



CORTE  
CONSTITUCIONAL

Quito, D. M., 19 de enero del 2012

**SENTENCIA N.º 006-12-SCN-CC**

**CASO N.º 0015-11-CN**

**CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN**

**Jueza constitucional sustanciadora:** Dra. Nina Pacari Vega

**I. ANTECEDENTES**

**De la demanda (consulta) y sus argumentos**

Los Doctores Renato Vásquez Leiva, Luis Manosalvas Sandoval y Ab. Laura Machuca Arroba, en sus calidades de presidente del Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, juez y juez temporal respectivamente, consultan a la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 428 de la Constitución de la República, lo siguiente:

Que mediante sorteo de ley correspondió conocer al Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, el proceso penal N.º 170-10, el mismo que en sentencia declaró que existe inconstitucionalidad en el artículo sesenta y dos de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en la parte relativa a la pena que corresponde a los autores de tenencia y posesión de estas sustancias ilícitas, en cantidades menores a 2 kilos, por contrariar el Principio de Proporcionalidad, consagrado en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República.

Que la obligación de los jueces de consultar la constitucionalidad de las normas y de declararla en el caso que sea en sentencia, deriva del hecho de que son ellos quienes aplican la norma en los casos puestos a su conocimiento, por lo que establecida la inconstitucionalidad, debe ser dirimida en la forma que establece la Constitución y las leyes.

Que en un modelo procesal penal de carácter garantista, es su obligación velar por la aplicación y cumplimiento de los principios, derechos y garantías

constitucionales, así como de aquellos que se encuentran declarados en instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Que el mandamiento constitucional del artículo 168 numeral 1, dispone el principio de independencia judicial, al establecer que ningún organismo de la misma administración de justicia o de las demás funciones del Estado pueden interferir, obstaculizar o direccionar las actuaciones de los jueces; que este principio se encuentra gobernado por las reglas de la sana crítica, herramienta fundamental en las decisiones del juez para alcanzar una inferencia lógica con los niveles de certeza que el procedimiento penal permite, en un ejercicio de coordinación mental del juzgador, con conocimientos especializados de la materia, entre los hechos, lo evidenciado o de los medios de prueba.

Que la Constitución de la República ha establecido los mecanismos constitucionales para que el juez, en ejercicio de sus funciones, encuentre y declare que una norma es inconstitucional, debe hacerlo y elevar a conocimiento y resolución de la Corte Constitucional, así lo determina el artículo 428 de la Constitución.

Que el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha encontró que la disposición del artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas es inconstitucional en la pena que corresponde a las conductas de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en cantidades menores a dos kilos.

Que los legitimados activos, al momento de dictar sentencia dentro de la causa N.º 170-10, consideran que: “el principio de proporcionalidad de las penas requiere que la clase y cuantía de la sanción prevista por el legislador, esto es el marco penal abstracto, guarde relación con la gravedad de la conducta tipificada como delito y que únicamente encuentra justificación la imposición de una pena a la persona responsable de la comisión de la infracción...”.

Que el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha analiza en su fallo la proporcionalidad de las penas para los casos de delitos relacionados a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, a fin de que guarden la debida proporcionalidad con el daño ocasionado por la conducta prohibida; para esto recogen el principio de proporcionalidad consagrado en la Constitución de la República.



Que el constituyente de Montecristi, luego de efectuar un ejercicio de ponderación respecto de la conducta de las llamadas mulas del narcotráfico y que se dedican al pequeño comercio de estupefacientes, resolvió conceder el indulto a favor de quienes transportaron pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (dos Kilos), pues se consideró que no existe la debida proporcionalidad entre el daño causado y la sanción determinada en la ley de la materia.

Que si el Constituyente consideró que la cantidad de droga (2 kilos) es “pequeño comercio de las mismas”, para hacer merecedor del indulto a los condenados por delitos relacionados al narcotráfico, entonces el juez también puede recoger esos principios y postulados para tenerlos como parámetros de su ponderación y determinar la debida proporcionalidad de la pena con relación a la conducta prohibida de los sujetos activos de los delitos relacionados a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Que el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, para la solución de la causa N.º 170-10, seguida en contra de Norma Elizabeth Puga Olaya, por la tenencia de 235 gramos de cocaína, por considerar que existe colisión entre los principios de libertad y el de necesidad de la pena, luego de aplicar el test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), llega a la conclusión de que la tenencia de sustancias estupefacientes en cantidades menores no coloca en situación de peligro al bien jurídico tutelado, sino más bien a la posibilidad de repetición de estas conductas, lo que puede conducir a la situación de riesgo.

Que un sector de la dogmática penal cuestiona la existencia de los tipos penales de peligro abstracto, pues se pasa de la responsabilidad penal individual a la responsabilidad por lo que otros pueden hacer, pero por otro, la pérdida de la libertad origina la desintegración, desestabilización social y económica de las familias, en especial de los hijos de las personas infractoras que permanecen en los centros de rehabilitación social.

Que de acuerdo a los fundamentos expuestos, el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha considera que la disposición del artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas es inconstitucional en la pena que corresponde a las conductas de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en cantidades menores a dos kilos.

**Pretensión concreta**

Los consultantes señalan que: "...suspende la tramitación de la causa y remite el expediente en consulta a la Corte Constitucional, a fin de que resuelva sobre la inconstitucionalidad del tipo penal del Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en lo relativo exclusivamente a la pena que corresponde al delito en el supuesto fáctico de acusados que fueron encontrados en tenencia o posesión de sustancia estupefacientes o psicotrópicas en una cantidad menor a dos kilos (...)"

**De la admisión y competencia**

El 22 de marzo del 2011 a las 8h46, ante la Corte Constitucional, para el período de transición, se presenta la acción que nos ocupa. Con base a lo establecido en el artículo 81 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 127 del 10 de febrero del 2010, mediante oficio N.º 1179-CC-SG-2011 del 24 de marzo del 2011, se remite el expediente a la Dra. Nina Pacari Vega, a fin de que actúe como jueza sustanciadora de la causa. Mediante auto del 20 de abril del 2011 a las 11h30, se avoca conocimiento de la causa.

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con lo previsto en los artículos 428 y 429 de la Constitución de la República.

La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso, esto es, el establecido en el artículo 141 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y artículo 81 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, por lo cual se declara su validez.

**Identificación de la disposición legal consultada**

Los legitimados activos, jueces del Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha, consultan la constitucionalidad del artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, el mismo que determina:

“Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.- Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su

consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales”

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Previo a decidir el fondo de la consulta planteada es necesario abordar las siguientes precisiones:

- ¿Cuál es la naturaleza de la “consulta de constitucionalidad”, como control concreto de constitucionalidad?
- ¿Cuál es el bien jurídico tutelado en los delitos de narcotráfico?
- ¿Cuál es el entorno jurídico-procesal de la norma cuya consulta de constitucionalidad se solicita?

#### **Sobre la naturaleza de la “consulta de constitucionalidad”, como control concreto de constitucionalidad**

El artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que cuando un juez, ya sea de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a un Instrumento Internacional que contemple derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, deberá suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional; claro está, indicando la norma jurídica sobre cuya constitucionalidad existan dudas, a fin de que el máximo organismo de control constitucional emita su pronunciamiento. Esta es una de las modificaciones más relevantes que incorpora la actual Constitución, vale decir, el cambio de un sistema de control difuso a un sistema concentrado del control de la constitucionalidad.

En el artículo 424 ibídem se instituye el principio de supremacía constitucional al señalar: “las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales”, caso contrario, se impone la consecuencia de carecer de eficacia jurídica.



Así concebida la naturaleza de esta acción de consulta de constitucionalidad, como control concreto de constitucionalidad, dicho control tiene que ver y/o guarda estrecha relación con el examen de constitucionalidad que se debe hacer a la norma o normas consultadas, bajo los parámetros de la acción de inconstitucionalidad, así lo viene sosteniendo la Corte Constitucional ecuatoriana.

La defensa de la Constitución apela a mecanismos propios del modelo concentrado y abstracto, e involucra en esa tarea a la Corte Constitucional y a todos los jueces y tribunales sin excepción. La acción de consulta de constitucionalidad está dentro de aquellas acciones y mecanismos para la defensa de la Constitución, así como de los derechos reconocidos en la misma.

### **Control concreto de constitucionalidad**

Cabe señalar que a la Corte Constitucional le corresponde resolver sobre la constitucionalidad de la norma que el juez, ya sea de oficio o a petición de parte, haya considerado que resulta ser contraria a la Constitución.

En la acción de consulta de constitucionalidad, la Corte Constitucional debe hacer un control integral y de unidad normativa; en la sentencia debe pronunciarse de fondo sobre todas las normas demandadas; adicionalmente, el fallo podrá cobijar normas no demandadas que, sin embargo, conformen unidad normativa con aquellas otras que se someten al examen de constitucionalidad<sup>1</sup>.

La norma legal consultada, por regla general, se confronta con la totalidad de los preceptos de la Constitución, a fin de garantizar de esta manera su supremacía e integridad. En consecuencia, la sentencia de la Corte puede fundarse en normas de la Constitución no invocadas por el demandante. El control integral que obligatoriamente realiza la Corte se asocia a los efectos de cosa juzgada constitucional que se predica de sus fallos.

---

<sup>1</sup> La unidad normativa se define a partir de la existencia de una relación lógica, necesaria, principal y objetiva entre las disposiciones que son objeto de la declaración de inconstitucionalidad y las que identifica la Corte, unidad ésta que se conforma con el objeto de que el fallo de inconstitucionalidad que se profiera no vaya a ser inocuo. Las normas sobre las que recae el fallo de inconstitucionalidad o constitucionalidad, deben estar vigentes. El principal efecto de la sentencia de inconstitucionalidad es el de expulsar del ordenamiento jurídico la norma que contraviene la Carta.



### **¿Cuál es el bien jurídico tutelado en los delitos de narcotráfico?**

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas se promulga en el Ecuador el 17 de septiembre de 1990 en el Registro Oficial N.º 523. En dicho cuerpo legal, en el artículo 64, se procede a tipificar como infracción penal la tenencia ilícita de sustancias estupefacientes; para ello dicha disposición estatuye como delito a:

“Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales”.

Mediante publicación realizada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 490 del 27 de diciembre del 2004, el Congreso Nacional procede a codificar la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, asignando al delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes el artículo 62 de dicha codificación, sin que exista modificación en la descripción del hecho punible que se tipifica.

Como bien lo recoge la doctrina, la tipificación establecida en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas es de aquellas denominadas abiertas o en blanco, que han llevado al legislador a establecer una variada gama de descripciones de supuestos fácticos como conductas antijurídicas; estos delitos se los denomina delitos de peligro, y su sanción pretende evitar una futura lesión del bien jurídico protegido, que en este caso es la salud pública, la que por sí constituye un valor de la vida que como tantos otros tienen una característica ideal hasta que resultan retomados por el Ordenamiento Jurídico, convirtiéndose en bienes jurídicos tutelados.

Zaffaroni, respecto al bien jurídico protegido por el derecho penal, sostenía que: “la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que estos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. En esos ámbitos se trata de bienes jurídicos tutelados (por la respectiva norma que lo manifiesta). La ley penal solo eventualmente individualiza alguna acción que lo

afecta de cierto modo particular pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional. El derecho penal recibe el bien jurídico ya tutelado y la norma que se deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares y aisladas de lesión al mismo, incluso cuando lo hace por expreso mandato constitucional o internacional. Estos mandatos ordenan la criminalización primaria de algunas acciones que los afectan, pero aunque no lo hiciesen, no por ello dejarían de ser bienes jurídicos”<sup>2</sup>.

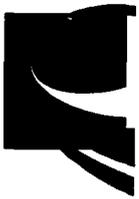
Sobre este tema, el profesor alemán Kai Ambos, al referirse al bien jurídico tutelado por las legislaciones antidrogas en Sudamérica manifiesta: “Partiendo de una concepción según la cual el derecho penal deriva su legitimación desde la protección de bienes jurídicos amenazados, se plantea la cuestión de si también el legislador suramericano siguiendo la tendencia extendida trata de justificar las amenaza de sanción del derecho penal de drogas a través de la protección de la salud pública, es decir, un bien jurídico de gran extensión, que no siempre está en condiciones de comprobar el estándar mínimo del daño social de la conducta penada”<sup>3</sup>.

Los delitos de narcotráfico (en sus diversas categorías penales), se constituyen en delitos contra la salud pública y se los considera ilícitos de riesgo abstracto y de consumación anticipada, por lo que resulta indiferente al ordenamiento jurídico la eventual lesión o perturbación física o psíquica de la persona que llega a consumir la droga objeto de la tenencia ilícita, ya que en este tipo de delitos el sujeto pasivo de la infracción típica-antijurídica, no se constituye una persona concreta e individual, sino el colectivo social, sobre cuyo bienestar en salud pública es el objeto de protección de la normativa.

La tenencia ilícita de sustancias estupefacientes o psicotrópicas (artículo 62), cuya constitucionalidad se consulta, dado la forma en que el legislador ha redactado los elementos de dicha tipicidad, no exige una lesión concreta, ofreciéndose como de peligro abstracto, de riesgo común, en cuanto que la conducta a que atiende se cierne como amenazante riesgo sobre la salud pública; aquí el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta, de forma que ante la contemplación de un proceder peligroso, el legislador, sin otras exigencias, sanciona su realización con una pena; por tanto, este delito es formal o de mera actividad.

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro “Derecho Penal Parte General”, Segunda Edición, EDIAR 2002, págs. 486-487.

<sup>3</sup> KAI AMBOS, Control de Drogas, Editorial Gustavo Ibáñez, año 1998, pág. 91.



La Constitución ecuatoriana, en el artículo 32, establece que la salud es un derecho garantizado por el Estado, vinculando su realización al ejercicio de otros derechos, considerando en el artículo 364 de la carta constitucional como un problema de salud pública a todo tipo de adicción, por lo que corresponde al Estado desarrollar programas de información, prevención y control de estas adicciones; es en este marco que el Estado, en ejercicio de su poder punitivo, recogiendo el bien jurídico tutelado por la Constitución (a decir de Zaffaroni), ha descrito la conducta típica-antijurídica que sanciona como infracción penal bajo la concepción doctrinaria de un delito de peligro abstracto.

Queda claramente establecido de esta manera que el bien jurídico tutelado en los delitos de peligro abstracto, generalmente es de orden público, común o colectivo, pues precisamente es la abstracción del peligro y la lejanía de la lesión las que hacen que no pueda conocerse *prima face*, cuál será la conducta lesiva posterior ni el futuro objeto lesionado materialmente; siendo así, el bien jurídico salud pública, analizado en el contexto de la tenencia ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, denota la intención del legislador de proteger a los titulares plurales de ese bien (sociedad), de la conducta presuntamente peligrosa del tenedor.

**¿Cuál es el entorno jurídico-procesal de la norma cuya consulta de constitucionalidad se solicita?**

El establecer la debida descripción delictiva, así como los elementos que la integran, conlleva que se analice en debida forma el principio de legalidad, principio que se traduce en el viejo aforisma latino del "*nullum crimen sine lege, nullam pena sine lege*", es decir que la infracción y la pena deben estar previamente establecidas en la ley, siendo la determinación de esta tipificación una atribución privativa de la función legislativa, así lo establece la norma constitucional, pues existe reserva de ley para la formulación de cuerpos legales penales, entre los que se integra la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Este principio de legalidad en el Estado de Derecho nos enfrenta a la constitucionalidad formal de la norma, es decir, al origen que la misma tiene; sin embargo, en el Estado Constitucional se debe proceder a analizar más allá de la formalidad de la norma. Al respecto, Luigi Ferrajoli señala que: "El Estado Constitucional de Derecho no es otra cosas que esta doble sujeción del derecho

al derecho, generada por la disociación entre vigencia y validez, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial”.

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

Servio Tulio Ruiz manifiesta: “En efecto, para que el delito subsista es necesario que el tipo legal penal describa el hecho. Esta descripción, lógicamente, es en forma abstracta y general donde se consigna con claridad sus características mínimas, porque, bien entendido, los hechos de la vida son más activos y complejos que los hechos descritos en las formas penales; por que debe tenerse en cuenta que el delito es una creación legislativa...” y continua afirmando “que el hecho concreto, episódico, realizado por el hombre debe reproducir la hipótesis criminosa abstractamente formulada en la norma penal, la cual debe describir de manera inequívoca tal hipótesis, sin que haya dudas en cuanto a sus elementos, características, estructura y naturaleza penales. La correspondencia entre la realización episódica y la descripción normativa es lo que se denomina tipicidad”<sup>4</sup>.

Son estos hechos doctrinarios los que debe la Corte Constitucional observar si se han cumplido o no, a fin de determinar la debida congruencia de la norma cuya constitucionalidad se consulta, esto es, el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Es evidente que el establecimiento de la tipicidad devino del ente legislativo, el cual ejerció su competencia frente a la reserva constitucional en materia penal, pues fue el Congreso Nacional el que estatuyó la infracción, la misma que se ha mantenido hasta estos momentos, debiendo ser analizada dicha norma a la luz del actual Estado Constitucional que rige al Ecuador y de su carta constitucional.

---

<sup>4</sup> RUIZ, servio tulio, “Teoría del Hecho Punible”, Edic. Librería del Profesional, Bogotá, 1981, pag.14-15

La Corte considera necesario partir este análisis desde el momento histórico en el que se promulgó la ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas; en este sentido, Diego Camaño Viera, al referirse a la política criminal en materia de estupefaciente, manifiesta<sup>5</sup>:

“No es posible comprender adecuadamente la legislación nacional si no es con relación a la dimensión internacional de la normativa antidrogas, ya que es aquí donde se definen los principales lineamientos de la intervención punitiva; a principios del siglo XX comienzan a surgir ámbitos internacionales, que a la postre resultarán determinantes para explicar el desarrollo de las distintas legislaciones nacionales. Por lo tanto, las mismas no pueden verse aisladamente sino dentro de ese particular contexto internacional, pues constituyen una adecuación (en el nivel doméstico) de las normas internacionales.

Queda pautado así uno de los caracteres principales de la política criminal en materia de estupefacentes: su tendencia a la internacionalización. Esa tendencia ha terminado por comprometer a los Estados en una suerte de “lucha internacional contra las drogas”, desarrollada en distintos niveles (represivo, médico, educativo), que ciertamente limita las posibilidades de una actuación autónoma por parte de aquellos, al estar cada vez más condicionados a la adopción de políticas comunes...”.

Es en este marco de lucha internacional contra los delitos del narcotráfico que la legislatura ecuatoriana promulga el 17 de septiembre de 1990 la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, que tipifica la tenencia ilegal de este tipo de sustancias, tipicidad que ha permanecido inmutable hasta la presente fecha, no obstante la transformación jurídico política de la estructura del Estado que ha transitado el Ecuador desde aquella fecha.

Es precisamente en este orden de la evolución del marco estructural del Estado, que los legitimados activos cuestionan esta tipicidad, pues consideran que la misma es atentatoria contra el principio constitucional de proporcionalidad que debe existir entre el delito y la pena consagrado en el artículo 76 numeral 6 de la norma constitucional, que determina: “la ley establecerá la debida

<sup>5</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA, “Entre el Control Social y los Derechos Humanos”, Quito-Ecuador, 2009, págs. 56-57.

proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

En el caso en concreto, consideran que la pena que se establece en el artículo 62 de la Codificación a la Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas, esto es de “doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales”, es excesiva cuando se trata de la tenencia y posesión ilícita de sustancias estupeficientes y psicotrópicas en cantidades mínimas; frente a este argumento es necesario efectuar las siguientes consideraciones.

El legislador es el llamado a promulgar la norma punitiva en materia penal y es quien debe efectuar la debida descripción de los hechos que tipifica, lo que conlleva que establezcan normas bajo la exigencia de “*lex certa*”, lo que conlleva a dictaminar un mandato que determina de forma expresa las conductas punibles y sus consecuencias, sin que exista duda en cuanto a su contenido y alcance, es decir, recoger en debida forma el principio de legalidad de la norma penal y de reserva absoluta a favor del legislador como lo estatuyen los artículos 76 numeral 3, y 132 numeral 2 de la Constitución de la República.

Al plantear la consulta de constitucionalidad, el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha no se dirige a cuestionar la constitucionalidad del establecimiento de la tipicidad del delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupeficientes y psicotrópicas, quedando claro que la validez normativa de dicha tipicidad no se encuentra en discusión.

Lo que se cuestiona por parte del juzgador consultante es la sanción con la que se reprime dicha conducta; sobre este punto la Corte Constitucional observa que la tipicidad efectuada por el legislativo es de aquellas consideradas como normas de peligro abstracto, que a decir de Claus Roxini, son aquellas en que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro; sostiene este tratadista que en tales hechos delictivos el bien jurídico protegido solo reconoce a menudo de una forma difusa, porque los tipos delictivos, en lugar de describir formas concretas de lesión del bien jurídico, tienden a describir situaciones de peligro abstracto que se sitúan en una fase previa a la producción del daño<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> ROXINI, Claus, “La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000, pág. 68



Desde este punto de vista, la tipicidad establecida en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas se encuadra con este tipo de infracciones, pues el legislador ha referido la conducta delictiva bajo los siguientes elementos típicos:

**“Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.- Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales”.** (Las negrillas pertenecen a la Corte Constitucional).

Al analizar este artículo 62 *ibídem*, la Corte Constitucional encuentra que este delito sanciona la acción que conlleva la ejecución de los verbos *“poseer o tener”*, sustancias estupefacientes o psicotrópicas sin la debida autorización legal; el legislador no establece como parte de los elementos constitutivos de su tipicidad ninguna consideración cuantitativa para la ejecución de dichos verbos; vale decir la hipótesis criminosa abstractamente formulada en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas por parte del legislador no hace consideración a la cantidad de sustancias ilícitas que se *“tienen o poseen”*, sino al hecho de que esta acción se la efectúa, con consentimiento expreso o tácito sin autorización legal alguna.

La sanción que establece el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, a la luz del análisis constitucional, se muestra evidente que no desborda el principio de *ultima ratio* del derecho penal, pues la conducta que se sanciona penalmente se encuadra dentro de la protección a la salud pública que ha establecido el legislador, al considerar que esta actividad que se ha convertido en un azote social a nivel mundial produce un verdadero daño social y amenaza de forma directa al bien jurídico tutelado, salud pública, insistiendo la Corte Constitucional en que la determinación de la tipicidad y la sanción que para ello se prevé es potestad privativa del legislador.

La Corte no encuentra que la decisión de sancionar penalmente la tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas constituya una medida represiva que desconozca la condición de *ultima ratio* del derecho penal, pues ha considerado que *“Quienes sin autorización legal o despacho de receta*

médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control”, constituye una conducta lesiva de los intereses de la comunidad, como es el derecho a la salud pública, derecho que es objeto de protección constitucional; sin dejar de esgrimir que dicha tipicidad se enmarca en el campo supranacional del derecho penal y la lucha en contra del delito de narcotráfico y sus ramificaciones.

### **Consideraciones finales a las que llega la Corte Constitucional**

Corresponde a los jueces constitucionales realizar un control de constitucionalidad de las normas. En la presente consulta se ha determinado que la sanción establecida en la norma contenida en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, relativa a la tenencia y posesión ilícita de estas sustancias, dada la condición de norma jurídica abierta y el principio de reserva estatuido a favor de la legislatura, no presenta contradicción con los principios constitucionales vigentes.

Es evidente que la pena con la que se sanciona a este tipo de delito responde a los presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pues no se puede negar que la misma es una medida adecuada y óptima para proteger el bien jurídico tutelado, esto es, la salud pública, a la par que se hace necesaria, pues limita el cometimiento de la figura penal tipo de la tenencia y posesión ilícita de drogas, y en cuanto a la proporcionalidad propiamente dicha, es lógico que la restricción al derecho a la libertad y la necesidad de la imposición de la pena frente a un ataque a la salud pública, conlleva la protección mayoritaria de este derecho; máxime aún cuando nos encontramos frente a una tipicidad abierta, a favor de la cual debe esgrimirse el principio *pro legislatore*.

### **III. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el período de transición, expide la siguiente:

**SENTENCIA**

1. Negar la consulta de constitucionalidad formulada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, frente al artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por no contradecir ni vulnerar norma constitucional alguna.
2. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dra. Ruth Seni Pinoargote  
**PRESIDENTA (e)**

Dr. Jaime Pozo Chamorro  
**SECRETARIO GENERAL (e)**

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con cinco votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Hernando Morales Vinueza, Nina Pacari Vega y Ruth Seni Pinoargote, sin contar con la presencia de los doctores, Alfonso Luz Yunes, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, en sesión del día jueves diecinueve de enero del dos mil doce. Lo certifico.

Dr. Jaime Pozo Chamorro  
**SECRETARIO GENERAL (e)**

JPCH/ccp/dab