

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**La finalidad como elemento subjetivo en el delito de
tráfico de sustancias sujetas a fiscalización**

Doménica Pamela Vargas Villafuerte

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 19 de abril de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Doménica Pamela Vargas Villafuerte

Código: 00212692

Cédula de identidad: 1724912819

Lugar y Fecha: Quito, abril de 20024

La finalidad como elemento subjetivo en el delito de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización¹

The purpose as a subjective element in the crime of trafficking in controlled substances subject to supervision.

2

Resumen

El presente trabajo de titulación tiene como objetivo evaluar jurídicamente de la comercialización o introducción en el mercado del delito de Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización previsto en el artículo 220.1 del Código Orgánico Integral Penal. En concreto, examina si el elemento adicional de intencionalidad subjetiva en este tipo de delito es fundamental o no para perseguir la responsabilidad penal por esta conducta delictiva. Se trata, principalmente, de una investigación jurídica analítica, basada en documentos, empleando métodos cualitativos y desarrollada a nivel teórico. Con base en los resultados del análisis, se recomienda que el marco legal ecuatoriano trate con mayor precisión las disposiciones relativas al tráfico ilícito de sustancias controladas. Se recomienda clasificar las consecuencias jurídicas no solo según las circunstancias de la comercialización o puesta en el mercado, sino también según los elementos centrales de la conducta.

Palabras Clave: Tráfico de sustancias sujetas a fiscalización; verbos rectores; elemento subjetivo; propósito de comercializar o colocar en el mercado.

Abstract

The purpose of this degree thesis is to carry out a legal evaluation of the commercialization or introduction into the market of the crime of illicit trafficking of scheduled controlled substances provided for in Article 220.1 of the Organic Integral Penal Code. Specifically, to examine whether the additional element of subjective intentionality in this type of crime is fundamental or not to prosecute criminal liability for this criminal conduct. This is mainly an analytical legal research, based on documents, using qualitative methods, and developed at a theoretical level. Based on the results of the analysis, it is recommended that the Ecuadorian legal framework should deal more precisely with the provisions related to illicit trafficking in controlled substances. It is recommended that legal consequences be classified not only according to the circumstances of commercialization or placing on the market, but also according to the central elements of the conduct.

Keywords: *Traffic of controlled substances; governing verbs; subjective element; purpose of commercialization or placement in the market.*

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Dr. Xavier Andrade Castillo

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO.- 3. ESTADO DEL ARTE.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. TIPO PENAL.- 5.1. TIPICIDAD.- 6. ELEMENTOS OBJETIVOS.- 6.1. ELEMENTOS PERMANENTES.- 6.2. ELEMENTOS OCASIONALES.- 7. ELEMENTOS SUBJETIVOS.- 7.1. DOLO.- 7.2. DOLO ESPECIFICO DE FINALIDAD: PROPÓSITO.- 8. CONCLUSIONES.

1. Introducción

En el ámbito jurídico y social, el tráfico de sustancias sujetas a fiscalización es un problema de gran relevancia que abarca la distribución, comercialización y manipulación de sustancias controladas por la ley. La intención de comercializar estas sustancias, en este contexto, es crucial para establecer la responsabilidad penal de quienes participan en estas actividades ilícitas.

El objetivo de esta investigación es examinar en profundidad el papel que juega el propósito de la comercialización o colocación en el mercado dentro del marco legal del tráfico de sustancias sujetas a fiscalización. Se analizará cómo este aspecto subjetivo puede tener un impacto significativo en la determinación de la responsabilidad penal de los involucrados, así como su influencia en la configuración de delitos relacionados con estas sustancias.

Este estudio investigará si es necesario el componente subjetivo, es decir, la intención detrás del acto de comercialización o distribución, o si simplemente actuar con conductas prohibidas que constituyen el delito de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización es suficiente para imponer una sanción acorde con la gravedad del crimen. Además, se analizarán casos y jurisprudencia relevantes para entender cómo los tribunales han interpretado y aplicado este elemento subjetivo en casos específicos de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización.

En última instancia, el objetivo es proporcionar un análisis completo que ayude a mejorar la comprensión de la responsabilidad penal en el contexto del tráfico de drogas y sustancias controladas. De esta forma, se hace especial énfasis en el papel de la comercialización o colocación en el mercado como factor determinante en la configuración de estos delitos.

2. Marco Teórico

Existen varias teorías respecto a si el elemento subjetivo, en cuanto a la intención, es fundamental como parte del tipo penal del tráfico de sustancias sujetas a fiscalización. Estas teorías difieren sobre la necesidad de este elemento para establecer la comisión del delito. En esta sección, se expondrán las teorías en las cuales se fundamenta este trabajo de titulación.

En primer lugar, es crucial destacar que ambas posturas priorizan la imputación del resultado de peligro generado con dolo³ ya que estos delitos se consideran de peligro y no necesariamente de daño, al momento de cometer el acto ilícito, independientemente de si se incluye o no el elemento subjetivo de la intención de comercialización o introducción al mercado en el tipo penal. Todo ello con el fin de salvaguardar el bien jurídico protegido.

Considerando diversas perspectivas respecto al elemento subjetivo en la imputación del delito, hay quienes respaldan la importancia de atribuir responsabilidad a la persona basándose en su propósito de comercialización o introducción al mercado. Esta postura sostiene que ampliar el alcance de las conductas delictivas de esta manera ayuda a evitar lagunas legales en la penalización del tráfico de drogas⁴, contribuyendo así a una mayor eficacia en la lucha contra este fenómeno.

Por otro lado, algunos sostienen que la falta de un elemento subjetivo claro puede tener un efecto preventivo al desincentivar acciones que promuevan, faciliten o simplifiquen el uso o posesión de sustancias controladas⁵. Esta postura se fundamenta en la complejidad y diversidad de situaciones que podrían surgir, argumentando que una interpretación más flexible del elemento subjetivo podría ser más efectiva para abordar las diversas realidades relacionadas con el consumo y tráfico de drogas.

Sin embargo, la falta de precisión en la aplicación de elementos subjetivos en delitos relacionados con sustancias controladas puede tener graves consecuencias. Esta falta de claridad permite que persista el comercio ilícito y el pequeño tráfico de drogas, lo que a su vez tiene un impacto negativo a nivel social. El tráfico de drogas plantea

³ Joaquín Cuello Contreras, "¿Tipicidad sin tipo subjetivo? Sobre lo inescindible del tipo objetivo y el tipo subjetivo en teoría del delito", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n.º 36 (2020), 525-77.

⁴ Daniel Cano, *Estupefacientes y Derecho Penal*. 1ª ed., (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016), 181 y ss.

⁵ Teresa Molina Pérez, "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas". *Anuario jurídico y económico escurialense*, XXXVIII (2005), 93-116.

riesgos considerables para la estabilidad económica, jurídica y social⁶, lo que pone de relieve la necesidad de una revisión detallada de la interpretación y aplicación de elementos subjetivos en estos casos.

Se produce, por tanto, una clara divergencia entre la no imputación de culpa al elemento subjetivo como complemento del fraude, y la adopción de esta medida. Esta discrepancia es preocupante porque no es factible ni eficaz limitar la atribución y sanciones de delitos penales al requisito de cumplir con el propósito de comercialización o introducción al mercado.

3. Estado del Arte

En este apartado se abordarán las diferentes perspectivas de autores en relación con la posesión, tenencia y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Como un primer punto, Zaffaroni explica que el narcotráfico es un negocio lucrativo, que se plantea como una estructura sistematizada y conformada por carteles a nivel internacional. El principal problema que desató este fenómeno fue cuando se aprobó la prohibición de las drogas debido que representaba múltiples peligros ante la sociedad en cuanto a su distribución y producción (salud pública); esto hizo que se obligue a imponer el poder punitivo del sistema penal, por parte del Estado⁷.

De esta forma, Paladines señala en su artículo que existe una discusión de si se debiera proscribir cualquier forma de criminalización del consumo, posesión y tenencia de drogas ilícitas⁸. El autor alega que, para él, no debería ser penalizado cuando un usuario consume o use drogas, sino solo por tenencia y posesión, siguiendo así el principio de no criminalizar a los usuarios.

A su vez, López Soria concluye que el Código Orgánico Integral Penal, COIP, cuenta con una configuración sobre la tipificación del tipo penal de tráfico de drogas insuficiente y defectuosa, relacionada específicamente en la posesión y tenencia de sustancias controladas y sujetas a fiscalización para uso o consumo personal⁹. Para poder

⁶ Huber Gehring y Eduardo Pastrana Buelvas, "La problemática del tráfico ilícito de drogas: impactos regionales y globales" (Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2019).

⁷ Eugenio Zaffaroni, "Guerra às drogas e letalidade do sistema penal", *Revista da EMERJ, Rio de Janeiro* 16.63 (2013), 115-125 (traducción no oficial).

⁸ Jorge Paladines "Ni enfermos ni delincuentes Acerca de los umbrales para el uso de drogas ilícitas", *Defensa y Justicia. Revista Institucional de la Defensoría Pública del Ecuador* 4 (2012).

⁹ Yudith López Soria, "Análisis de la tabla de medidas de sustancias controladas y sujetas a fiscalización, vigente en el Ecuador, en torno a la configuración legal del delito de tráfico de drogas". *REVISTA CAP JURÍDICA CENTRAL* 2, n. ° 3 (2017), 103-136.

delimitar el campo de uso y consumo, se han desarrollado escalas de mínimos y máximos, pese a que no existe un estándar internacional de lo que una persona puede o no disponer.

No obstante, es necesario tomar en cuenta que también se encuentra comprometida la calificación y aplicación de sanciones correspondientes al tipo penal, con respecto a la tabla de consumo. De esta forma, se obtiene un resultado problemático porque se fomentan actos de corrupción debido al propósito de comercialización (finalidad de comercio) que debe cumplir con la finalidad, y, de esta manera, no se puede inferir ni presumir el tráfico.

En otro planteamiento, Arrias Añez, Plaza Benavides y Paucar evaluaron la eficiencia y eficacia de las normas relacionadas con la clasificación y sanción en materia de tráfico de sustancias controladas¹⁰. En su investigación, los autores descubrieron que el incumplimiento de las normas internacionales genera disparidades y lagunas jurídicas, así como una falta de sanciones por delitos relacionados con el tráfico de drogas en virtud de los tratados internacionales. Estos delitos incluyen actividades como la venta, compra, producción y fabricación de sustancias ilegales.

Sin embargo, Arias Añez, Pupo Kairuz y Atencio González destacan que el tráfico y consumo de drogas ilícitas son vistos como un todo indivisible y la existencia de uno no puede relacionarse con el otro. En este contexto, han surgido debates sobre la eficacia de sanciones integrales a la distribución, comercialización y entrada de estas sustancias al mercado¹¹. Es importante recordar que esta forma de abordar el delito puede tener múltiples implicaciones legales relacionadas con el delito porque contiene múltiples verbos de control para el tráfico de drogas dentro del mismo tipo de delito.

4. Marco Normativo

En cuanto a la finalidad del elemento subjetivo del tipo penal de tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización, se analizan las normas aplicables para sustentar este proyecto de investigación.

El principal objetivo del primer párrafo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas fue establecer

¹⁰ Julio Arrias Añez, Betzabeth Plaza Benavides y César Paucar, "Análisis socio-jurídico sobre la tipificación y sanción del delito de tráfico drogas en la legislación ecuatoriana", *Revista Universidad y Sociedad* 12 (2020), 371-376.

¹¹ Julio Arrias Añez, Alba De Jesús, Kairuz Pupo y Atencio Rously, "Análisis crítico sobre el ordenamiento jurídico antidrogas contra el narcotráfico comparando la legislación ecuatoriana y venezolana", *Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores* (2021).

sanciones proporcionales a la gravedad del delito, incluyendo medidas que implican penas privativas de libertad o multas¹². Desde esta perspectiva, la convención respalda la idea de implementar acciones más enérgicas para abordar los aspectos relacionados con la intención dolosa detrás de la fabricación, posesión y distribución ilegal de drogas.

Al contrario, el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador establece que se quiere evitar que el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sea visto como un ilícito (infracción); más bien, se quiere representar como un asunto de salud en la población¹³.

Por ende, imponer sanciones penales a personas que posean y consuman estupefacientes y sustancias psicotrópicas únicamente para su propio consumo y sin intención de traficar puede considerarse inconstitucional. Es importante señalar que, en algunos casos, la misma persona que comete el delito de tráfico de estas sustancias también puede ser consumidor.

En consonancia con lo anterior, resulta fundamental abordar el artículo central que constituye el objeto de este trabajo, el artículo 220.1 del COIP, el cual versa sobre el tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización¹⁴. En este contexto, es esencial exponer los elementos objetivos y subjetivos que deben concurrir para la imputación penal de este delito. Es así como el legislador, al despenalizar el consumo y la tenencia de dichas sustancias, referencia el art. 228 del mismo código, destacando la importancia de establecer regulaciones sobre las cantidades máximas permitidas para la tenencia y posesión¹⁵. Este enfoque ha sido respaldado, además, por la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas, en su disposición transitoria décimo cuarta, la cual asigna a la entidad competente en el ámbito de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas la tarea de elaborar la escala de cantidades mínimas y máximas permitidas para el consumo personal¹⁶.

En cuanto a la finalidad del elemento subjetivo, la Corte Constitucional del Ecuador tiene una sentencia donde versa sobre si es indispensable o no al momento de

¹² Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena, 20 de diciembre de 1988, ratificada por el Ecuador el 15 de febrero de 1990.

¹³ Artículo 364, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 377, 25 de enero de 2021.

¹⁴ Artículo 220, Código Orgánico Integral Penal [COIP]. R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 26 de febrero de 2024.

¹⁵ Artículo 228, Código Orgánico Integral Penal [COIP]. R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 26 de febrero de 2024.

¹⁶ Disposición Transitoria Décimo cuarta, Ley Orgánica de Prevención Integral Fenómeno Socio Económico Drogas, R.O. Suplemento 615 de 26 de octubre de 2015, reformado por última vez el 13 de agosto de 2020.

cometer la conducta delictiva el propósito de comercializar o introducir al mercado para penalizarse con cualquiera de los verbos rectores dentro del tipo penal de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Como resultado, en la decisión de esta sentencia deja claro que la posesión y tenencia no son elementos suficientes para la presunción de responsabilidad penal; en cambio, se refiere a que a más de la tenencia se necesita un complemento subjetivo, que es el de el propósito de traficar e introducir al mercado que es parte del tipo penal del artículo de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización¹⁷.

5. Tipo Penal

La teoría del delito emplea diversas categorías o clasificaciones para identificar formas específicas de conducta delictiva y las sanciones correspondientes. En este enfoque, los actos ilícitos se analizan en términos de elementos objetivos y subjetivos, lo que permite comprender cada tipo de delito y determinar quién debe ser responsable legalmente¹⁸.

Sin embargo, resulta crucial comprender el ámbito de regulación que pretende abarcar el tipo penal, ya que estos regulan las acciones humanas, imponiendo la responsabilidad sobre la persona natural o jurídica que cometa el delito, y quien deberá enfrentar las consecuencias legales previstas para dicha conducta. Es el comportamiento humano el que da inicio a cualquier proceso penal, y se ven involucrados elementos como la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, los cuales convierten dicho comportamiento en un delito¹⁹. En consecuencia, las acciones negativas conllevan una sanción como forma de castigo y prevención de futuras transgresiones.

En relación con el tema de estudio, se establece que, en Ecuador, el delito de tráfico ilícito de drogas se encontraba inicialmente tipificado como delito contra la salud pública en la legislación anterior que poseía un enfoque más amplio.

No obstante, el tipo penal de tráfico ilícito se estableció a causa de una constante evolución, resultando en un proceso complejo en el que se han combinado varias formas

¹⁷ Sentencia No. 7-17-CN/19, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, 02 de abril de 2019, párrf 27.2.

¹⁸ Xavier Andrade Castillo, *Programa de enseñanza aprendizaje COIP* (2018).

¹⁹ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito* (Colombia: Temis,1990).

de sanciones para encontrar una solución adecuada de cómo abordar la conducta relacionada con el tráfico ilegal²⁰.

Como resultado, se impone una pena cuando el sujeto realiza el comportamiento delictivo. En 2014, se introdujo una reforma al Código Procesal Penal, convirtiéndose en COIP, que permitió la creación de una tipificación especial para este delito. Esta nueva clasificación, contenida en el artículo 220 número 1 del COIP, dispone que cualquier persona que realice un acto designado como un verbo controlado que se adecue al propósito “traficar”, podrá acusarse de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización²¹.

Es así, que este artículo hace referencia a la inconstitucionalidad que provocaría imponer sanciones penales por la tenencia y posesión de sustancias sujetas a fiscalización, con el fin de consumirse, pero no con la finalidad de traficarlas. A pesar de que, en algunos casos, la misma persona que cometió el delito de tráfico de estas sustancias puede ser el consumidor²². También, se debe de aclarar que no se puede presumir cuando alguien es consumidor o traficante solo por acoplarse a los criterios específicos para que se considere tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, pues, se emplea el libre convencimiento y el razonamiento profundo para poder adjudicar la responsabilidad.

Se puede observar como con satisfacer o llevar a cabo una obligación establecida como verbo rector tipificado en el tipo penal de tráfico de drogas, bastará para estar sujeto a penalización, a pesar de no cumplir con el objetivo de tráfico que señalan como un aspecto subjetivo fundamental para el delito, para que se pueda aplicar una sanción correspondiente a la conducta ejecutada.

5.1. Tipicidad

El tipo penal de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en la República del Ecuador se considera un ámbito importante del derecho basado en el concepto de tipicidad. Se entiende que se refiere a la tipicidad como la correspondencia entre el comportamiento y los elementos específicos descritos en las disposiciones legales correspondientes. Estos elementos deben comprobarse cuidadosamente para determinar si la conducta en cuestión es típica y, por tanto, merece sanciones penales²³. La correcta

²⁰ Javier Artiles Santana, "Una teoría del tipo para el tráfico de drogas en Ecuador", *Revista San Gregorio* 1.47 (2021), 143-164.

²¹ Artículo 220.1, COIP.

²² Edwin Sánchez Llivicura, "Propuesta de reforma al art. 220 del código orgánico integral penal sobre la base de las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, para sancionar el tráfico ilícito de estas a mínima, mediana alta y gran escala", *MS thesis* (2016), 1-43.

²³ Harold Vega Arrieta, "El análisis gramatical del tipo penal", 53-71.

aplicación de la tipicidad es crucial, porque tiene gran trascendencia en el ámbito doctrinal del derecho penal y afecta directamente a la determinación de la responsabilidad penal individual por tales delitos.

La ilegalidad de un acto, es decir, la naturaleza típica del acto está intrínsecamente ligada a si el acto infringe o amenaza los derechos e intereses legítimos protegidos por la ley y si puede basarse en las leyes existentes²⁴. En el caso del tráfico de sustancias catalogadas controladas, esta evaluación incluye demostrar que la conducta cumplió con los parámetros establecidos en la legislación, en particular los relativos al tráfico ilícito de la sustancia de que se trate.

La distinción entre tipicidad y tipo de delito es crucial para comprender este contexto legal. La tipicidad se centra en la descripción de la conducta y el cumplimiento de las leyes, mientras que el tipo de delito se refiere a la clasificación de la conducta punible establecida por el legislador²⁵.

Es importante señalar que no todas las descripciones de comportamiento se consideran típicas. Para calificar un acto supone aplicar las disposiciones previstas en el COIP para tratarlo como un acto típico y, por tanto, sujeto a sanciones legales²⁶. Asimismo, se asignan características típicas cuando se califica como punible una conducta prescrita por la ley.

Además, la idea de tipicidad se resiente si se aplica solo de manera formal sin tener en cuenta su contenido y capacidad unificadora en la interpretación del derecho penal²⁷. Este enfoque limitado puede dar lugar a errores o interpretaciones injustas en la determinación de la responsabilidad penal.

En resumen, el tipo penal de tráfico de sustancias controladas en el Ecuador es un tema jurídico de gran relevancia que requiere un análisis detallado y riguroso. Su correcta aplicación es crucial para salvaguardar la equidad y eficacia de la lucha del país contra el tráfico ilícito de sustancias controladas.

6. Elementos Objetivos del Tipo Penal

²⁴ Efrén Valarezo Trejo, Ricardo Valarezo y Armando Durán, "Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito", *Revista Universidad y Sociedad* 11.1 (2019), 331.

²⁵ *Ibid*, 336.

²⁶ Javier Alba, "Culpabilidad y tipicidad", *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (1961), 105.

²⁷ *Ibid*, 106.

El tráfico de sustancias ilícitas representa un desafío de proporciones sociales y globales, cuya expansión se ha visto impulsada por el desarrollo de nuevas vías comerciales a lo largo del tiempo. Estas nuevas formas de comercio, derivadas de la globalización y los avances en comunicación, han dado lugar a una red de mercados ilícitos con alcance masivo entre los usuarios²⁸. Es importante destacar que esta red opera a nivel internacional²⁹, cruzando fronteras diariamente con el objetivo de llegar a una amplia gama de vendedores, compradores y posibles consumidores, lo que pone en riesgo la vida de muchas personas.

Las drogas deben abordarse como un fenómeno social complejo. En Ecuador, las drogas causan un desequilibrio socioeconómico significativo debido a su alto riesgo y a su relación con los pequeños traficantes.

Es obvio, que la participación de estos actores en transacciones minoristas de drogas no se debe necesariamente a motivaciones malintencionadas, sino más bien a la demanda social de ciertas sustancias psicoactivas ilegales por parte de la población consumidora³⁰. El tráfico de drogas, tradicionalmente, se consideraba un problema de salud pública, pero en la actualidad es un delito pluriofensivo debido a su impacto generalizado en la sociedad³¹. La expansión de los microtraficantes y la violencia que surge en la lucha por el control de estos mercados son parte de esta percepción. Además, esta actividad delictiva tiene un impacto negativo en el crecimiento de las comunidades en Ecuador al fomentar un gran desequilibrio social, además de su repercusión en la salud individual.

Es importante señalar que este enfoque multidimensional del delito de tráfico de drogas también permite identificar otros tipos de tráfico ilícito, como el de personas, órganos y especies; de esta manera, se evidencia la complejidad y la interrelación de diferentes fenómenos delictivos en el ámbito penal.

Primero, debemos entender a qué se refiere con salud pública. El derecho a la salud pública es considerado un derecho fundamental en Ecuador, lo que abre la puerta a una serie de otros derechos, como al de una alimentación adecuada y a una vida digna.

²⁸ Matthew S. Jenner, "International Drug Trafficking: A Global Problem with a Domestic Solution", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 18 (2011), 901-27.

²⁹ Paul Gootenberg, "Hablar como el Estado: Flujos de drogas y discursos estatales del control", *Apuntes de Investigación del CECYP* 24.1 (2014), 13-49.

³⁰ Xavier Andrade, "Actores sociales y política antidrogas: los pequeños traficantes", *Drogas: el conflicto de fin de siglo*, Editorial Nueva Sociedad, Venezuela (1991), 201-224.

³¹ Huber Gehring y Eduardo Pastrana, *La problemática del tráfico ilícito de drogas: impactos regionales y globales* (Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2019).

Además, todos los ciudadanos tendrán acceso a todos los servicios de salud pública, incluida una atención de alta calidad, un tratamiento integral y un seguimiento.

Siguiendo este propósito, al hablar del cuidado sanitario de la comunidad, se debe mencionar al artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que los trastornos de adicción son un ámbito de salud pública; por esto, el Estado debe comprometerse al desarrollo de prevención, rehabilitación y tratamiento de los usuarios que consumen de forma habitual, ocasional y problemática³². Por ello, es importante señalar que, el Estado ecuatoriano no permite la criminalización de una persona que abuse de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

Se han presentado varias resoluciones por parte del Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, CONSEP, sobre la adicción y problemas relativos a salubridad pública, cuando finalmente con la última resolución se adentra el término de tablas de cantidades máximas admisibles de tenencia, que dio pie a incorporar en el COIP la idea de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas dejaría sin efecto al imputado de responsabilidad penal por ser consumidor. Pese a ello, aunque el consumo de sustancias ilícitas no se puede penalizar, sí se encuentra dentro de un comportamiento contrario a la ley³³. No significa que por la ausencia de una pena no exista violación de la ley.

6.1. Elementos permanentes

6.1.1. Sujeto activo

El análisis del sujeto activo en el delito de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización en Ecuador muestra aspectos importantes que afectan la aplicación y comprensión de la responsabilidad penal en este contexto legal. Una consideración importante es la posibilidad de que el sujeto activo, habiendo cometido una acción típica y antijurídica, sea declarado exento de responsabilidad criminal debido a la ausencia de culpabilidad³⁴. Esto demuestra la importancia de tener en cuenta no solo el comportamiento en sí, sino también las circunstancias y las razones que pueden eximir al individuo de la responsabilidad penal.

³² Artículo 364, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³³ Eugenio Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal* (Buenos Aires: Ediar, 2009).

³⁴ Gonzalo Bustamante, "CAPÍTULO 9: La culpabilidad o responsabilidad penal", en *Derecho Penal Ecuatoriano parte general* (2023), 140-150.

Es esencial comprender que la ilicitud de la conducta en este tipo de delito no se basa únicamente en la peligrosidad del sujeto activo, sino también en el peligro o daño potencial que representa el delito de tráfico de drogas para la sociedad en su conjunto. Este delito es pluriofensivo, lo que significa que puede afectar a varios bienes jurídicos y tener consecuencias graves para las personas y la comunidad en general³⁵. Es importante destacar que el sujeto activo debe realizar al menos uno de los comportamientos que constituyen actos de fabricación o tráfico de drogas para que se materialice la conducta punible³⁶. Esto enfatiza la importancia de examinar minuciosamente cada caso para determinar la responsabilidad penal del individuo.

Dado que la naturaleza del tráfico ilícito de drogas implica una motivación lucrativa por parte del sujeto activo, el tipo subjetivo de este delito requiere la presencia del dolo. Esto implica que el agente debe tener la intención deliberada de obtener ganancias financieras a través de la venta ilegal de drogas³⁷. Es importante destacar que este tipo de delito no penaliza la posesión de drogas para consumo personal o con un propósito diferente al tráfico ilegal. Mientras que la posesión dolosa de drogas, en el plano subjetivo, debe estar dirigida hacia un acto posterior de tráfico; es decir, el agente activo debe tener la intención de comerciar con la droga que posee. Se destaca que quienes comercializan la droga también cumplen con el objetivo de consumidores³⁸. Esto implica que la tipicidad de este delito requiere una tendencia interna trascendente, donde el agente activo tenga un objetivo comercial y la droga esté destinada al tráfico ilícito.

6.1.1. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo penal. Previo a analizar el sujeto pasivo en el tipo penal de tráfico en cuestión, se debe enfatizar que existe una seria confusión entre la concepción de sujeto pasivo y víctima. El Art.39 del COIP establece que uno de los sujetos del proceso es la víctima la cual sufre las consecuencias inmediatas de la infracción³⁹. No obstante, el hecho de sufrir la consecuencias próximas no le convierte necesariamente en el titular del bien jurídico.

³⁵ Santiago Mir Puig, "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del Ius puniendi" *Estudios penales y criminológicos* (1991): 205-215.

³⁶ Meliza Hilario et al, "Breve análisis del delito de tráfico de drogas en la legislación peruana", *Ius et Tribunalis* (2018).

³⁷ Franklin Chilingua-Rivadenei et al, "La comercialización de sustancias estupefacientes, Pastaza, Ecuador" *CIENCIAMATRIA* 8.4 (2022), 1344-1352.

³⁸ Carlos Angles, "Los Perico: un ejemplo de cómo las familias se vinculan al negocio del comercio de drogas al menudeo", *Sociedad y economía* 16 (2009), 123-137.

³⁹ Artículo 39, Código Orgánico Integral Penal [COIP]. R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 26 de febrero de 2024.

Lo anterior se puede ejemplificar con un delito de resultado como es el robo. Si Juan le presta su carro a Julia y le roban el carro a Julia, ella no se convierte en el sujeto pasivo de la infracción, sino en la víctima. Como se observa en el ejemplo, Juan es el titular del bien jurídico propiedad: dueño del carro. De ahí la importancia de diferenciar entre la víctima y el sujeto pasivo.

Respecto a la titularidad del sujeto pasivo, la doctrina acepta a la persona natural o jurídica que se ve perjudicada por un delito. La gran parte de los tipos penales se evidencia que el sujeto pasivo es una persona natural que, además, puede ser un imputable a diferencia del sujeto activo en el que es imposible englobar a un imputable; es decir, se trata de una concepción más amplia que la del sujeto activo. Por otro lado, las personas jurídicas, aunque se encuentren administradas por personas naturales al ostentar su propio patrimonio, son sujetos pasivos idóneos.

Además de las personas naturales y jurídicas, existen las colectividades y el Estado como titulares del bien jurídico afectado y, por ende, sujetos pasivos. Si bien en los códigos penales se encuentran delitos que afectan a bienes jurídicos individuales porque menoscaban y restringen derechos humanos específicos de las personas, también hay otro tipo de delitos que afectan bienes jurídicos supraindividuales; ergo, perjudican a la colectividad o a la sociedad en general.

En el caso del tráfico de sustancias controladas, el bien jurídico que se afecta es la colectividad. Aquí no se constriñe a un individuo en concreto, sino a una colectividad de individuos, es la sociedad en su conjunto. De hecho, la Organización Mundial de la Salud, OMS, ha mencionado que la droga al ser una sustancia que afecta al sistema nervioso modifica la conducta del ser humano creando dependencia⁴⁰; ergo, afecta las relaciones interpersonales.

De este modo, el pasivo juega un papel fundamental en relación con el comercio de sustancias controladas en el Ecuador. Este tema es de gran importancia porque el tráfico ilegal de drogas es un problema que afecta no solo al país, sino al mundo entero. Hay que dejar claro que los sujetos que no participan activamente en la acción criminal, juegan un papel fundamental en este problema⁴¹ debido a que su cooperación o inacción puede facilitar el transporte, distribución y venta de estas sustancias. Esto incluye, entre

⁴⁰ Oscar Velásquez Alcalde, “Análisis de sentencia del expediente penal N. 00013-2011-19-0601-JR-PE-01” (tesis de pregrado, Universidad Privada del Norte, 2019), 42.

⁴¹ Francesco Antollicei, *Manual de Derecho Penal* (Buenos Aires: UTHEA, 1960), 306.

otros, personas que son víctimas de adicción, violencia relacionada con el tráfico de drogas y daños ambientales como resultado de la producción de drogas.

En Ecuador, las personas naturales se encuentran en situación de ignorancia y falta de voluntad o consentimiento para cometer delitos relacionados con el tráfico de estas sustancias. Esta figura es relevante para nuestro marco jurídico ya que el sujeto pasivo es considerado una de las partes afectadas por este delito⁴². Esto se debe a que estas sustancias suponen un impacto negativo para la salud y la seguridad pública.

También se destaca que pueden ser sujetos pasivos tanto quienes transportan o distribuyen estas sustancias como quienes las consumen o se ven afectados de alguna manera por la transacción. Es importante recordar que la legislación ecuatoriana prevé medidas para proteger a los contribuyentes y prevenir el tráfico de sustancias controladas con el fin de proteger la salud y el bienestar de la sociedad.

En nuestro país, el problema negativo del tráfico de drogas afecta a una amplia gama de partes interesadas, desde aquellos directamente afectados por el consumo de drogas hasta las comunidades que sufren las consecuencias sociales, económicas y de seguridad de las actividades ilegales. Los jóvenes adictos, las familias destruidas por el tráfico de drogas y los agricultores presionados por organizaciones criminales para cultivar drogas son solo pocos ejemplos de actores pasivos en este contexto.

Las leyes del Ecuador protegen y asisten a los actores pasivos del narcotráfico, incluidos programas de prevención y tratamiento de adicciones; asistencia a las comunidades afectadas; protección de las víctimas de la violencia relacionada con el narcotráfico; y otras iniciativas y estipula medidas para este fin. Sin embargo, persisten desafíos para proteger eficazmente a los contribuyentes y prevenir nuevos incidentes de daño.

En este sentido, es necesario fortalecer las políticas públicas para proteger a los participantes del narcotráfico en Ecuador. Esto incluye medidas preventivas y terapéuticas, así como estrategias de desarrollo socioeconómico que reduzcan la vulnerabilidad de las comunidades a los efectos del tráfico de drogas y la promoción de alternativas sostenibles para los agricultores obligados a cultivar drogas.

En resumen, el sujeto pasivo en el tráfico de sustancias controladas en el Ecuador es de suma importancia ya que representan a las personas y comunidades, como bien supraindividual, que sufren las consecuencias directas e indirectas de estas actividades

⁴² Arturo Rocco, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal: contribución a las teorías generales del delito y de la pena* (Montevideo: editorial B de f, 2004), 1-628.

ilegales. De ahí que es imperioso proteger sus derechos, brindarles apoyo y trabajar para evitar mayores daños; aspectos que son fundamentales para combatir el tráfico de drogas y construir sociedades más seguras y resilientes.

6.1.2. Núcleo de la conducta

Para analizar el tipo penal de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, se debe mencionar al art. 220.1 del Código Integral Penal⁴³. Se considera como la base del delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, definiendo los verbos rectores que se configuran este delito. No obstante, en este tipo penal no solamente tipifica un solo verbo rector; sino lo contrario, se constituye de varias conductas penalmente relevantes. El tipo penal contiene núcleos rectores y cada uno de esos actos se dotan de diferentes características propias de cada una, configurado así a la conducta descrita por elementos permanentes y ocasionales.

Entonces, habiendo introducido al artículo de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización identificamos dentro de él a las siguientes conductas ilícitas de traficar como a) oferte; b) almacene; c) intermedie; d) distribuya; e) compre; f) venda; g) envíe; h) transporte; i) importe; j) exporte; k) tenga o posea que deben cumplirse para que exista responsabilidad penal.

6.1.2.1. Posesión y Tenencia

La posesión y la tenencia son conceptos jurídicos que le pertenecen al derecho civil. Para interpretar de forma adecuada el tipo de sustancias prohibidas en cuestión, es menester recurrir a otras normas jurídica. Elementos normativos que, si bien se encuentran como verbos, deben dilucidarse en su contenido y alcance, en este caso a través del Código Civil.

La diferencia entre posesión y tenencia se resuelve con los elementos *corpus* y *animus*. La posesión implica una vocación de dominio (*animus*) sobre la cosa (*corpus*), mientras que la tenencia engloba exclusivamente el vínculo material (*corpus*) sin vocación de dominio⁴⁴. La tenencia es caracterizada porque el sujeto reconoce que la cosa que tiene no es de su domino, ergo, existe el reconocimiento del dominio ajeno.

En el caso del tipo de tráfico de sustancias controladas, ambas situaciones se comprenden tal cual como en el derecho civil. Primero, el sujeto activo que incurre en

⁴³ Artículo 220.1, COIP

⁴⁴ Luis Parraguez, *El régimen jurídico de los bienes* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2018), 441.

posesión debe tener el ánimo de señor y dueño de las sustancias controladas mientras que el sujeto activo que incurre en tenencia basta que tenga la sustancia controlada de titularidad de otra persona para que se configure el tipo penal.

No obstante, a diferencia del derecho civil en el que la posesión se justifica en las relaciones sociales con el objetivo de alcanzar el derecho de propiedad sobre un bien, en la materia penal es distinta. El procesado, al momento de defenderse, seguramente alegará que las sustancias no eran de su dominio, precisamente para que no se configure el delito. De ahí la importancia que el legislador haya previsto a la tenencia como otro verbo rector importante que posibilite la configuración de este delito y que no quede en la impunidad.

Adicionalmente, el legislador, en el artículo 62 de la ya derogada Ley de Sustancias Estupefacientes o Psicotrópicas, contemplaba a los verbos rectores de posesión o tenencia este delito⁴⁵, como actos delictivos por sí solos. Así, efectivizando el sistema punitivo del Estado, se logró ver la eficiencia al detener a personas que hayan incurrido en el delito de posesión o tenencias de alguna sustancia sujeta a fiscalización. Por ende, evitando la expansión del narcotráfico y otras formas de concurrir en un delito por relacionarse con el narcotráfico⁴⁶.

Referente al asunto de posesión y tenencia, es importante señalar que la infracción penal de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas se considera como un delito de peligro gracias a que, si bien la comisión de un acto ilícito no necesariamente causa daño directo al bien jurídico protegido, pero basta con que exista riesgo o posibilidad de daño. Este tipo de delitos implican una expectativa de barreras protectoras porque las acciones que representan una amenaza potencial son sancionadas antes de que ocurra un daño real.

Ahora bien, al decir que no se podrá sancionar a los consumidores, pero sí a la tenencia y posesión de una sustancia sujeta a fiscalización. A menos que se demuestre la adicción tal cual, en tal caso se aplicará la responsabilidad penal a la persona no por ser consumidor, sino por el hecho de tener y poseer sustancias ilícitas. Sin ser un requisito indispensable el recaer dentro de algún elemento que haya motivado al individuo a

⁴⁵ Artículo 62, Ley de Sustancias Estupefacientes o Psicotrópicas (Ley 108), R.O. Suplemento 490 de 27 de diciembre de 2004, reformado por última vez el 10 de febrero de 2014, (derogado)

⁴⁶ Jorge Paladines, "La respuesta sanitaria frente al uso ilícito de drogas en Ecuador" Pérez C. y Youngers C.(editoras) *En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina* (2014), 1-34

cometer el delito. Se refiere a, que, si bien la posesión de una sustancia adictiva constituye la comisión de un delito, el argumento de la defensa solo es válido si se prueba su efecto adictivo, por considerarse un ámbito prioritario de salud pública⁴⁷. Esto quiere decir que no se podría sancionar a los consumidores, pero sí a la tenencia y posesión

6.1.2.2. Transportar y enviar

Otro elemento, que se encuentra tipificado en el artículo de tráfico de drogas es el transporte. Que se define como cualquier movimiento de insumos o productos químicos con el fin de transportarlos de un lugar a otro⁴⁸. En Ecuador ha evolucionado de ser un país utilizado como ruta de transporte para el narcotráfico, a convertirse en un país donde se comercializa las drogas⁴⁹, y se ha formado, por el pasar del tiempo, una guerra entre bandas delictivas con el fin de ganar más territorio que significa más poder. Por otro lado, enviar se entiende como el acto de colocar en el mercado sustancias estupefacientes y psicotrópicas para su distribución, venta o entrega a un tercero, se lo realiza a través de diversos transportes como por tierra, mar, aire e incluso a través de servicios de mensajería. Este punto también sirve como una pieza esencial para la distribución del tráfico ilícito de drogas

6.1.2.3. Almacenar

Es la acción de un individuo implica la recolección o acumulación física de materias primas o insumos en un lugar concreto o frente a una persona determinada, con la intención de transportarlos posteriormente a un lugar de fabricación farmacéutica o para su venta a terceros.

6.1.2.4. Comprar y Vender

La acción del individuo de cuando existe un intercambio que puede ser monetario o de algún objeto de forma equitativa a cambio de otra especie, está de más decir que el agente que vende es quien entrega el objeto y el comprador es quien, a cambio, paga por dicho objeto. En el caso de tráfico de drogas, no solamente se queda

⁴⁷ Orly Delgado y Beatriz Muentes, "El Silogismo Roto: Los Efectos Legales de la Tenencia y el Consumo de Droga en el Ordenamiento Interno Ecuatoriano", *Espacio Abierto* 27.4 (2018), 45-58.

⁴⁸ Meliza Hilario et al, "Breve análisis del delito de tráfico de drogas en la legislación peruana", *Ius et Tribunalis* (2018), 89-107

⁴⁹ Katherine Aguilar, "Ecuador como paso de vía del narcotráfico y su efecto en la seguridad interna: análisis anterior y posterior al 2009", *Revista de Ciencias de Seguridad y Defensa* 3 (2018), 56-56.

ahí, sino que, debido a la evolución de mercado, también se han documentado nuevas formas de compra y venta⁵⁰ de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en los tiempos actuales

6.1.2.5. Importar y exportar

Puede definirse como importar a la acción de traer bienes, artículos o productos del exterior a otro territorio, mientras que se entiende que exportar es remitir o enviar productos de naturaleza varia a otro país, con finalidad lucrativa o para intercambio⁵¹. Ambos requieren del cumplimiento de procedimientos y requisitos legales establecidos en los ordenamientos jurídicos de cada país.

6.1.2.6. Distribuir

Se refiere al proceso de repartición o entrega de bienes, productos o servicios a diversos destinos o puntos de venta. Generalmente, se refiere a la transferencia física o virtual de bienes desde el fabricante o proveedor al consumidor final o intermediario que vende los bienes. Con el objetivo de poder cumplir con el objetivo de la demanda de los clientes.

6.1.2.7. Ofertar

Se utiliza este término cuando se quiere referir a cuando una persona, en el caso de drogas, extiende un servicio u objeto, ya sea para el traspaso o contratación, siempre habiendo de por medio al precio o elementos como plazos para el cumplimiento.

6.1.2.8. Intermediar

Se entiende como intermediario a quienes actúan como tal en la cadena de distribución de la sustancia estupefaciente y psicotrópica. Su finalidad es facilitar el transporte, compra, venta y entrega de medicamentos entre diferentes personas y colectivos sin necesidad de ser el fabricante o usuario. Los intermediarios son aquellos que vinculan proveedores, traficantes o consumidores siguiendo así el flujo de la disposición de drogas en el mercado ilícito

⁵⁰ Xavier Pérez et al, "Implicaciones del desmantelamiento de un foco de compra y consumo de drogas en Valencia", *Rev. Española Dro* 37 (2012), 183-198.

⁵¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario juridico elemental de Guillermo Cabanellas*" (Undécima Edición, Editorial Heliasta, 2006).

Elementos ocasionales

Ahora bien, para seguir entendiendo al delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, debemos analizar al elemento normativo del tipo penal. Se define dentro del derecho penal a los elementos normativos como aspectos intelectuales o jurídicos que deben interpretarse por el operador jurídico para determinar su sentido ideal dentro del marco legal establecido⁵². Este elemento normativo se utiliza cuando se necesita de una aclaración más jurídica, debido que no fue suficiente con el uso de los sentidos.

Siguiendo la línea, los elementos normativos especiales en el delito de tráfico de sustancia controlada se refieren a aspectos específicos que requieren interpretación por parte de los operadores judiciales para determinar su significado dentro del marco legal establecido. Sin embargo, esta situación genera un grave problema, ya que la definición de este elemento depende del nivel de formación técnica y democrática de los administradores judiciales de turno⁵³. Lo anterior lleva a la incertidumbre del concepto de elementos normativos en estos términos, lo que viola el principio de protección del derecho penal.

En términos de garantías, la definición de los elementos regulatorios debe ser clara y precisa: los legisladores son responsables de formular los elementos legales, mientras que las autoridades científicas son responsables de formular áreas extralegales⁵⁴. Sin embargo, al depender esta interpretación del operador judicial, falta seguridad jurídica y puede haber arbitrariedad en la aplicación de la ley, especialmente en un caso tan sensible como el delito de tráfico de sustancias controladas ecuatorianas.

Esta situación resalta la importancia de contar con una legislación clara y precisa que defina adecuadamente los elementos regulatorios de un delito, particularmente en los delitos relacionados con el tráfico de drogas, donde la interpretación de estos elementos puede tener un impacto significativo en la aplicación de la ley, administrar justicia y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.

7. Elementos subjetivos del Tipo Penal

⁵² Ricardo Posada, *Delitos contra la vida y la integridad personal el homicidio, el genocidio y otras infracciones. Tomo I. Vol. 1.* (Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes, 2015), 1-359.

⁵³ Miguel Díaz y Conlledo García, *El error sobre elementos normativos del tipo penal* (La Ley, 2008), 123-156.

⁵⁴ Harold Vega, "El análisis gramatical del tipo penal", 53-71.

El tipo de injusto engloba una parte subjetiva o interna de la conducta. Es denominada subjetiva debido a que lo que interesa pesquisar responde a qué sucedía internamente o por la mente de la persona que realizó una conducta. Sin embargo, esa indagación interna se aleja del análisis de culpabilidad sobre el sujeto imputable o inimputable. Mejor dicho, “el tipo de injusto requiere siempre una parte subjetiva (o parte interna de la conducta, por contraposición a la parte objetiva o externa de la misma)”⁵⁵. La parte subjetiva de la conducta se encuentra conformada por dolo e imprudencia.

Siendo el dolo la responsabilidad subjetiva que corresponde analizar en el delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización por el sistema de “numerus clausus” que nuestra legislación maneja. El sistema mencionado hace referencia a que los delitos culposos sean exclusivamente sancionados cuando se encuentren expresamente indicados en el tipo penal. Mejor dicho, “los hechos culposos son punibles en los casos expresamente indicados en la ley”⁵⁶.

7.1. Dolo

El dolo como forma más grave de responsabilidad subjetiva en nuestra legislación implica “el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo”⁵⁷. Del texto se desprende dos componentes esenciales que deben concurrir para que se cumpla el dolo: el conocimiento y la voluntad. Ambos elementos se cumplen a cabalidad en el dolo directo o de primer grado.

Por un lado, no se trata de cualquier tipo de conocimiento, sino de que el autor tiene respecto de los elementos objetivos del tipo. Es “la consciencia de la realización de los elementos objetivos del tipo que concurren al momento de dar comienzo a la acción típica”⁵⁸. El autor debe conocer que la cantidad con la que se encuentra en tenencia supera la escala de consumo y va a colocarse en el mercado. Es decir, conocimiento cabal de los elementos descriptivos y normativos o valorativos del tipo tráfico de sustancias.

Por otro lado, la voluntad implica que configurada la existencia del conocimiento sobre los elementos objetivos del tipo se quiere ejecutar la conducta. “El elemento

⁵⁵ Diego Luzón, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª ed (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), 220.

⁵⁶ Eduardo González, *Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco* (Guatemala: Fundación Myrna Mack, 2003), 63.

⁵⁷ Artículo 26, Código Orgánico Integral Penal [COIP]. R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

⁵⁸ Ramiro García, *Código Orgánico Integral Penal Comentado: Tomo I Arts. 1 al 78* (Quito: Editores, 2014), 320.

volitivo consiste en la resolución dirigida a realizar el acto típico, así como también la ejecución de tal decisión; la intención de alcanzar un resultado típico”⁵⁹. No se trata, por tanto, de cualquier querer, sino uno dirigido hacia los elementos objetivos del tipo. En el caso del tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se requiere el dolo de traficar para romper la presunción de inocencia. La Corte Constitucional en la sentencia No. 7-17-CN/19 mantuvo este criterio:

La presunción de inocencia no se desvanece por el sólo hecho de superar la cantidad máxima admisible establecida en la Resolución del CONSEP. Por lo tanto, en todos los casos se deberá probar la intención de traficar⁶⁰.

De modo que, no es suficiente que se trafique mediante oferta, almacenamiento o a través de alguno de los verbos rectores establecidos el tipo penal, sino que siempre es indispensable para determinar la responsabilidad del procesado que se demuestre el propósito de comercializar. El derecho de la defensa del procesado no se garantiza si al encontrarle con sustancias estupefacientes dentro de los umbrales que determinan mínima, mediana, alta y gran escala se prueba su responsabilidad, es menester que los operadores de justicia garanticen este derecho a través del acervo probatorio que concluya la existencia del dolo de traficar.

7.1.1. Dolo eventual

El tráfico de sustancias catalogadas a fiscalización puede cometerse con dolo eventual. El dolo eventual que se entiende aquí es el apreciado por la doctrina mayoritaria, esto es con sucedáneos de la voluntad como consentir, aprobar o aceptar. El dolo eventual respecto del dolo directo se diferencia en que no existe una voluntad precisa o hasta las últimas consecuencias sobre los elementos objetivos del tipo, sino que hay un dolo en el que la voluntad se encuentra sin duda reducida.

El autor tiene el conocimiento del tipo de tráfico, pero no quiere realizar directamente la conducta penalmente relevante. El procesado no consciente o tiene la intención de poner en el comercio las sustancias penadas, sino que simplemente aprueba o acepta que pueda suceder esa posibilidad. En la realidad, esta perspectiva se evidencia en un consumidor con tenencia de escala mínima de droga para su consumo durante semanas que se le ocurre colocar en el mercado, es decir, situación en la que existe un consumidor que a la vez es traficante como se analizará adelante.

⁵⁹ Hans Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Granada: Comares, 2003), 315.

⁶⁰ Sentencia. No 7-17-CN/19, Corte Constitucional, 02 de abril de 2019, párr.25

7.1.2. Dolo directo

Que el tipo en cuestión se puede configurar mediante dolo directo es factible, desde luego, y casi una obviedad debido a que el dolo general es con el que la mayoría de los tipos penales parten. Aquí existe consciencia plena y voluntad total sobre los elementos objetivos del tipo de tráfico. Es decir, el procesado traficó mediante cualquiera de los verbos rectores establecidos en el Art. 220 .1 del COIP⁶¹ con la intención de comercializar sustancias estupefacientes y psicotrópicas sin más, existió representación y el querer pleno en la acción.

7.2. Dolo específico de finalidad: propósito

El dolo específico que se requiere en el delito de tráfico de sustancias catalogadas a fiscalización es sobre comercializar o colocar en el mercado. La discusión constante respecto al propósito de comercializar o de consumo propio de las sustancias sujetas a fiscalización es difícil de determinación en la práctica. No obstante, es una situación que siempre se resuelve con la mal llamada prueba del elemento subjetivo: dolo.

La mal llamada prueba de los elementos subjetivos se debe a que el dolo no se prueba, sino que se imputa. Al ser imposible determinar de manera directa lo que sucede dentro de la cabeza de las personas, esto es si alguien puede actuar con más o menos voluntad, lo que expertos en la prueba de los estados mentales como Daniel González Lagier o Armando Sánchez Málaga recomiendan es realizar una primera constatación con prueba directa de hechos externos que posteriormente se someten a un análisis subjetivo de imputación.

En primer lugar, se prueban los hechos externos mediante cualquier medio probatorio directo e indirecto. En segundo lugar, se infiere el conocimiento a través de los siguientes indicadores: riesgo, evitabilidad, contexto específico, experiencia previa del autor, rol, actos específicos y motivos racionales⁶².

Significa que para determinar el propósito de comercializar o colocar en el mercado sustancias catalogadas a fiscalización es necesario determinar hechos externos concretos a través de pruebas directas o indirectas para posteriormente realizar analizar o imputar la conducta externa que determine el ánimo que pudo haber tenido el autor. Para ello, los tribunales y cortes del país suelen establecer varios indicios que, si bien no se encuentran determinados taxativa y jurisprudencialmente, fundamentan el ánimo de

⁶¹ Artículo 220.1, COIP

⁶² Armando Sánchez, *Una teoría para la determinación del dolo: Premisas teóricas e indicadores prácticos* (Montevideo: Editorial BdeF, 2018), 414.

colocar en el mercado estas sustancias. En cambio, existen países como España en donde existen indicios jurisprudenciales para determinar esa finalidad específica establecidos concretamente:

Suelen ser indicios importantes a la hora de apreciar el ánimo de traficar: a) La posesión de una cantidad importante de droga, cantidad que debe valorarse según la clase de sustancia, su pureza, la cantidad habitualmente consumida por el poseedor; la jurisprudencia entiende que la posesión va dirigida al tráfico cuando son dosis altas; b) Que el poseedor no sea adicto o consumidor habitual; y c) La posesión de drogas de distintas clases⁶³.

Como se puede observar, cada uno de los indicadores anteriores se pueden comprobar de forma directa a través de distintas pruebas. Para determinar la posesión existen testimonios y la pericia química del contenido encontrado. Que el poseedor es adicto o consumidor habitual se puede apreciar a través de los exámenes psicosomático y toxicológico. Por último, la posesión de drogas de distintas clases también se puede comprobar a través de análisis químico con una pericia.

En ese sentido, la finalidad específica de consumir o traficar se puede obtener, en un primer momento, a través de pruebas directas. Sin embargo, estas deben someterse a un análisis posterior subjetivo; por ejemplo, de contexto específico como que al procesado se le encuentre afuera de un colegio con diferentes tipos de drogas, herramientas para cortar y empaquetar, dinero no justificado y con una cantidad de droga importante. Todos elementos externos que, en su conjunto, corroboran que existió dolo o intención específica de traficar y que las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización no eran para consumo propio.

7.3. Comercializar o colocar en el mercado

Ahora bien, en nuestra legislación los dos verbos rectores “comercializar” o “colocar” preceden al elemento valorativo mercado, sin los cuales es imposible establecer la responsabilidad del procesado. Para que se configure el delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización es menester que se pruebe la comercialización en el mercado. La jurisprudencia en materia penal dada por la sala penal de la Corte Nacional, así como el quehacer jurídico de los jueces de tribunales de primera y segunda instancia en el Ecuador que sentencian este tipo de casos establecen al menos los siguientes elementos para desvirtuar el tráfico: examen psicosomático, toxicológico, testimonios directos y certificados que demuestren que se trate de una persona en rehabilitación.

⁶³ Jesús Silva Sánchez, *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial* (Barcelona: Atelier: 2006), 259.

Por añadidura, cuando el procesado rebase las cantidades establecidas para la tenencia y consumo personal no se constituye automáticamente la presunción de culpabilidad. Más bien, la presunción de inocencia no se vence mientras no exista prueba suficiente sobre el ánimo de traficar. De hecho, la Corte Nacional mantiene que corresponde a los operadores de justicia establecer que la persona en tenencia de sustancias estupefacientes tenga la intención de traficar en lugar de consumir⁶⁴. De ahí, que la intención de comercializar o de consumir es un tema que debe evaluarse a través de pruebas específicas.

La cantidad específica del porte de estupefacientes es el primer elemento que el juez debe constatar para la configuración del tipo. No obstante, si eventualmente el juzgador se le ocurriera condenar con esta única prueba estaría incurriendo en una contravención expresa grave. De hecho, la cantidad de estupefacientes que una persona guarde consigo no es el único elemento que define la antijuridicidad de la conducta, tan solo es un elemento más que le sirve al juez para valorar la ilicitud de la conducta. En otras palabras, vendría a ser la *conditio sine qua non*, sin la cual no es posible proceder con el análisis del tipo penal, pero nunca un elemento irrefutable.

El peso de la sustancia es un elemento importante que por sí solo no cumple con el estándar de íntima convicción establecida en nuestra legislación penal. Es necesario que para su relevancia se cuente con otros datos que corroboren la hipótesis del tráfico, como “instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaqueo o distribución y existencia de cantidades de dinero injustificadas”⁶⁵ que desvirtúen la tesis de consumo y demuestren certeza de la responsabilidad del procesado respecto al tráfico. Elementos que por el *onus probandi* deben ser demostrados por la Fiscalía.

La prueba por antonomasia para establecer el peso y la clase de sustancia catalogada sujeta a fiscalización es el informe pericial de análisis químico cualitativo. “Las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización aprehendidas se someterán al análisis químico (...)”⁶⁶. Es decir, es la prueba científica para la determinación exacta de la cantidad y pureza de la sustancia. Una vez que se haya constatado a través de una pericia química su contenido, es posible continuar con un posterior análisis de otras pruebas, sino el tipo sería atípico al no tratarse de sustancias prohibidas por el COIP.

⁶⁴ Resolución No.14-2023, Corte Nacional de Justicia, 24 de enero de 2024.

⁶⁵ Considerando 37, Resolución No.14-2023.

⁶⁶ Artículo 474, COIP.

Primero, el examen psicosomático es importante para determinar que se trata de una persona consumidora que es dependiente a las sustancias ilícitas del tipo en mención. La prueba apropiada interpreta el perfil de personalidad, manifestaciones psicosomáticas, su evolución por fases y el terreno familiar⁶⁷. Es decir, el examen psicosomático tiene como finalidad determinar si la persona es consumidora o no lo es.

El examen psicosomático es trascendental toda vez que es una pericia que sirve para determinar si una persona es consumidora, ya que consiste en analizar la edad en la que la persona procesada inició a consumir droga, la modalidad, la frecuencia de consumo, antecedente patológicos familiares y personales⁶⁸.

No obstante, es una pericia que tampoco constituye prueba por sí sola para la determinación de una persona consumidora. Es menester contrastarla con exámenes complementarios como el examen toxicológico que determine el tipo de sustancia que la persona consume, esta es la prueba científica para determinar el resultado positivo o negativo que detecte metabolitos en orina de sustancias sujetas catalogas a fiscalización. Una persona puede mencionar en la entrevista de la prueba psicosomática que es consumidora, pero en el examen toxicológico podría establecer un resultado contrario.

Segundo, el examen toxicológico es una prueba importante para la determinación del consumo o el tráfico, pero tampoco basta por sí sola. La Corte Nacional respecto a esta prueba establece que es bastante frecuente los casos que se relacionan con la drogodependencia como un problema de salud pública, por lo que es indispensable que exista prueba pericial que determine los problemas relacionados con estas sustancias ⁶⁹. Sin embargo, el hecho de que una persona sea consumidora no significa que, al mismo tiempo, no pueda ser traficante, motivo por el que se necesita de otras pruebas que corroboren una hipótesis y niegan otra.

Es decir, cuando el juzgador se encuentra ante un examen psicosomático y una pericia toxicológica que determinan que la persona es consumidora, pero a la vez en la conclusión del mismo examen psicosomático se determina que la persona consumidora se encontraba con una cantidad excesiva de sustancias estupefacientes para el consumo inmediato; se requiere de pruebas adicionales que afirmen una tesis específica. En la práctica judicial, los testimonios directos de otras personas son indicadores adicionales sobre la intención de consumir o traficar que tuvo el procesado.

⁶⁷ Marie Amato, *Delincuencia, prostitución y drogas* (Argentina: La Roca, 2015).

⁶⁸ Considerando 44, Resolución No.14-2023.

⁶⁹ Considerando 32, Resolución No.14-2023.

En la sentencia No. 703-2020, la Sala Penal de la Corte Nacional mencionó que la Corte Provincial estableció la intención de comercialización en la conducta de la procesada, aunque a la vez se haya demostrado su calidad de consumidora⁷⁰. En la sentencia en mención es importante resaltar que el tribunal no se limitó a la comprobación de la cantidad de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización encontradas, sino que demostró la intención de tráfico:

De las declaraciones testimoniales que han sido recogidas, se puede determinar el hecho de que, si bien es cierto que la procesada sufre de adicción, no es menos verdad, que se le encontró expidiendo sustancias estupefacientes (...). Si recogemos la declaración de la perito que elaboró el examen psicossomática la procesada se determina que la cantidad de droga es excesiva para el consumo inmediato⁷¹.

En ese sentido, en nuestra legislación es necesario que el fiscal tanto como el juez, una vez que hayan comprobado la materialidad de la infracción, establezcan cómo se comprobó el ánimo de traficar. Es decir, que se compruebe que la persona procesada tenía la intención de traficar y no de consumir, independientemente de la cantidad con la que se le haya encontrado. En caso de no verificarse el delito de esa manera se contraviene expresamente la disposición constitucional establecida en el Art. 364 de la Constitución del Ecuador.

8. Conclusiones

Durante el desarrollo de esta investigación se analizó detalladamente sobre el papel clave que juega la finalidad como elemento subjetivo en el delito de tráfico de drogas controladas. Las complejidades inherentes al establecimiento de responsabilidad penal se exploran a través de una revisión de la legislación penal, la jurisprudencia relevante y estudios de casos, destacando la importancia de considerar la intención de vender o introducir en el mercado estas sustancias controladas.

Se ha demostrado que, además de la comisión de actos ilícitos tipificados por la ley, un propósito comercial específico es esencial para la atribución de responsabilidad penal en estos casos. Este elemento subjetivo, caracterizado por la intención de quien cometió el delito, es fundamental para una comprensión completa y precisa del delito, lo que, a su vez, incide directamente en la aplicación de la proporcionalidad y la justicia de las sanciones.

⁷⁰ Sentencia No.703-2020. Causa No.15281-2019-00098, Corte Nacional, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 24 de junio de 2020, pág.9.

⁷¹ Sentencia No.703-2020. Causa No.15281-2019-00098, pág.28.

El análisis muestra que la correcta interpretación y aplicación de elementos subjetivos no solo contribuye a la exactitud de las condenas penales, sino que también contribuye a la justicia y la equidad dentro del sistema legal. Por lo tanto, se ha argumentado a favor de un marco legal más claro en cuanto a la definición y consideración de los fines de comercialización o introducción en el mercado, a fin de evitar ambigüedades que puedan complicar la persecución y sanción efectiva del tráfico ilícito de sustancias controladas. sustancia.

Con base en estos hallazgos, se recomienda que el marco legal incorpore definiciones y criterios claros para identificar y sancionar adecuadamente el tráfico de sustancias controladas, teniendo en cuenta no únicamente los actos ilícitos cometidos, sino también las intenciones detrás de los mismos. Esto no únicamente beneficiará el trabajo de los operadores legales, sino que también garantizará que los bienes jurídicos estén más eficazmente protegidos, contribuyendo así a combatir el tráfico de drogas y su impacto nocivo en la sociedad.

En resumen, este estudio destaca la necesidad general de reconocer el propósito como un componente importante de la composición criminal del tráfico de sustancias controladas, aboga por un enfoque más integrado que reconozca la complejidad de este fenómeno y promueva respuestas legales más consistentes y efectivas.