanción.

A su vez, Zambrano (2011), refiere que el principio de proporcional sirve como herramienta para el control constitucional de las sanciones que están establecidas en los tipos penales, la que debe ser aplicada como último recurso y no exista otro medio menos perjudicial, y así evitar excesos en su aplicación.

Como se ha dicho, toda pena que se incluya en un tipo penal debe ser acorde a la infracción cometida, ya que no es admisible que se impongan sanciones, exageradas con la única intención de amedrentar la realización de ciertas conductas, ya esto afecta al derecho de las personas de tener una medida correctiva adecuada a sus actos.

A su vez, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) establece en el artículo 3:

Principio de proporcionalidad. - 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. (Asamblea Nacional, 2009, p.3)

Por lo tanto, los legisladores quienes son los encargados de la creación de las leyes, al momento de establecer las penas deben realizar el ejercicio de ponderación para así determinar si el tiempo y la sanción que se impone a determinada conducta tienen el balance necesario entre la restricción y el derecho y bien jurídico protegido.

Por otro lado, el Código Orgánico Integral Penal (2022), en el art. 12 numeral 16 indica: “Proporcionalidad en la determinación de las sanciones disciplinarias: las sanciones disciplinarias que se impongan a la persona privada de libertad, deberán ser proporcionales a las faltas cometidas. No se podrán imponer medidas sancionadoras indeterminadas ni que contravengan los derechos humanos” (p. 15). Efectivamente las penas deben ser creadas y aplicadas en base a este principio. Así también, la sentencia N°025-16-SIN-CC (2016), se ha dicho de este principio que permite la validez correspondiente entre la sanción y el motivo que se pretende con ella por parte de un gobierno, con normativa que sea viable, precisa y acorde, con lo cual se obtiene un contrapeso entre la restricción de un derecho de quien comete la infracción y el que se pretende proteger o reparar. Dicho de otra manera, toda medida correctiva debe tener un equilibrio con el beneficio que se pretende con la misma, ya que no es admisible que esta no esté acorde con la conducta realizada, ya que ello a más de vulnerar el principio de proporcionalidad, vulnera los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, al imponer penas injustas.

En consecuencia, el principio de proporcionalidad es una garantía constitucional tanto al momento de tipificar las leyes, así como al momento de su aplicación, ya que de ello depende su correcto uso a fin de determinar que ciertas penas son acordes a los hechos cometidos.

Metodología

La metodología utilizada fue bibliográfico-documental, con un alcance descriptivo, debido a que buscó estudios científicos referentes a la problemática planteada, así como también, basados en fuentes bibliográficas como libros, revistas, además de las normas legales, tratados y Convenios Internacionales.

La investigación documental según Bernal (2010) consiste en el estudio de todas las referencias encontradas en relación a un problema determinado, con el objeto de generar conocimientos y tomar una posición en determinado caso, y demostrar el tema en específico. Se basó en la recopilación de información de diferentes fuentes bibliográficas, tanto digitales como físicas para obtener datos para un adecuado estudio de la problemática planteada como es la proporcionalidad en los delitos de tráfico de drogas. En este sentido, Cortes e Iglesias (2004), refieren: Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, las características y los perfiles importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Describen situaciones, eventos o hechos, recolectando datos sobre una serie de cuestiones y se efectúan mediciones sobre ellas, buscan especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice. Estos estudios presentan correlaciones muy incipientes o poco elaboradas. (Cortes e Iglesias, 2004, p.29)

Este tipo de método tiene como objetivo lograr identificar las características más relevantes del medio en la cual se desarrolla un fenómeno, por ello la relevancia de utilizarlo en la presente investigación, para lograr la mayor cantidad de observaciones que fueran posibles, para dar solución a los cuestionamientos planteados.

El estudio es de enfoque cualitativo, al respecto, Muñoz (2015), refiere que la investigación cualitativa, es en base a la información bibliográfica de carácter doctrinario, que permite el entendimiento de los hechos, que es muy utilizada en materias sociales, donde no intervenga en mayor medida datos de carácter numérico

La investigación cualitativa es de mucha importancia ya que está se basa precisamente en la información recopilada, y no en datos estadísticos o numéricos, por lo cual se complementa

perfectamente con los otros métodos de investigación, lo cual será de gran relevancia en el presente trabajo.

Entre los recursos de investigación que se utilizaron en la investigación, está el inductivo-deductivo, esto debido a que, partimos del estudio específico de un tema para adentrarnos al ámbito general, y de igual manera iremos de la universalidad a lo particular.

Resultados

La pena

Toda conducta que ponga en peligro o afecte a las personas y que esté tipificada por la ley penal tiene una sanción, la cual constituye la pena, que se impone a la persona infractora, pudiendo ser está privativa de libertad o no, la cual debe ser proporcional al hecho cometido, ya que no se deben poner sanciones que sean desproporcionadas.

En este sentido, Oyart (2022), indica que los miembros del órgano legislativo, es decir los asambleístas en el caso ecuatoriano, tiene una potestad abierta al momento de crear tipos penales, en la cual no pueden llegar a establecer sanciones exorbitantes, para lo que se debe tener en cuenta el bien protegido y la pena que se establezca debe ser acorde al acto u omisión.

Justamente, esto constituye en la aplicación del principio de proporcionalidad, la cual debe tener una relación justa con la conducta realizada, no es factible que se impongan penas excesivamente altas a hechos que no guarden relación, por ello la pena es resultado de un ejercicio de este principio.

Bacigalupo (1999), indica que se requiere que una norma penal esté establecida anterior al cometimiento de un hecho, la conducta debe estar tipificada como infracción, ya que esta busca la prevención de un hecho delictivo, con la prevención de que en caso de incumplirlo se aplicara una pena.

Este concepto, es concomitante con el principio de legalidad, que no habrá infracción penal, ni sanción, peor aún proceso sin una ley anterior al hecho, esto tiene plena coherencia, ya que las infracciones deben estar plenamente establecidas, con el fin que las personas sepan cuáles pueden ser las consecuencias de sus conductas, que pueden merecer una pena.

En este sentido Jaén (1998), expresa que la pena es la consecuencia de un acto contrario a la ley, la cual se impone de acuerdo a las normas legales, y debe ser impuesta por razones justas.

Efectivamente las sanciones que se establezcan a uno o más individuos deben ser por razones justas, de acuerdo al acto cometido.

Por tal razón, la pena es la consecuencia natural por el acto cometido, estas sanciones deben ser impuestas de acuerdo a lo que tipifica el tipo penal que reprime tal o cual conducta, está no puede ser impuesta por razones contrarias a la ley.

Por otro lado, Jakobs (1997), indica que: “La pena es siempre una reacción ante la infracción de una norma” (pág. 8). Toda acción que vulnere los bienes jurídicos protegidos por la norma, debe ser sancionada, en este sentido, es la respuesta lógica ante una conducta contraria a la ley.

Además, la sanción se aplica únicamente a las conductas penalmente relevantes, es decir a las que ponen peligro o producen un daño a los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, más sin embargo existen conductas que no son penalmente relevantes como la fuerza física irresistible, acto o movimiento reflejo y estados de plena inconciencia debidamente demostrados.

Retomado el tema, Cabanellas (1979), la define como: “Sanción, previamente establecida por la ley, para quien comete un delito o falta, también especificados” (p. 287). Las penas deben estar establecidas previamente por la ley.

Como se afirma arriba las penas deben estar establecidas con anterioridad al hecho, no se pueden establecer penas que no estén señaladas en las normas penales y la ley, es decir tanto las conductas penalmente relevantes como las sanciones deben estar tipificadas por la ley penal.

Por otro lado, Sierra et al (2019) refieren que la potestad que tiene una nación, para imponer una pena a una infracción está relacionado con el derecho penal y disciplinario, los cuales persigues fines que están entrelazados, que de manera obligatoria busca prevenir el cometimiento de un delito y la sanción en caso de haber ocurrido.

Es así que, el estado tiene la capacidad de sancionar a una persona privándola se su libertad, con miras que preservar la paz social, mediante actos coercitivos de forma preventiva y a la vez represivos en caso que ya se haya dado la infracción, la cual debe tener una relación, está en muchos casos viene ligada a una sanción pecuniaria adicional a la privación de libertad.

El Código Orgánico Integral Penal (2021), señala en el artículo 51: “La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada” (Asamblea Nacional, 2021, p.27).

Al ser la pena la sanción aplicable por un hecho, esta deber ser proporcional a ella, no se debe imponer un castigo que no tenga una armonía con la conducta de una persona, ya que tendríamos sanciones no están enmarcadas a las garantías del debido proceso, como ocurre en los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes.

Por otro lado, Farfán (2021), refiere que las sanciones son creadas acorde a la realidad de cada estado, esto depende de la realidad que exista en cada país, lo cual influyen en la tipificación de los delitos, de acuerdo a la costumbre que existiera en una nación. Como se afirmó, efectivamente las penas dependen de las circunstancias de cada país, ya que no todos atraviesan las mismas circunstancias, en la actualidad existen varios países que han legalizado el consumo de ciertas sustancias estupefacientes, demostrando que para muchas naciones ciertas conductas no son relevantes para el derecho penal, así también flexibilizan las sanciones.

Las sanciones en el tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas

En el Ecuador se han tipificado varias conductas como delitos, como la producción y de drogas, las cuales están destinadas a la prevención y sanción a quien se dedique a esta actividad ilícita, cabe mencionar que el consumo de sustancias estupefacientes está considerado como un problema que afecta a la salud de las personas.

En este sentido el Código Orgánico Integral Penal (2021), que en su artículo 220 en su inciso primero, numeral uno establece:

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

1. Trafique, sea que oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, importe, exporte, tenga o posea con el propósito de comercializar o colocar en el mercado sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa pertinente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

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

Principio de Proporcionalidad en los delitos de Tráficos de Sustancias Estupefacientes

Sustancias Estupefacientes								
Escala (gramos)	Heroína		Pasta Base de Cocaína		Clorhidrato de cocaína		de Marihuana	
Peso Neto	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima Escala	0	0,1	0	2	0	1	0	20
Mediana Escala	0,1	0,2	2	50	1	50	20	300
Alta Escala	0,2	20	50	2000	50	5000	300	10.000
Gran Escala	>20		>2000		>5000		>10.000	

(Asamblea Nacional, 2021, p. 85).

(Fuente: Tabla del CONCEP, 2015, p.3)

La normativa penal ha establecido escalas que se utilizan en el momento de determinar la sanción, esto a fin de aplicar el principio de proporcionalidad, estas van desde los más bajo con una pena de un año, hasta la más alta de trece años, pero para entender cuál es la cantidad de cada una de ellas debemos remitirnos a otra norma.

En la resolución 001-CONSEP-CD- 2015, emitió una lista de escalas que se tienen como referencia para aplicar la sanción, acorde a las cantidades de droga que se trafique, y así se fija las penas del Código Orgánico Integral Penal así tenemos en su artículo 1 establece las siguientes tablas:

Con la tabla anteriormente citada podemos observar, que en la gran escala solamente se establece una cantidad mínima de las sustancias estupefacientes, y es ahí donde justamente radica el problema de las penas, la cual no existe una verdadera proporción entre quien tenga ese mínimo en gran escala, con el cual sobrepase la misma, ya que la tabla no ha desarrollado más niveles.

En este sentido, Artiles (2021), refiere que es imperiosa la necesidad nacional de modificar las tablas de escalas que se tipifica en el C.O.I.P, y adecuarlas según la gravedad de la conducta, ya que lo que se ha generado con ella es muchos casos es una confusión al momento de su aplicación.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional como internacional está presente el principio de proporcionalidad, el cual consta en la norma constitucional, por ello se debe utilizar tanto al momento de tipificar las leyes, como en su aplicación por los administradores de justicia.

Así tenemos que, en las garantías básicas del debido proceso la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 76 numeral 6 dispone que: “6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (p. 34). Con lo cual se determina que efectivamente debe existir una relación entre la sanción y el hecho.

En este sentido, se garantiza que las penas sean las adecuadas para cumplir el fin para las cuales fueron creadas, ya que estas no tienen como intención el aislamiento de una persona sin ningún objetivo, estas buscan la reinserción de la persona a la sociedad.

Por ello la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1977) en su artículo 5 numeral 6 establece que: “6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.” (p. 3). Esto tiene plena concordancia con la finalidad de la pena que se establece en el Código Orgánico Integral Penal (2021), la cual en su artículo 52 que establece: Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima. (p. 27).

Con esto se quiere decir, que la pena no busca el aislamiento de la persona como ser social, por el contrario, busca reestablecer los derechos y la capacidad de una persona, para su reinserción a la sociedad, por ello debe existir una proporcionalidad en la sanción, pero en este mismo sentido, no es factible que para conductas más graves se imponga una pena similar a conductas que pueden ser menos dañosas.

Finalidad de la pena

Como se ha venido manifestando, la pena es la consecuencia jurídica de los actos que van en contra de los bienes jurídicos que deben ser protegidos por el estado, más sin embargo esta no tiene un fin únicamente castigador, sino además tiene un carácter preventivo, para que las personas se abstengan de realizar ciertas conductas.

En este sentido, Marín (2019), refiere que la pena está destinada a la prevención de la comisión de ciertos delitos y la sanción cuando estos han sido cometidos, por lo que la pena tiene una doble función como advertencia y consecuencia a las conductas que atenta un bien jurídico.

Inicialmente, la sanción que se encuentra prevista en los tipos penales, se caracteriza por tener un doble fin, prevenir y sancionar, más sin embargo en base a las garantías del debido proceso debe estar relacionada directamente con el acto cometido, es decir debe ser acorde con la infracción.

De igual manera, Hernández (2020) indica que históricamente se piensa que la pena tiene como finalidad, la prevención y la reparación de una infracción, constituyendo una respuesta a los hechos delictivos que se presente en la sociedad, en si vendría siendo la respuesta que se da a esos actos.

Tradicionalmente desde el inicio de las sociedades se ha buscado una cómo enfrentar la criminalidad, surgiendo como respuesta la privación de libertad del infractor, con lo cual se ha buscado que las personas sepan las consecuencias de cometer actos que atentan contra el derecho de las personas, dando una doble dimensión a la pena como ya se ha manifestado.

Por ello, el Código Orgánico Integral Penal (2021), en el artículo 52 establece: “Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima” (p. 27). En esta cita podemos encontrar dos fines más de la pena la reparación y la rehabilitación de la persona condenada.

Con lo indicado anteriormente, se puede colegir que, según el cuerpo sustantivo penal, la pena tiene 4 finalidades, más allá de únicamente prevenir y sancionar, sino además la de buscar una rehabilitación de la persona infractora, lo cual está íntimamente ligada con la prevención y la no repetición de actos delictivos, y la otra es la reparación a la víctima que es sumamente importante. En este sentido, Ordoñez (2021) en el Ecuador la pena es eminentemente preventiva, ya que en la carta maga incluye un sistema que está destinado a la rehabilitación social de las personas que son privadas de libertad. Por ello no es factible imponer sanciones que no están de acuerdo con la conducta de los infractores, especialmente en aquellos casos de personas que expenden drogas en cantidades mínimas, ya que no se alcanzaría el objetivo de la resocialización.

De ahí que, la criminalización del consumo de sustancias estupefacientes en cantidades mínimas no es adecuada, ya que únicamente incrementa la población carcelaria lo cual dificulta una correcta rehabilitación, algo semejante ocurre en la escala alga de la tabla de sustancias estupefacientes, ya que, se procesan a las personas con una cierta cantidad, pero si sobrepasa la misma de manera en

cantidades excesivamente altas, no se tiene una diferencia con el mínimo, ya que recibirían la misma sanción, lo cual no logra la persuasión del no cometimiento de la infracción.

Es por ello que, Arias (2012), indica que, junto con la proporcionalidad, la ley ha otorgado al ente legislativo, la herramienta a fin que pueda establecer sanciones para ciertas conductas, en base a varios parámetros, como la necesidad, seguridad, racionalidad.

Los encargados de establecer las penas, debe tener en cuenta el bien jurídico que se pretende tutelar, en base a los requisitos ya mencionados, los cuales serán los márgenes en los cuales los jueces podrán imponer una sanción ante una infracción.

Por otro lado, Mieni (2013) refiere que el oficio de la pena debe estar en armonía de la acción realizada y con el propósito de la norma penal, que es amparar los derechos y bienes jurídicos de las personas, así como su libre ejercicio por todas las personas.

En este sentido, queda la claro que la finalidad de la pena es cuidar los derechos de las personas desde una medida preventiva, así también cuando ya ha existido esa transgresión, es necesario esa sanción para el infractor en razón que no se vuelva a repetir, así como reparar a la víctima y rehabilitar a la persona, está corrección deber ser proporcional a la conducta.

Por otro lado, Tixi et al (2021) indican que en la finalidad de la rehabilitación, es el estado quien debe otorgar todos lo necesario para su efectivo cumplimiento, en el cual deben respetarse todos los derechos constitucionales a las personas privadas de libertad

De ahí que, todas las entidades gubernamentales, que tiene competencia en el sistema de rehabilitación social, deben emplear los mecanismos correspondientes para lograr esta finalidad, y una parte esencial de esta sin duda alguna es tener sanciones que sean proporcionales a los actos cometidos.

A cerca de la pena en delitos de tráfico de sustancias estupefacientes, Lai (2012) dice que, desafortunadamente el principio de proporcionalidad, se ve utilizado para imponer penas rigurosas, sin realizar un estudio si la misma es coherente con el hecho, ya que muchas veces el incremento de las sanciones no cumple su fin.

Al mismo tiempo se debe indicar, que el hecho que en el Código Orgánico Integral Penal (2021), se establezcan penas iguales para quienes se encuentren en la escala alta de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, no busca una prevención en si del cometimiento de esta infracción, toda vez que no se desalienta a la no realización de esta conducta, en razón que van a existir

personas que se dediquen a esta actividad ilícita en grandes cantidades, por cuanto las penas en sí está acorde para quienes trafiquen 2 kilos de esta sustancia.

Así mismo, Artiles (2021) manifiesta que la tabla emitida por el CONSEP, no constituye una referencia, sino por el contrario la misma viene a ser una parte de la infracción descrita en la norma, constituyendo un elemento más, ya que ella se utiliza para adecuar la conducta de las persona al tipo penal, de acuerdo a la cantidad de la sustancia que posea, más allá de los actos realizados por uno o más individuos, lo que ha permitido que exista un desbalance en la aplicación de la penas, ya que la misma no se ajusta a la acción, constituyendo únicamente la sanción una reacción a este dato.

En otras palabras, la tabla de sustancias estupefaciente y psicotrópicas, es un elemento numérico del tipo penal, que se utiliza para establecer una pena, provocando que se apliquen penas más allá de la conducta realizada por las personas, ya que únicamente en base a esta se puede imponer una pena, que resulta desproporcionada, por cuanto este no se enmarcaría en el hecho cometido por el sujeto activo, como sucede en la escala alta, en donde no existe una diferencia entre las personas que tengan sustancias mucho más elevadas al mínimo establecido en la escala alta.

De igual manera, Enderica & Fuentes (2020), indican que las políticas públicas empleadas por el país han estado más destinadas a sancionar a las personas por el delito de tráfico de sustancias, y esto se ha visto reflejado en la tipificación de ciertos delitos, con penas que muchas de las veces no se ajustan a la situación actual.

Efectivamente, los delitos y las penas impuestas más han estado enfocadas a las personas que se dedican al micro tráfico, ya que de la misma tabla del CONSEP, se determina que los niveles que se encuentran más desarrollados son los inferiores, mientras que los de alta escala prácticamente se encuentran en blanco, lo cual permite inclusive a las grandes mafias del narcotráfico seguir con su actividad, toda vez que se establece una pena relativamente baja a la conducta realizada.

Propuesta

Toda sanción que se encuentre incluida en tipo penal es la respuesta por parte del Estado a fin prevenir y sancionar el hecho, más sin embargo esta pena no puede ser desmedida o desproporcional, tal como ocurre en el tráfico de sustancias estupefaciente y psicotrópicas, en razón que la tabla de escalas no se ha desarrollado para las cantidades que superen el mínimo que se

establece, con lo cual no se cumple una de las finalidades que es la prevención del cometimiento del delito.

Por ello, es necesario realizar reformas al Código Orgánico Integral Penal (2021), en el sentido que se establezcan otros parámetros para establecer las penas para aquellas conductas que superan en demasía el mínimo establecido en la tabla del consep, ya que de deja una norma en blanco para los grandes narcotraficantes.

Se debe incluir en el tipo penal penas acordes a la conducta que se está realizando, ya que la tabla antes referida, está más destinada a micro traficantes, antes que, a las verdaderas organizaciones criminales, ya que ellos producen una afectación a la sociedad de manera inimaginable, más sin embargo se imponen penas desproporcionadas, no por el hecho que sean elevadas, sino todo lo contrario, se vuelven ínfimas de acuerdo al delito.

Se debe establecer que aquellos que adecuen su conducta a los que tipifica el art. 220 del COIP en alta escala que superen en el triple o más del mínimo de cantidad establecida en la escala alta para cualquier tipo de sustancia estupefaciente o psicotrópica, se imponga una pena privativa de libertad de trece a dieciséis años, esto en razón del daño grave que produce las cantidades excesivamente altas de drogas.

Con esta propuesta se busca lograr una verdadera diferenciación entre micro traficante y los grandes grupos delincuenciales que se usufructúan día tras días de esta actividad ilícita, y más aún en una legislación que no ha marcado una gran diferencia en este punto, con penas que engloban a todo infractor de esta norma, sin comprender el verdadero peligro y daño existente, ya que el peligro real no está en los que venden esta sustancia a pequeña escala, sino a quien hacen un verdadero negocio ilícito a una escala a nivel mundial.

Conclusiones

El principio de proporcionalidad es fundamental dentro de un ordenamiento jurídico, por esta razón que este constituye en la barrera límite entre el poder punitivo del estado y el sujeto pasivo de una infracción, al establecer una sanción.

En este sentido, la pena que se impone a un delito es el resultado de tres aspectos, la necesidad, la racionalidad, y la afectación producida, con lo cual la sanción es la consecuencia lógica a una infracción cometida, la que se aplica de acuerdo a la conducta realizada.

Así también, la sanción impuesta tiene la finalidad de prevenir el cometimiento de una infracción, si se ha realizado la misma se impone una pena, se busca además la reparación a la víctima y la rehabilitación de la persona infractora, por ello el fin tiene varios elementos.

La pena incluida en el COIP para el tráfico de sustancias en alta escala en cierta medida no cumple con la finalidad anteriormente descrita, toda vez, que no se hace una verdadera diferenciación entre los pequeños y grandes traficantes de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en consecuencia, que no se han desarrollado más escalas para quienes trafiquen en cantidades demasiado elevadas. Por ello, es necesario una reforma a este tipo penal, a fin que establecer penas que se adecuen a estas conductas que sobrepasan los mínimos establecidos en la norma penal, para cumplir los fines de la pena, como es en primer lugar la prevención.

El estado al ser el responsable de lograr la rehabilitación de las personas infractores, debe a través de las instituciones encargadas, emplear todos los medios posibles para cumplir el objetivo, para ello se deben establecer penas acordes a las conductas, no con el único fin de endurecer las mismas, si no que las sanciones sean las adecuadas, para cumplir con la finalidad de la pena.

Referencias

1. Arias, D. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de Derecho*, núm. 38, 142-171, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5688028>.
2. Arrias, J., Plaza, B., & Paucar, C. (2020). Análisis sociojurídico sobre la tipificación y la sanción del delito de tráfico de drogas en la legislación ecuatoriana. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(4), 371-376, http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000400371.
3. Artiles, J. (2021). Una teoría del tipo para el tráfico de drogas en Ecuador. *Revista San Gregorio* Vol 1 no.47, 146-167, <http://scielo.senescyt.gob.ec/pdf/rsan/v1n47/2528-7907-rsan-1-47-00143.pdf>.
4. Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial 449.
5. Asamblea Nacional. (2022). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial 180.
6. Asamblea Nacional del Ecuador. (2021). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial Suplemento 180.
7. Atencio, B. (2014). *Derecho Penal & Procesal Penal*. Lima: Editora y Librería Jurídica Griley.

8. Bacigalupo, E. (1999). Derecho Penal Parte General 2a edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL.
9. Bernal, C. (2010). Metodología de la Investigación. Pearson Educación.
10. Bernal, C. (2015). Argumentación jurídica: El uso de la ponderación. Quito: Editora Jurídica.
11. Cabanellas, G. (1979). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta 2011.
12. Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. (2015). RESOLUCIÓN 001-CONSEP-CD-2015. Quito, <https://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/Segundo%20Suplemento%20del%20Registro%20Oficial%20No%20%20586%20de%2014%20de%20septiembre%20de%202015.pdf>: Registro Oficial N° 586.
13. Corte Constitucional. (04 de Abril de 2016). Sentencia N° 025-16-SIN-CC. Quito, Ecuador: Dr. Alfredo Ruiz, M.P.
14. Cortés, M., & Iglesias, M. (2004). Generalidades sobre Metodología de la Investigación. Ciudad del Carmen: Universidad Autónoma del Carmen.
15. Enderica, C., & Fuentes, V. (2020). Factores Criminógenos que inciden en la reincidencia de los sentenciados en los delitos de tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización. Revista caribeña de Ciencias Sociales, 1-20, <https://www.eumed.net/rev/caribe/2020/05/sentenciados-delitos-traffic.html>.
16. Farfán, F. (2021). Teorías de los fines de la pena: la problemática aplicación de la prevención especial en la política criminal peruana. Revista IUS ET VERITAS N° 62, 230-252, <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.013>.
17. Ferreres, V. (2020). Más allá del principio de proporcionalidad. Revista Derecho del Estado, Print version ISSN 0122-9893, 161-188, <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n46/0122-9893-rdes-46-161.pdf>.
18. Fuentes, H. (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. Revista ius et praxis - año 14 - n° 2, 15-42, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200002.
19. Hernández, M. (2007). La Reinserción Social y el Principio de Proporcionalidad. Ciencia Jurídica, [S.l.], v. 8, 49-68, <http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/312/312>.

20. Hernández, N. (2020). De la privación a la restricción de la libertad y otras sanciones penales: ¿hacia un paradigma restaurativo en la justicia especial para la paz colombiana? *Vniversitas*, vol. 69, 1-23, <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.prls>.
21. Hernández, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. México D.F.: McGRAW/INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
22. Jaén, M. (1998). *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.
23. Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal parte general fundamentos y teoría de imputación*. Madrid: Marcial Pons, ediciones Jurídicas S.A.
24. Lai, G. (2012). Droga, Crimen y Castigo ,Proporcionalidad de las penas en los delitos de drogas. *Trasnational institute*, 1-16, https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-TNI-briefing-paper_Drogas-crimen-y-castigo.pdf.
25. Lopera, G. (2015). *Argumentación Jurídica: El uso de la Ponderación y la Proporcionalidad*. Quito: Fausto Reinoso Ediciones .
26. Malo, G. (2003). *Derecho Penal Mexicano*. México: Editorial Porrúa.
27. Marín, E. (2019). El debate actual sobre las teorías de las pena y su incidencia en su proceso de individualización judicial. *Revista Derecho & Sociedad*, N° 52, 13-26, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7793060>.
28. Mieni, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 141-167, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32497.pdf>.
29. Muñoz, C. (2015). *Metodología de la Investigación*. México D.F: OXFORD.
30. Nacional, A. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial 52.
31. Ordoñez, J. (2021). Alternativas frente al tráfico y consumo de sustancias: Un criterio desamparado por el ordenamiento, jurídico-penal ecuatoriano. *UDA LAW Review*, 77-84, <https://revistas.uazuay.edu.ec/index.php/udalawreview/article/view/403>.
32. Organización de los Estados Americanos. (27 de Octubre de 1977). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Registro Oficial 801, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
33. Oyarte, F. (2022). *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

34. Ponce, M. (2019). La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del estado de Querétaro,<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39077-1.pdf>.
35. Sierra, W., Tamayo, P., & Galeano, L. (2019). Efectos de la sanción disciplinaria y la sanción penal. Institución Universitaria de Envigado, 1-23,[http://bibliotecadigital.iue.edu.co/xmlui/bitstream/handle/20.500.12717/1320/iue_rep_pre_der_galeano_2019_efectos_sanci% c3% b3n_art.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.iue.edu.co/xmlui/bitstream/handle/20.500.12717/1320/iue_rep_pre_der_galeano_2019_efectos_sanci%c3%b3n_art.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
36. Tixi, D., Machado, M., & Iglesias, J. (2021). El cumplimiento de una de las finalidades de la pena, letra muerta en el Ecuador. Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores. , 1-18.
37. Villacreses, T. (2018). El principio de constitucionalidad y la actividad penal ecuatoriana. Revista San Gregorio, 93-101,<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6841002>.
38. Zambrano, A. (2011). Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. Guayaquil: Edilex S.A.

© 2023 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).