

*La consulta en materia de drogas:
la situación actual en el Ecuador*

*Consultation on Drugs:
the Current Situation in Ecuador*

Robert Guevara Elizalde*

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i18.1240>

Lex

* Profesor de Derecho Penal, Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil (Ecuador). Expresidente del Instituto Latinoamericano de Derecho. E-mail: robertguevaraeli@hotmail.com





Neblina entre sol. Óleo sobre lienzo (54 cm x 73 cm). Ever Arrascue.

RESUMEN

Este es un breve estudio respecto de “la consulta al superior” como una figura del derecho procesal penal inquisitivo que aún sobrevive en algunos códigos y leyes en Latinoamérica. Pero su aplicación más sobresaliente en el Ecuador estaba en el control judicial en los juicios por drogas, atendiendo a las leyes de la materia. En esta investigación encontramos la evolución de las leyes de drogas en el Ecuador. La política criminal que la sostenía, los problemas procesales que generaba ante la aparición, en el año 2000, de un Código Procesal Penal con sistema acusatorio público contemporáneo y los esfuerzos de la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de justicia y aun de la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional para mantener sumisamente, y a toda costa, esta forma de control social. Aborda la aparición en el Ecuador del Código Orgánico Integral Penal en el 2014 y la desaparición de la consulta como una figura autoritaria judicial. La fundamentación científico-jurídica de esta investigación se sustenta en la abundante jurisprudencia y bibliografía citada.

Palabras clave: *consulta, auto, sentencia, drogas, proceso penal, ley de sustancias estupefacientes y sustancias psicotrópicas, doctrina penal, juez penal, Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, fuero de Corte, jurisprudencia, tratados internacionales, convenio internacional de cooperación, policía, represión.*

ABSTRACT

This is a brief study about the “Consultation to the Superior” as a feature of the inquisitive Criminal Proceedings Laws that still survives in some codes and regulations along Latin America. But its’ most notorious application in Ecuador is on the judiciary control on drugs trials, according to the related laws. In this investigation we found the evolution of the Ecuador drug regulations. The criminal policies supporting it, the problems on the processes generated upon the apparition in 2000 of a Criminal Proceedings Code with a contemporary public accusatory system and the efforts of the Supreme Justice Court’s criminal jurisprudence and the jurisprudence of the Constitutional Court to submissively maintain, and by all means, this way of social control. It address the apparition in Ecuador of the Criminal Cohesive Organic Code in 2014 and the disappearance of the consultation as an authoritarian judiciary figure. The scientific and legal base of this investigation is supported in abundant jurisprudence and quoted bibliography

Key words: *consult, act, sentence, drugs, criminal process, narcotic and psychotropic substances law, criminal doctrine, criminal judge, Supreme Justice Court, Constitutional Court, jurisdiction of Court, jurisprudence, international treaties, international cooperation treaty, police, repression.*

I. BREVE CONCEPTO, HISTORIA E INTRODUCCIÓN

La consulta es una institución jurídica procesal inquisitiva que permite que un juez superior revise en un determinado proceso algunas providencias como la revocatoria de medidas cautelares, sobreseimiento, o la sentencia, o incidentales como inhibición o prescripción, dictadas por un juez de grado inferior, quien la eleva en grado, de oficio, de tal manera que estas providencias pueden ser confirmadas, revocadas o reformadas por el superior, que asume el conocimiento y resolución de la consulta.

La consulta aparece en las *Partidas* de Alfonso X “el Sabio”, establecido después como fuente de derecho común supletorio por el Ordenamiento de Alcalá. Esta normativa medieval “introdujo el sistema inquisitivo”...¹. La consulta se hacía remitiendo el expediente que se elevaba hacia el monarca, como una forma de someter a su control y fiscalización lo actuado por los juzgadores, para su resolución final y dirimente por el rey. Otras leyes españolas que recogieron su legado se trasplantaron a sus colonias,² entre ellas el Ecuador. Por lo visto, la *Nueva Recopilación* de 1567 es propiamente el Código con el cual se inaugura el Derecho Español-Ecuatoriano, puesto que su promulgación tiene lugar poco después de la conquista del reino de Quito y asentamiento del Gobierno español en esta región americana, ocurrida entre 1530 y 1540.³

¹ Para más en detalle sobre el sistema inquisitivo en España, ver Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, tercera reimpresión de la segunda edición (Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2004), 300.

² Julio B. J. Maier, en su artículo “Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica (Los proyectos para la reforma penal)”, en *El Proceso Penal contemporáneo. Antología*, primera edición (Lima: Palestra e Instituto de Ciencias Penales, Universidad Privada “Antenor Orrego”, 2008), 625, nos dice: “El sistema judicial no podía escapar de esa caracterización general. La historia de los sistemas judiciales de Iberoamérica muestra perfectamente, en su diseño, la situación descrita. Particularmente, la América hispana recibe de sus colonizadores todo el modelo de organización judicial y las formas operativas de resolver conflictos sociales, cuyas bases políticas responden a los problemas y a las soluciones que la convivencia y la organización social planteaban en la metrópoli”.

³ Manuel Coronel, “Reseña histórica de los cuerpos de Derecho Civil y Criminal que han estado en observancia desde el tiempo del Gobierno español, en el territorio del Ecuador”, *Revista Científica Literaria de la Universidad del Azuay*, 1 (marzo de 1890), reimpresa, en la *Revista Científica y Literaria de la Corporación Universitaria del Azuay*, 1 (1997): 16. (Nota: la Facultad de Jurisprudencia, en sesión del 20 de febrero de 1890, y en virtud de la atribución 2ª del Art. 8 de la Ley de 1º de Agosto de 1885, reformatoria de la instrucción pública, adoptó para texto de enseñanza el compendio antes mencionado, por quien era en esa época catedrático de Derecho Civil de la misma Facultad, en Cuenca.)

En Ecuador, la consulta tiene antiguo linaje. La encontramos en la antigua “Ley Sobre Procedimientos Criminales” del 15 de diciembre de 1853, que ordenaba que se debía consultar la sentencia al “Tribunal Superior del Distrito”, en el caso de que el afectado no hubiese apelado de dicha sentencia. En el Art. 42, constaba la consulta ante la Corte Suprema de la sentencia de segunda instancia. En la evolución de la consulta en nuestro medio, incluso los jueces antiguos, “no letrados”, antes de dictar sentencia debían “consultar” con el “asesor”. Con las reformas de 1923 al Código de Enjuiciamiento Criminal debían elevarse en consulta al superior “los fallos incidentales que ponían término a la causa en las infracciones pesquisables de oficio, en donde no se había interpuesto recuso por las partes”.⁴ En épocas posteriores, los jueces consultaban después de dictada la sentencia o el auto de sobreseimiento, etc., a jueces superiores.

Si revisamos la legislación procesal penal común, inquisitiva-mixta, sobre la consulta, desde el CPP de 1938 (Art. 220 y ss., especialmente el Art. 222), las reformas al CPP de 1954 redujeron sus amplias prescripciones: el CPP de 1960 (Art. 218 y 220), el CPP de 1971 (Arts. 312 a 316, que se reformarían ulteriormente a través del Decreto Supremo No. 192 publicado en el Registro Oficial No. 763 de 17 de marzo de 1975, que incrementó una causal más de consulta), el CPP de 1983 (se le dictó todo un título V, capítulo único, Arts. 398-403).

1. La consulta en materia procesal penal

De estas lecturas se puede concluir que en el Ecuador la figura de la consulta “al superior” procesal penal es una institución procesal de Corte y fuente eminentemente inquisitiva-mixta, que inicialmente aparece con una sustanciación compleja que originó algunos rompecabezas jurídicos en la práctica forense, y en la jurisprudencia, en donde los excesos del juez en cumplir con la consulta y a veces indebidamente elevada, trajo antes —y trae aún en estos tiempos— graves problemas en su interpretación y aplicación, como por ejemplo:

Consulta sobre autos definitivos dictados por la Corte Superior revocando el auto motivado dictado por el Juez del Crimen, consulta rechazada por la Corte Suprema;⁵ o por ejemplo en los casos de sobreseimiento que elevado en consulta fue confirmado por el Superior, quien a la vez elevó indebidamente en consulta a la Corte Suprema lo que fue rechazado por la Alta Corte.⁶ O sentencias absolutorias que en vez de destinarlas a la Corte Superior del correspondiente distrito se remiten indebidamente a la Corte Suprema, por lo que esta rechaza esa consulta.⁷ O, cuando se eleva en consulta una resolución dictada en juicio de

⁴ *Gaceta Judicial*, serie V, número 126; y *Gaceta Judicial*, serie VI, número 1.

⁵ *Gaceta Judicial*, serie XI, número 8 (Resolución de la opinión del Fiscal General)

⁶ *Gaceta Judicial*, serie XI, número 12.

⁷ “Corte Suprema de Justicia.- SALA DE LO PENAL.- Quito, a 27 de enero de 1994, las 10H30, VISTOS:...SEXTO: El Tribunal Penal Segundo de Loja, por el pedido del absuelto Daniel Omar Errázvez Veintimilla, de declaración de su

acción privada, consulta indebida que fuera rechazada por la Corte Suprema; así como se rechazó por la Corte Suprema una consulta respecto de un auto que deniega la prescripción de la pena impuesta y la acción para perseguir al delito perpetrado, porque dicho auto no pone fin a las causas;⁸ o el rechazo de recurso de revisión remitido por un Tribunal Penal sin haber esperado la resolución de una consulta por el Superior.⁹ O creer que, en los casos de archivo del juicio por extinción de la acción penal, para los casos de los meros consumidores o adictos, algunos equivocadamente creen, por fuera de la ley, que dicha libertad por extinción de la acción deba consultarse al superior, cuando ese caso de liberación de adictos¹⁰ no está

situación jurídica, en cuanto a su libertad, es preciso que la sentencia absolutoria pronunciada a su favor, sea confirmada por la Corte Suprema de justicia...; siendo equivocado tal criterio de que la sentencia absolutoria debe ser previamente confirmada por la Corte Suprema puesto que el superior inmediato al Tribunal Penal de Loja es la Corte Superior de esa ciudad, a donde debió enviarse el proceso para los fines de la consulta de esa sentencia, en la parte de la absolución, y por cuyo error, lamentablemente, todavía no puede resolverse la situación de ese preso, cuestión por la que se amonesta a los jueces de ese Tribunal penal, Drs. Carlos Elías Yaguachi, Luis Sempértegui y Carlos Orellana Vivanco. Además, esta Sala no tiene competencia para resolver esa situación, ya que, como se deja señalado, a donde debió consultarse, para los efectos de confirmación o no de esa absolución —literal c) del Art. 43 de la Codificación de la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas— es a la Corte Superior de Loja”.

⁸ *Gaceta Judicial*, serie VI, número 1.

⁹ Auto dictado por la Tercera Sala de Penal de la Excm. Corte Suprema de Justicia el 29 de mayo del 2006, a las 11H20, que dice: “Vistos: El Quinto Tribunal Penal del Guayas concluyendo un proceso por tenencia ilegal de drogas, el 30 de mayo del 2002, a las 08H20, condena a Miguel Ángel Sánchez Vicente como autor y responsable del delito de tenencia y posesión ilegítima de drogas reprimido por el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas imponiéndole una pena modificada de 8 años de reclusión mayor ordinaria *sentencia que no ha sido consultada al Superior*, como lo prescribe el 5to inciso del Art. 122 de la referida Ley de drogas, razón por la que se considera que en el proceso subyacente mal podía haberse planteado, peor concedido el recurso de revisión; *la sentencia en materia de drogas, condenatoria o absolutoria debe ser obligatoriamente elevada en consulta al Superior* quien previo informe del Ministerio Fiscal debe resolver conforme lo previsto en el Código de Procedimiento Penal. *La sentencia que llegare a dictar la Sala Especializada de la Corte Superior es la que podría llegar a ejecutoriarse si las partes no hacen uso de la impugnación*. El recurso de revisión es un recurso extraordinario que solo es posible plantear contra una sentencia ejecutoriada que se encuentra en proceso de ejecución o ejecutada la condena. En el presente caso, el Tribunal ha dictado una sentencia que no ha cumplido el procedimiento para su ejecutoria. Por lo expuesto esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, al amparo de lo dispuesto en el numeral tercero del Art. 330 del Código de Procedimiento Penal, declara la nulidad procesal a partir de la notificación de la sentencia dictada por el Tribunal Quinto de lo Penal del Guayas. Con costas a los Vocales de este Tribunal a quienes *se los observa por no haber consultado la sentencia al Superior*, conforme a lo previsto en el Art.122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Ejecutoriada esta providencia devuélvase de inmediato al inferior para que proceda como manda la Ley. Notifíquese F): Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loo, y José Robayo Campaña. Magistrados. Certifico.- f) Dr. Hermes Sarango Aguirre Secretario Relator. Razón. Quito, hoy treinta de mayo del dos mil seis, a las dieciséis horas...”.

¹⁰ Un caso curioso se dio cuando el Sr. Dr. Adolfo Moreno Sánchez, Juez Segundo de lo Penal de Loja, dentro de la Instrucción Fiscal No. 222-2005, quien en un caso por tráfico de drogas, inaplicó esta disposición legal que estamos comentando, y procedió a revocar medidas cautelares sin esperar, pues según esta ley interpretativa no es menester consultar la confirmación del superior como, sin embargo, lo dice el Art. 122 de la ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; obviamente, por cuanto en estos casos no procede la consulta del auto liberatorio. Lo que le ocasionó al valiente y estudioso juez, injustamente el inicio de un procedimiento administrativo por la Comisión de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura (No. OF-76-05-BM) y en resoluciones de fecha 17 y 24 de julio del 2006 por voto de mayoría, su destitución del cargo de juez penal, en dos ocasiones por el mismo hecho. Por lo que interpuso recurso de Amparo Constitucional ante la Sala de Conjuces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No., 3 de Loja, que resolvió aceptar la acción de amparo dejando sin efecto la resolución del Consejo Nacional de la Judicatura. Interpuesta la apelación por la Procuraduría Distrital del Estado de Loja. La Primera Sala de la Corte Constitucional que conoció el caso, en apelación, que fue signado con el No. 0210-2007-RA, en donde se dictó

previsto para consulta en la ley. O la consulta de una sentencia absolutoria, cuando la ley de drogas de 1987 no contenía la consulta, estando vigente solo la que estaba contenida en el CPP, como se lo hace ver el Tribunal de alzada.¹¹ Como se observa, la consulta trae muchísimos problemas de interpretación judicial que dilatan los tiempos de sustanciación y sobre todo afectan a los derechos fundamentales de los procesados.

La institución de la Consulta, en el Ecuador, se examinaba con diferentes grados de aceptación y rechazo en la doctrina nacional,¹² lo cual se reflejó también en los diferentes

la resolución 0210-07-RA, de fecha 16 de abril del 2008, confirmando el fallo a favor del juez que aplicó correctamente esta ley.

Algunas consideraciones de una sentencia favorable al valiente juez penal lojano, Dr. Adolfo Moreno Sánchez, expedido por la Primera Sala de la Corte Constitucional (Juez ponente: Dr. Alfonso Luz Yúnez) magistralmente señalan: “SEXTA: ...del minucioso examen de las piezas procesales se desprende que dentro del trámite administrativo seguido en contra del recurrente se demostró que no cabía, en ningún caso concreto, ningún tipo de consulta, ora al superior, ora al Ministro Fiscal...”. “... NOVENA: De forma recurrente, se instala en el discurso político de nuestro país el tema de la independencia de los jueces. Esto, en principio no debería causar extrañeza. En toda sociedad democrática es un postulado básico que los jueces deben ser independientes en tanto no puedan ser sometidos cuando administren justicia, sino a la ley. Así lo expresa claramente nuestra Constitución que expresa categóricamente que los jueces y magistrados estarán sometidos únicamente al imperio de la ley. Es lógico, pues, que el valor constitucional de la independencia judicial, inseparable del principio de división de poderes, esté presente en las preocupaciones de los ciudadanos y muy especialmente en las de los protagonistas de la vida política... Llama la atención, sin embargo, que cuando muchos de estos últimos (de los políticos) hablan de la independencia de los jueces, lo hacen con frecuencia en términos que indiquen a creer que la misma se encuentra garantizada entre nosotros. Lo cierto es que hoy los jueces pueden ejercer, aunque con dificultades, su función, y más de uno la ejerce, con plena independencia y, conviene señalarlo, sin olvidar que están luchando denodadamente contra presiones exteriores que intentan someterlos a voluntades ajenas al ordenamiento legal... La sanción al recurrente no se deriva de infracción alguna en el cumplimiento de sus funciones, pues su actuación como juez dentro de la instrucción fiscal No. 222-2005 no se enmarca en una falta de probidad moral sino en el hecho de que una de sus resoluciones no es del agrado de los miembros de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura, lo que constituye un acto arbitrario, ilegítimo, ilegal y desde todo punto de vista discriminatorio y propio de una dictadura pero no de esta etapa concreta de la evolución social. Todos los seres humanos tienen derecho a disentir con los fundamentos esgrimidos por un juez en una determinada resolución; sin embargo, para impugnarlos, la propia ley ha señalado cuál es la vía que se debe seguir. Para eso existen los recursos horizontales y verticales. Para aceptar como válido el argumento de los demandados se deberían previamente eliminar una serie de disposiciones consagradas en la ley Suprema... RESUELVE: 1.- Confirmar la resolución venida en grado; y, en consecuencia conceder la acción de amparo presentada por el doctor Adolfo Moreno Sánchez...”.

¹¹ Corte Suprema: Tercera Sala, Quito, marzo 8 de 1988, juicio penal por tenencia de cocaína seguido en contra de Luis Alfredo Quezada González, en la que se lee: “...este artículo no dispone la consulta de sentencia absolutoria...e) La Segunda sala de la Corte Superior de Ambato a la que, por sorteo conoció de la ilegal consulta, en providencia de 1º de diciembre de 1987 dice que el Código de Procedimiento Penal, “al referirse a la tramitación de la consulta, no contempla el que una sentencia absolutoria dictada por un Tribunal de lo Penal conozca y resuelva la Corte Superior como tribunal de segunda instancia, razón por la que este tribunal por carecer de competencia dispone volver el proceso al Tribunal Segundo de lo penal de Tungurahua para los efectos legales consiguientes. Notifíquese”; f) el Tribunal Penal al conocer el ejecutorial de la Corte Superior, se abstiene de aceptar el criterio expuesto en ese auto, crea incidentes y pretende resolverlos extraprocesalmente, lo que es inaceptable al tener presente la jerarquía de la Corte Superior en relación al Tribunal penal de la misma jurisdicción; finalmente, estima que la Corte Suprema de justicia tiene que dirimir la competencia negativa prevista en el Art. 870 de la codificación del Código de Procedimiento Civil. Ley que es supletoria en materia procesal penal. Por lo expuesto, devuélvase al Tribunal penal de origen, esta sala nada tiene que dirimir”.

¹² Antonio Borrero Vega, *Estudio del Código Procesal Penal Ecuatoriano* (Cuenca: Publicaciones de la Universidad de Cuenca, 1951), 261, “para el mejor acierto de las decisiones judiciales”. Víctor Lloré Mosquera, en su estudio, “Programa analítico

proyectos de CPP para el Ecuador,¹³ que se presentaron en el país. La consulta, en sus causales, con el paso de los años, y conforme al advenimiento de los nuevos códigos de procedimiento penales, se fue simplificando hasta finalmente desaparecer con el advenimiento del sistema procesal acusatorio oral ecuatoriano, diría que tardíamente, dado que el recurso “de oficio” de

para la enseñanza del Derecho Procesal Penal”, *Anales de la Universidad de Cuenca*, 3-4 (julio-diciembre de 1956): 248, dice: “Es un instituto apropiado para el procedimiento penal... para control de la administración de justicia...”. Posteriormente, Lloré se muestra menos entusiasta respecto de la consulta en su libro *Compendio de Derecho Procesal Penal*, Colección Biblioteca Nacional de Libros de Derecho, tomo I, volumen 2, tercera edición (Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1979), 117, en donde describe dicho “Trámite procesal”. El profesor Andrés F. Córdova, en su libro *Derecho Procesal Penal*, segunda edición, Colección Biblioteca Nacional de Libros de Derecho, tomo 12, volumen 3 (Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1981), 39-41, al comentar el texto legal de la consulta dice: “Ha sido nuestro concepto el de que una de las disposiciones que merece más urgente reforma es la que queda transcrita (p. 39) —La Consulta—. Más adelante el profesor Córdova dice: “Mientras la reforma, que ya tiene aprobación en ambas cámaras termine su trámite, seguiremos frente a un sistema que lo creemos profundamente equivocado, y que entorpece la actividad judicial, recargando de trabajo a altos tribunales, con asuntos que solo deberían conocer por recursos interpuestos por las partes” (p. 41). Guillermo Gonzales García, en su *Manual de Procedimiento Penal* (Quito: Editorial Universitaria, 1968), 276-280, no se pronuncia a favor ni en contra, solo describe el trámite. Jorge Zavala Baquerizo, en su libro: *El Proceso Penal Ecuatoriano*, tomo II, segunda edición (Guayaquil: Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil, 1974), 454, sostenía un poco escéptico: “Nosotros somos de la opinión que la consulta debe mantenerse para ciertas providencias procesales, tales como para algunos tipos de sobreseimiento, pero no para sentencias, pues en estos casos si el fiscal no está conforme con la sentencia absolutoria, o el procesado con la condenatoria, tienen a mano el recurso de apelación...”. Ulteriormente, con una fuerte crítica a la institución de la consulta, empero, sobre todo valiente en contra de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, ver Jorge Zavala Baquerizo, *El Proceso Penal*, tomo V, tercera edición (Guayaquil: Edino, 1996), 318. En especial, las críticas a la Ley Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1990, en las páginas 309, 310 y siguientes, hasta la 318.

¹³ **Proyectos de Código de Procedimiento Penal que tratan o rechazan la consulta:**

Ver Reinaldo Cabezas Borja, *Proyectos de Código Penal y Código de Procedimiento Penal para la República del Ecuador* (Quito: Talleres Gráficos Nacionales), 1948, en la parte del Proyecto del Código de Procedimiento Penal, en su Título XIII “Del Modo de Proceder en Segunda y Tercera Instancia” (página 144), en sus Arts. 454 y 444 que refieren los casos de consulta que regularía dicho proyecto.

El Instituto de Ciencias Penales de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, a través de una comisión compuesta por los profesores Víctor Lloré Mosquera, Alfredo Corral Borrero, Luis Chuchuca Pasiche, Max Coellar Espinoza, Darío Alvarado Molina y Aldo Riquetti Ortega, elaboró un Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal del Ecuador, que vio la luz con el auspicio de la universidad mencionada en un volumen publicado en 1963, por el Dpto. de Publicaciones de la Universidad de Cuenca, en cuyo Título IV “Etapas de Impugnación”, en el Capítulo VIII, constaba con el nombre de “CONSULTA” la institución de nuestro comentario.

El Proyecto de CPP del profesor Jorge Hugo Rengel, que fuera conocido por la Comisión de lo Civil y Penal del Congreso Nacional del Ecuador, cuyo presidente Dr. Gil Barragán Romero remitió una conceptuosa carta (Oficio No. 089-CLPCOOP, de fecha 2 de agosto de 1982) al autor, felicitándolo y manifestándole que el proyecto había sido aprobado por la Comisión de lo Civil y lo Penal, y por ende había sido remitido a la Presidencia de la Cámara Nacional de Representantes, junto con el proyecto enviado por el Dr. Jaime Roldós Aguilera. Este proyecto Rengel, de 1982, contiene el Título IV “De las Consultas”, en sus Arts. 404 al Art. 410, y puede ser estudiado en Corte Suprema de Justicia del Ecuador, *Memorias de las VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, tomo II (Quito: Corte Suprema de Justicia del Ecuador, 1983), 167-258.

Proyecto Zavala Baquerizo. En el Anteproyecto de CPP elaborado por el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, a pedido del extinto expresidente Jaime Roldós Aguilera, que sirviera de base para la elaboración del CPP de 1983, por lo que acudiendo al mismo autor del anteproyecto, que lo explicó en su libro *Exposición de motivos sobre las reformas al Código de Procedimiento Penal*, editado por el Colegio de Abogados de Guayaquil, Guayaquil, 1984, en la página 349, donde nos dice: “Para nosotros la consulta actualmente no tiene razón de ser, instituidos los recursos de apelación, nulidad, casación y revisión nos parece que la consulta desentona...”. Más adelante enfatiza: “... En el Art. no se previó la consulta por las razones antes dichas”.

la “Consulta al Superior” está desaparecida de casi todos los Códigos de Procedimiento Penal de la región.¹⁴

Como se observa, la consulta es propia del sistema Procesal Penal inquisitivo¹⁵ que perduró en las primeras legislaciones procesales penales iberoamericanas hasta la reforma del sistema inquisitivo dando lugar al sistema procesal mixto hasta dentro de los primeros tiempos del siglo XXI, razón por la cual la consulta no tendría por qué tener un lugar en el nuevo sistema acusatorio oral y público, como en el Código de Procedimiento Penal del Ecuador, 2000-2001. Es explicable, entonces, que no contemple la consulta en modo alguno.

1.1. Fundamentos a favor de la consulta. es menester que el Estado debe asegurar, desde una perspectiva del principio de legalidad, que las decisiones judiciales de primera instancia, cualquiera sea la jerarquía o grado de dicho juez de primera instancia, al menos las que traten ciertos temas delicados o sensibles para la opinión pública y el Estado (criterios de política criminal de máximo derecho procesal penal), sean examinados, esos asuntos de interés general o especial, oficialmente por un juzgador o tribunal distinto y de mejor calidad; es decir, por un juez “... más experimentado y que ha pasado con filtros morales y experiencia a grados superiores en la pirámide judicial,¹⁶ juez o tribunal *ad quem* que debe estar debidamente señalado en la ley, aun en los casos en que los sujetos procesales ordinarios no interpongan ningún recurso. Es una especie de “apelación de jure”, la llama Claria Olmedo,¹⁷ en orden a disuadir a los jueces *a quo*, para que tengan mucho cuidado al tomar una decisión, a sabiendas de que ese auto, o sentencia, va a ser advertido o fiscalizado por el juez o tribunal *ad quem*. Por

¹⁴ **Códigos de Procedimiento Penal de América Latina que no contienen la consulta:**

El Nuevo CPP de Chile Ley No. 19.696 publicado en el Diario Oficial de 12 de octubre del 2000, con una entrada en vigencia progresiva (ver Art. 484), con un carácter acusatorio oral contemporáneo, no contempla la consulta. El Nuevo Código de Procedimiento Penal del Perú, promulgado el 22 de julio del 2004, mediante D. Leg. No. 957, y publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 29 de julio del 2004, igualmente de aplicación progresiva, llegará a regir en Lima en el año 2013, de corte acusatorio oral público contemporáneo, no contiene la consulta. El Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (*Gaceta Oficial* No. 38.536 del 4 de octubre del 2006) no contempla la consulta.

El Código del Proceso Penal del Uruguay (Ley No. 16.893), del 2 de diciembre de 1997, no contempla la figura de la consulta. Ley No. 1286-98 Código Procesal Penal del Paraguay no contempla la consulta. El Código de Procedimiento Penal de Colombia (por Ley No. 906 del 2004, publicado en el Diario Oficial NOL. 45.658 de 1 de septiembre del 2004, no contempla la existencia de la consulta tal como la conocemos nosotros en el Ecuador. El Código Procesal Penal de la ciudad autónoma de Buenos Aires, Sanción 29/3/2007, promulgación 30/4/2007: B.O.C.B.A.: 8/5/2007). Por otra parte, los CPP de Centroamérica, inspirados en el sistema acusatorio oral público contemporáneo, sin excepción, no contemplan la consulta. No los anotamos ahora, por falta de espacio en este breve ensayo.

¹⁵ Para una visión rápida, esquemática, pero muy didáctica sobre los sistemas procesales penales acusatorio privado, inquisitivo y acusatorio oral público, ver Walter Guerrero Vivanco, *Los sistemas procesales penales*, primera edición (Quito: PUDELECO, 2001), y *El sistema acusatorio oral* (Quito: PUDELECO, 1998).

¹⁶ Efraín Torres Chávez, *Breves comentarios a la Ley Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas*, (Loja: Editorial Universidad Técnica de Loja, 2005). “Se trata de una precaución que está indicando la fragilidad humana en los asuntos que conlleva grandes intereses económicos como es el tráfico de drogas”.

¹⁷ Jorge E. Claria Olmedo con la colaboración de José Cafferata Nores, Cristina José de Cafferata y Jorge Montero, *Derecho Procesal Penal*, tomo III (Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1985), 98.

otra parte, actualmente, se debería concebir que si los jueces penales *ad quem*, al igual que los jueces penales *a quo*, son garantes de la legalidad y del debido proceso no van a ser títeres de los dichos que el Fiscal Superior en su dictamen requerido para la consulta de ser adverso a la misma, ellos necesariamente resuelvan conforme al pedido del fiscal, pues pueden separarse de dicho criterio de la Fiscalía.

Muy vinculado con este tema, pero que no podemos aquí abordar en extensión, es la manera como con la consulta se limitaría el principio de la *prohibitio reformatio in pejus*.¹⁸ Estamos, pues, en terrenos de un derecho procesal del enemigo.

1.2. *Fundamentos en contra de la consulta.* Se señala la inutilidad (estrictamente procesal) de la consulta, puesto que el propio Código Procesal Penal contiene una serie de pesos y contrapesos a través de la oralidad, intermediación, etc. Y que a través de los variados recursos previstos por la ley procesal están ordenados la auditoria procesal y el control mixto (o control judicial-Ministerio Público) del proceso.

De modo que la consulta unilateral de la autoridad deviene en una especie de *quinta rueda del coche* o en medida innecesaria dentro del sistema procesal acusatorio oral público, y democrático, en la actualidad, ante la existencia de tantos controles procesales (derecho a la impugnación, principio del doble conforme, etc.). Por ello, independientemente de los problemas económicos que plantea al Estado, por ejemplo una consulta sobre devolución de bienes incautados, a los cuales los custodios han depredado,¹⁹ mal administrados, o consumidos, al calor del nuevo sistema procesal contemporáneo. Vigente en el país, la consulta contraría varios principios procesales,²⁰ como vamos a ver:

¹⁸ Al respecto, en Ecuador puede verse Alfonso Zambrano Pasquel, “La abolición de la prohibición de la *reformatio in pejus*”, *La Ley*, 6 (1997): 23-29. Puede verse también Robert Guevara Elizalde, “La prohibición de reformar en perjuicio, en el Ecuador” (Guayaquil, 2012), inédito.

¹⁹ Por el poco tiempo no podemos abordar en detalle este problema aquí; empero de la legislación nacional que regula la devolución de los bienes incautados por juicios vinculados a las drogas, así como de las acciones constitucionales y más acciones judiciales para hacerlos entregar, pese a la renuencia delictiva en hacer la devolución por los respectivos custodios (conducta que podría bordear el delito de peculado), que deben hacerlo en los casos de sobreseimiento o de absolución. Esta oposición a devolver tales bienes origina la presión sobre jueces y magistrados penales por parte de la Policía Antinarcóticos, la Procuraduría General del Estado, la Fiscalía, el CONSEP y otros órganos de custodia, a efectos de que los juzgadores no ordenen la devolución de bienes, sino que más bien condenen a los propietarios o poseedores tenedores, a quienes se les ha incautado los mismos para así asegurar la no devolución de bienes; pues, en la mayoría de los casos los órganos de custodia no pueden entregarlos; pues, físicamente han desaparecido, consumidos o dilapidados, etc. De modo que, por lo general, el juez que dispone tales devoluciones y más aún el magistrado superior que confirma en consulta de tal devolución; o el juez *a quo* que ejecuta y cumple la orden judicial del Superior devolviendo los bienes, en cualquiera de estas situaciones el juez penal será perseguido. Pero si la devolución de bienes la solicita el Ministerio Público, entonces la aprobación judicial de tal solicitud, aunque fuese errada o delictiva, tal petición de la fiscalía generalmente se aprueba y se ejecuta aceleradamente. Y, ¿en esos casos? ¡No pasa nada!

²⁰ Sobre los principios del Derecho Procesal Penal ver Alberto Bovino, *Principios políticos del procedimiento penal* (Buenos Aires: Estudios del Puerto, Editores del Puerto, 2005); Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, actualizado por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores (Córdoba: Editorial SRL Marcos Lerner, 1986), 173 y ss.; Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, traducción por Gabriela Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier,

- El principio de *mínima intervención judicial*, al darle atribuciones al juez que, a pesar de que no haya interposición de recurso aun por el Ministerio Público, sin embargo, ordene, de oficio, la consulta al superior.
- El principio de *celeridad procesal*, pues la elevación en consulta al superior, en la práctica, dilata los tiempos previstos para la sustanciación del proceso penal.
- El *tiempo razonable de duración de la prisión preventiva*, previsto en la Convención Americana de los Derechos Humanos, pues al no otorgar la libertad de una persona que ha sido en sentencia absuelta o a quien se le ha revocado su prisión preventiva, esta situación genera hacinamiento carcelario y con ello empeoran gravemente las condiciones de habitabilidad carcelaria y sus secuelas.
- Vulnera *el principio de independencia interna y externa de la función judicial*,²¹ y, por ende inconstitucional²² por el fondo²³ y por la forma, puesto que la decisión del juez superior incluso estaría supeditada a la aquiescencia o no del Ministerio Público²⁴ (MP que solo

2da. reimpresión de la primera edición (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003), 77 y ss.; José I. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos fundamentales*, revisado por Santiago Martínez, 2da. edición (Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2007), 79 y ss.; Jorge Eduardo Vásquez Rossi, *La defensa penal*, 3ra. edición (Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1966), 90 y ss.; y, más extensamente, Eduardo M. Jauchen, *Derechos del imputado*, primera reimpresión de la primera edición (Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 2007). Con mayor énfasis en los fundamentos constitucionales del proceso penal puede verse a Eberhard Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, traducción de José Manuel Núñez (Córdoba: Marcos Lerner Editora SRL, 2006), 187 y ss. y 193 y ss.; Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal*, 2da. edición (Madrid: COLEX, 2007), 59 y ss.; Alfonso Zambrano Pasquel, *Proceso penal y garantías constitucionales*, Colección Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia, No. 1 (Guayaquil: Edit. Universidad Católica de Guayaquil, 2005). Ver también Luis H. Abarca Galeas, *Fundamentos constitucionales del sistema procesal oral ecuatoriano* (Quito: Editorial Jurídica, 2006); y Jorge Zavala Baquerizo, *El debido proceso* (Guayaquil: Edino, 2002).

²¹ Independencia de la función judicial: garantizada en la Constitución en el Art. 168 No. 2; y en los Arts.8 y 123 del Código Orgánico de la Función Judicial. Ver “Los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”, que fueron aprobados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1955, y confirmada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en sus Resoluciones Nos. 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146, de 13 de diciembre de 1985.

²² Joffre García Jaime, en su libro *Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Análisis crítico* (Guayaquil, 1994), 55, nos comenta lo siguiente: “Esta disposición (la del Art. 121 —ahora 123—) contraria a la Constitución y a la ley Orgánica de la Función Judicial, prácticamente pasa al Ministerio Público el deber y el derecho de administrar justicia pues la confirmatoria de la revocación de la orden de prisión preventiva recae en el Ministro Fiscal que tiene que presentar informe obligatorio y favorable para que los ministros de la sala respectiva de la Corte Superior de justicia correspondiente puedan resolver en cualquier sentido; por lo demás, nunca se ha producido el informe fiscal y la resolución del juez en el término de veinticuatro horas, sino en períodos muy largos.”

²³ Alfonso Zambrano Pasquel, “Las drogas, nuevas iniciativas: extradición, *habeas corpus*, pena de muerte y los derechos humanos”, *Revista Criminología y Derecho Penal*, 3, 4 (enero-diciembre 1993): 271. “Igualmente se lesiona la garantía constitucional de la igualdad cuando se le expropia al sindicado, el derecho a la excarcelación al revocarse el auto de prisión preventiva, mientras el tribunal superior no confirme el auto de revocatoria o el de sobreseimiento provisional o definitivo”

²⁴ Jorge Zavala Baquerizo, *El Proceso Penal*, tercera edición, tomo V (Guayaquil: Edino, 1996), 310. En especial sobre las críticas a la Ley Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1990, dice: “La regla establecida por el CPP es que el auto debe ser consultado ante el inmediato superior jerárquico, el cual, como se sabe, es la Corte Superior de Justicia,

es auxiliar del órgano jurisdiccional, empero, un auxiliar superpoderoso), respecto de las medidas liberatorias ordenadas por el juez, que es incompatible con su función de garante²⁵ (Art. 27 No. 1 del CPP antes en vigencia y Art. 130 No. 1 del COFJ).

- Si atendiendo a la Constitución (Art. 191 No. 1 y 194), así como por lo expuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial (Art. 38 No. 4), el Fiscal es parte de la función Judicial, la “doble consulta” al órgano judicial superior y al fiscal superior (auxiliar judicial) implicaría un doble juzgamiento, lo que está prohibido por la Constitución (Art. 76 No. 6 literal i) y por el CPP antes en vigencia (Art. 5), y en el COIP (Art. 5 No. 9)
- Además el Ministerio Público “intervendrá como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública” (Art. 65 inciso segundo del CPP, antes en vigencia); y aunque ahora se ha abandonado el concepto de parte procesal por ser más propio del Derecho privado, sin embargo en el COIP, por lo dispuesto en el Art. 444 No. 3, debe de entenderse “es parte” por cuanto el fiscal es quien formula cargos impulsa y sustenta la acusación oficial de haberse mérito... Es obvio que se rompe el principio “de igualdad de armas”, si la parte más débil de la relación jurídica procesal penal, debe estar supeditado a lo que su contraparte, o contrario oficial, diga de manera vinculantemente respecto de su adversario procesal. Es obvio que no se espera flores del enemigo.
- El nuevo papel que tiene el Ministerio Público dentro del nuevo procedimiento penal ecuatoriano es eminentemente “el de acusar”, como lo ha reconocido cierta doctrina²⁶ en el país, y lo ha publicado en alguna reciente resolución,²⁷ la propia

cuya sala se compone de tres magistrados. Sin embargo, pese a que aparentemente es la sala la que debe resolver la consulta, en realidad el que resuelve, en definitiva, es el Ministro Fiscal, pues si este emite su ‘informe’ desfavorable, la sala, pese a considerar que el auto de revocación es correctamente jurídico, no tiene otro camino a seguir que aceptar el criterio de quien es parte activa del proceso penal. Se ha dejado en manos del Ministerio Fiscal lo que debe resolver la Corte Superior de Justicia... ¡Justicia yanqui importada a los tribunales criollos!”.

²⁵ Ver Luis Humberto Abarca Galeas, *La independencia de la función judicial en la aplicación de las normas del debido proceso en el ejercicio de la función de garante* (Quito: Talleres de la Editorial Jurídica del Ecuador, 2010).

²⁶ Ver al respecto, el magnífico estudio del exfiscal de lo penal, Fernando Yavar Umpiérrez, titulado “Aproximación victimológica al conflicto penal”, y especialmente el titulado “El nuevo horizonte del Ministerio Público: ser el abogado penalista de la víctima”, publicado en *Revista Jurídica* de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, No. 2009-26, enero-junio del 2009, Guayaquil, 2009, pp. 69 y ss. y especialmente 78 y ss. Que no compartimos, como puede verse en mi estudio “Política criminal, reforma penal y cuestión judicial en el Ecuador: desde el garantismo penal hacia el eficientismo procesal penal y/o populismo penal” (Guayaquil, s/f., inédito). Ver también, con antelación a Yavar: Andrés Baytelman, “Diagnóstico del Código Procesal Penal Ecuatoriano: Informe de Consultoría para la Fundación Esquel”, en *La evaluación del sistema procesal penal en el Ecuador* (Quito, Fundación Esquel-Usaid, 2003), 153 y ss., y especialmente en pp. 179 y 180, en donde al comentar el Art. 65 del CPP del Ecuador, al criticar la obligación de objetividad del fiscal contenido en ese artículo, dice: “... Los fiscales no son jueces, no son ‘objetivos’, del mismo modo en que los jueces son ‘imparciales’ (que es la versión de objetividad que se ha instalado fuertemente en muchos países de la región). Los fiscales son acusadores y al sistema le interesa enormemente que asuman ese rol con propiedad...”.

²⁷ La Corte Constitucional, en Resolución de fecha 10 de febrero del 2010, dijo: “... se provoca una peligrosa confusión en una misma persona, esto es el fiscal, quien, por un lado, actúa como “parte”, y por otra, actúa como juez autorizado

Corte Constitucional que aunque reconoce en dicha resolución el rol garantista del juez penal, que “no puede verse obligado a actuar haciendo simple eco de la “decisión del fiscal”. Expone, sin embargo, la Corte Constitucional que actualmente en el Ecuador, el verdadero papel del fiscal es exclusivamente acusador. Más aún, en los casos de drogas en los que la Fiscalía hace causa común con la policía, en donde es obvio que “su objetividad” más bien va a ser “la parcialización” en contra del procesado por estos delitos. De modo que la consulta al superior y su requerimiento necesario del dictamen del Fiscal Superior va a estar supeditada a un criterio casi siempre adverso al encausado por drogas, de modo que dicho dictamen fiscal condicione o vincule muchas veces la decisión judicial superior respecto de la consulta llegada en grado.

- Si de conformidad con la Constitución (Art. 133) serán leyes orgánicas: “2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.”. En ese criterio el CPP antes en vigencia que regulaba las medidas alternativas, la prisión preventiva, la libertad, la pena, el resarcimiento de daños a la víctima, cuestiones de rehabilitación, etc., es toda una verdadera ley orgánica, y por ende de naturaleza superior “a las demás leyes.”, que tendrán el carácter de leyes ordinarias. Por ejemplo, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas es una ley ordinaria y el CPP era una ley orgánica, de modo que no podría prevalecer sobre el CPP. De modo que la Disposición Final del CPP 2000-2001 le hace prevalecer por sobre cualquier otra norma general o especial (por ejemplo, la ley 108 de la materia de drogas) que se le ponga a sus preceptos.
- Por cuanto, con el sistema acusatorio oral público contemporáneo, concede más ventajas impugnativas (?), en grave desbalance y desmedro del principio de igualdad de armas procesales, en favor del sujeto agente del Ministerio Público, quien a tenor de las últimas reformas que tuvo el CPP —antes en vigencia— se puede apelar de una revocatoria de la prisión preventiva, o pedir la revisión de la legalidad de una revocatoria de la prisión preventiva, o de medidas cautelares o alternativas a la prisión preventiva, etc.; el auto de llamamiento a juicio al procesado es inapelable y la sentencia en los casos de ser declarativa de inocencia, se puede apelar ante el superior. Y, de acaso

legalmente —no constitucionalmente—; dicha confusión de juez y parte resulta ser uno de los graves atentados a la seguridad jurídica, violentándose así además los principios de independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional penal, que a su vez son principios y garantías fundamentales del debido proceso penal reconocidos por la Constitución. “... la intervención del fiscal durante el desarrollo del proceso penal es la de ‘parte activa’ del proceso, esto es, exhibiendo la pretensión punitiva, actuando así en cada una de las partes del proceso”. “En el proceso penal, el juez penal es el único que debe y tiene que ser imparcial, ya que es de la naturaleza humana que se reconozca como correcta su posición frente al problema concreto respecto del cual ha tomado partido...”. “Al analizar las disposiciones cuya constitucionalidad se consulta, es necesario recalcar que el fiscal, al ser parte activa del proceso, exhibe y persigue su pretensión punitiva frente a la parte pasiva; debido a ello emite su dictamen acusatorio, incluso puede insistir en su acusación, por la carencia o deficiencia que puedan tener sus evidencias...”.

faltarles herramientas procesales, quedan todavía los recursos de nulidad, de casación, de revisión. De modo que la consulta en el sistema acusatorio oral público deviene en innecesaria, punto de vista compartido en nuestra doctrina, incluso desde una perspectiva procesal penal opuesta al sistema acusatorio oral.²⁸

En consecuencia, el Estado de Derecho y de Justicia, en el Ecuador, está siendo remecido y puesto de espaldas y contra la pared al no poder cumplir su proclamado garantismo penal y sus declarados derechos humanos.

II. EL DISCURSO VOLUBLE DE LA LEYES DE DROGAS EN EL ECUADOR

1. El discurso pedagógico-médico de las infracciones por droga

Obviamente por problemas de espacio, para este breve trabajo, no podremos remontarnos a toda la historia ecuatoriana de las leyes en materia de drogas; además para los objetivos académicos será suficiente recordar brevemente, sin exhaustividad, algunos antecedentes de la codificación de la Ley 108 de drogas:

1.- La Ley de Comercio del Opio (R.O.: 39: 18 de Oct./16); 2.- Reglamento a la Ley sobre el Comercio del Opio (R.O.: 800 de 8 de junio./23); 3.- Ley Ampliatoria Sobre el Comercio del Morfina y Cocaína (R.O.: 54 de 6 de Noviembre de 1924); 4.- Decreto que declara vigente la Ley de 1924 (R.O.: 132 de 13 de septiembre de 1928); 5.- Reglamento General de la Ley de 1924 (R.O: 137 de 18 de septiembre de 1926); 6.- Reformas a la Ley de 1954 (R.O.: 407 de 6 de enero de 1954); 7.- Ley Sobre el Tráfico de Materias Primas, Drogas y Preparados Estupefacientes. De 1958 (promulgado el 4 de enero de 1958, R.O. de 21 de enero de 1958); 8.- Codificación a la Ley sobre el Tráfico de Materias Primas, Drogas y Preparados Estupefacientes de 1960 (promulgado el 5 de mayo de 1960); 9.- Reformas a la Ley Sobre el Tráfico de Materias Primas y Preparados Estupefacientes de 1963. (R.O.: de 18 de octubre de 1963.)

Hasta aquí²⁹ se manejaba el discurso de tipo pedagógico-médico, de ser un delito contra la salud pública y de la figura del dependiente o enfermo, como se manejaba entonces en toda la región latinoamericana. No era extraño encontrar, aun en épocas inmediatamente posteriores,

²⁸ Jorge Zavala Baquerizo, *El Proceso Penal...* 318. En especial las críticas a la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1990, en las páginas 318 y siguientes, en donde dice: “Al concluir el estudio de la consulta queremos insistir en que para nosotros la consulta actualmente no tiene razón de ser. Instituidos los recursos de apelación, de nulidad, de casación y de revisión, la consulta resulta una institución procesal obsoleta que ninguna función especial e importante desempeña en el procedimiento penal”.

²⁹ Para conocer el texto de la legislación antigua citada se recomienda la lectura del libro de Joffre García Jaime, “Drogas: las toxicomanías del ser humano y la legislación ecuatoriana”, Colección Los Grandes Problemas Modernos (Guayaquil: Editorial El Sol, 1982).

médicos³⁰ que escribieran bien sobre las leyes de drogas; y abogados³¹ que escribieran sobre leyes sanitarias.

En todo caso, cierta literatura política calificará despectivamente a todo aquello que refiera a droga, de manera estigmática o denigrante como “flagelo de la humanidad”, “el demonio de la droga,” convirtiendo a los propugnadores de esta maximización del Derecho Penal, en simbólicos “empresarios morales”, cuyo dedo acusador denigrará política y socialmente no solo a los adictos sino también a quienes mantengan un discurso apoyado en los derechos humanos o derechos fundamentales, estereotipándolos como favorecedores del delito y del delincuente.

Palabras de exclusión y discrimen que hasta órganos jurisdiccionales de alto nivel como nuestro Tribunal Constitucional³² utilizó como muletilla para denegar una demanda constitucional que hasta iba con el dictamen favorable del Defensor del Pueblo.

2. Nuevo discurso jurídico político de la droga: delito económico y procesado delincuente-trafficante

ANTECEDENTES EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

Vamos, por ahora, tomando como base normativa a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: tratado que fuera suscrito en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969, ONU. En el Ecuador, entró en vigor el 27 de enero de 1980; y entre sus artículos destacan: “Art. 26.- *Pacta Sunt Servanda*: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Y el “Art. 27.- El Derecho Interno y la Observancia de los Tratados.- Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 46.”.

En materia de drogas, terrorismo internacional o delincuencia internacional organizada, solo podemos enumerar, de manera general, unas cuantas normas para esta materia.

³⁰ Renato León, “Las toxicomanías en el Ecuador”, *Archivos de Criminología, Neuropsiquiatría y Disciplinas Conexas*, 15-16, tercera época, volumen XX (enero-diciembre de 1975).

³¹ Adriano Rosales Larrea, *Recopilación de las leyes y reglamentos de sanidad del Ecuador* (Quito, 1961).

³² Tribunal Constitucional: Causa No. 998-99-TC, Resolución No. 079-2001-TP, Suplemento del R.O. No. 54 de 10 de abril del 2000. Accionante: José Gamboa Presidente del Comité Nacional del Interno, Art. 23 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social y el Art. 115 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas y la Constitución Arts. 16 18 23 y 272, en donde se lee: “Es incuestionable que los delitos previstos en la Ley sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas preocupa a la comunidad mundial, los Estados protegen a sus súbditos imponiendo sanciones ejemplares a los transgresores, hacen esfuerzos para erradicar estos delitos que por muchos es considerado como un flagelo para la humanidad; de ahí que se justifica la no concesión de prelibertad a los sentenciados por estas infracciones, tanto más que no viola ninguna norma constitucional...”.

Aunque Ecuador no estuvo presente en la Conferencia de la Convención Única Sobre Estupefacientes, suscrita en New York, de 1961, el Ecuador se adhirió a ella, cuyo texto incluso con el instrumento respectivo fue publicado³³ en el Ecuador, e influiría sobre la legislación de drogas en el Ecuador y en la región.

Ulteriormente, en 1973, el país se adhiere al Protocolo³⁴ de Enmiendas de la Convención Única de Estupefacientes de 1961.

El 21 de febrero de 1971 se reunió en Viena, la Convención Sobre Sustancias Psicotrópicas, a la cual se adhirió³⁵ el Ecuador.

El 5 de marzo de 1972 se adoptó el Protocolo de Enmiendas a la Convención Única de Estupefacientes.

En Buenos Aires se llevó a cabo desde el 29 de noviembre al 4 de diciembre de 1972, la Reunión Gubernamental de Expertos Sudamericanos en Materia de Drogas, y formularon una serie de recomendaciones para la celebración de acuerdos regionales.

En 1973, se reúne en Buenos Aires, entre el 25 y el 27 de abril, la Conferencia Sudamericana Plenipotenciaria sobre Estupefacientes y Sicotrópicos, que fue ratificada por el Ecuador, mediante Decreto Supremo No. 951 de 7 de agosto del 1973 y publicado en el Registro Oficial de 28 de agosto de 1973.

El 2 de marzo de 1979, se suscribió en Quito teniendo como antecedentes los convenios internacionales de que son signatarios los Gobiernos de Ecuador y Colombia, un Convenio Administrativo de Cooperación para Prevenir Controlar y Reprimir el Trafico y Uso Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

La Convención de Viena de 1988, Convención de las Naciones Unidas Contra el Narcotráfico, que sustituyó los anteriores convenios sobre la materia. De esta convención se ha dicho:³⁶ “que es el instrumento internacional más intervencionista de todas las épocas del derecho internacional desde los tiempos de Hugo Grocio, en nombre de la moral y de la salud de todos los pueblos”. Esta convención, dice cierto autor nacional,³⁷ fue suscrita por el Ecuador en New York el 21 de junio de 1989, aprobada por el Congreso el día 8 de febrero de

³³ Ver Decreto Supremo No. 1153, publicado en el Registro Oficial No. 320 de 27 de agosto de 1964.

³⁴ Registro Oficial No. 335 de 26 de junio de 1973.

³⁵ Adhesión por Decreto Supremo No 776-C, publicado en el Registro Oficial No. 345 de 10 de julio de 1973, cuyo texto se publicó en el Registro Oficial No. 404 de 3 de octubre de 1973.

³⁶ Pedro Pablo Camargo, *La Convención de las Naciones Unidas contra el Narcotráfico. Las reservas de Colombia*, primera edición (Bogotá: Jurídica Radar Ediciones, 1995), 1.

³⁷ Joffre García Jaime, *Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988). Análisis crítico* (Guayaquil, 1994), 4-5.

1990 y publicado el decreto correspondiente en el Registro Oficial No. 378 de 15 de febrero de 1990, ratificada por el Ejecutivo No. 1329 el día 15 de marzo de 1990, publicándose el Acuerdo respectivo en el Registro Oficial No. 400, del día 21 de marzo de 1990, y entró en vigencia en nuestro país el día 11 de noviembre de 1990, con texto publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 153, de 25 de noviembre de 2005.

De esta convención ha dicho un autor³⁸ que “... adoptó el discurso de máxima represividad entronizando un conjunto de propuesta de Derecho Penal máximo para tratar de poner fin al consumo y comercio de drogas ilegales, tomando carta de ciudadanía fórmulas peligrosas y propias de un Derecho Penal de autor que como se sabe son contrarias a los postulados que inspiran un Derecho Penal liberal propio de un Estado de Derecho.”

LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA O CONVENCION DE PALERMO, DE 15 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2000.

Fue publicado su texto en el Ecuador, en el Registro Oficial No. 197 de viernes 24 de octubre del 2003; instrumento internacional que anteriormente fuera ratificado por el Dr. Gustavo Noboa Bejarano, mediante decreto No.2521, publicado en el Registro Oficial No. 561 de martes 23 de abril del 2002.

Alfonso Zambrano Pasquel³⁹ nos dice: “Estas Convenciones se pretenden convertir en modelo a imitar. Hay la tendencia en las Convenciones de la NNUU y en la serie de estatutos transnacionales contra la delincuencia organizada transnacional o transfronteriza a buscar la implantación de discursos de máxima represividad entronizando un conjunto de propuestas de Derecho Penal Máximo o de Derecho Penal del Enemigo para tratar de poner freno a determinadas expresiones de la delincuencia organizada...”.

En cualquier caso, las normas de estas Convenciones que hemos citado, una vez que han sido internalizadas en nuestro ordenamiento jurídico, deben aplicarse en ciertos casos como lo señala el COIP en el Art. 487 inciso final, que dice: “En el plano internacional, las operaciones encubiertas, entrega vigilada o controlada se adecuarán a lo dispuesto en los instrumentos internacionales vigente”.

³⁸ Mayores detalles sobre este Convenio y su relación con la Ley de Drogas en el Ecuador, ver Alfonso Zambrano Pasquel, “Reflexiones sobre las nuevas modalidades delictivas previstas en la Ley de Drogas de Ecuador de 1990 con especial referencia al narcolavado y el testaferrismo”, en *Temas de ciencias penales* (Guayaquil: Imprenta Ofset “Graba”, 1996), 303 y ss.

³⁹ Alfonso Zambrano Pasquel, *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal, referido al libro primero*, primera edición, tomo II (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 310 y ss.

2.1. *Aparición del juzgamiento penal especializado en drogas en el Ecuador.* Con las reformas a esta Ley de 1964 (Decreto Supremo No. 1415, R.O. 161 de 23 de enero de 1964) entran recién en liza los jueces del crimen como juzgadores y represores, en el Art. 11 que reforma el Art. 42 de la ley de la materia de drogas vigente entonces, donde dice: “Para el juzgamiento de todas las infracciones establecidas en esta ley, actuarán como jueces de primera instancia, los jueces del Crimen, y de sus fallos se podrá apelar para ante la Corte Superior del respectivo Distrito, siendo su resolución inapelable”.

2.2. *La “Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes” de 1970 y el nacimiento de la consulta.* (D.S. No. 366 de fecha 31 de agosto de 1970, publicado en el R.O. No. 52 de 3 de septiembre de 1970. Respecto de esta Ley, como bien dice Rosa del Olmo: “En casi todos los países de América Latina, se observa de manera simultánea, durante los primeros años de la década del setenta, la regulación del discurso jurídico *al euforemirp* promulgación de leyes especiales en respuesta a la Convención Única de Estupefacientes de 1961, de la ONU, el primer país fue Ecuador...”⁴⁰

Empero, la prisa de la sumisión que ocasionó “diversos errores de impresión fue derogada (R.O. No. 105 de noviembre 23 de 1970). Esta ley que busca “descubrir hasta los actos preparatorios” (Art. 45), generalmente impunes, es la primera en establecer que “si la sentencia fuere absolutoria, *se elevará en consulta* a la respectiva Corte Superior, y al indiciado se le pondrá en libertad, previa fianza”.

Esa ley recibe en su seno varias reformas:

2.2.1.- R.O. No. 139 de enero 12 de 1970; La reforma *ibidem* mediante Decreto Supremo No. 909 de septiembre 5 de 1974, publicada en el R.O. No. 638 de 13 de septiembre de 1974, que pretende el cambio de la denominación de la ley que ahora llamará “Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, y por la que se dice se adscribe a los lineamientos de la Convención Sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena de 1971⁴¹ que trae como novedad la figura del agente encubierto, y que desincrimina “la compra, transporte y entrega de estupefacientes y drogas psicotrópicas”, en el ejercicio de su labor (Art. 25 de la reforma).

De gran importancia es la “Conferencia Sudamericana Plenipotenciaria Sobre Estupefacientes y Psicotrópicos” reunida en la ciudad de Buenos Aires, los días 25 y 27 de

⁴⁰ Rosa del Olmo, “La cara oculta de la droga”, *Monografías Jurídicas*, 58 (1998): 35. Igualmente en su ensayo “Drogas: ¿percepción o realidad?”, *Criminología y Derecho Penal*, 2 (julio-diciembre de 1992): 21.

⁴¹ La Convención sobre Sustancias Psicotrópicas, adoptada en la ciudad de Viena el 21 de febrero de 1971, al que se adhirió el Ecuador por el Decreto Supremo No. 776-C de 29 de Junio de 1973, publicado en el Registro Oficial No. 345 de 10 de julio de 1973, y que fuera declarado Ley de la República por Decreto Supremo de 31 de julio de 1973, publicado en el Registro Oficial No. 404 de 3 de octubre de 1973.

abril de 1973. Acuerdo que fue ratificado por el Ecuador mediante decreto No. 951 de 7 de agosto de 1973, publicado en el R.O. de 28 de diciembre de 1973.

2.2.2.- La reforma por Decreto Supremo No. 1139 de 4 de febrero de 1977, R.O. No. 278 de 16 de febrero de 1977. 34.- Decreto Supremo No. 2636 de junio 26 de 1978, R.O. No. 621 de 4 de julio de 1978, que incrementó significativamente las penas en esta materia, hasta por un máximo de veinticinco años de reclusión especial.

2.2.3.- Igualmente, reforma el Art. 39 de la ley, y que en relación a la consulta dice: “Art. 39 f) No habrá recurso de tercera instancia y *la consulta del sobreseimiento o de la sentencia será conocida por la respectiva Corte Superior*”.

Ulteriormente, en la Reforma publicada en el R.O. No. 36 de 1 de octubre de 1978, se eliminan esas gravísimas penas y se regresa a la penalidad anteriormente establecida.

El 2 de marzo de 1979 se suscribió en Quito, entre los gobiernos de Ecuador y Colombia, un Convenio Administrativo de Cooperación para Prevenir, Controlar y Reprimir el Tráfico y Uso Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

En el año de 1984, encontramos la Recomendación 93 del Parlamento Andino; la Declaración de Quito contra el Narcotráfico, del 10 de agosto de 1984; y la Declaración de New York contra el Tráfico y Uso Ilícito de Drogas, del 1 de octubre de 1984.

2.3.- *La codificación de la “Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, R.O. No. 612 de 27 de enero de 1987. Eliminación de la consulta*

Asombrosamente, en esta codificación no se menciona ni aparece tal como se venía considerando la palabra consulta, aunque en su Art. 43 literal c) se lee: “No se pondrá en libertad al sujeto pasivo del proceso sino cuando el sobreseimiento o la sentencia absolutoria, en su caso, hayan sido confirmados, por el superior y causen ejecutoria”.

Asistimos, pues, en esta ley, a la desaparición de la consulta en materia de drogas, como lo confirma alguna jurisprudencia.⁴² La única consulta vigente en esa época es la prevista en el CPP de 1983, como ley supletoria de la ley de drogas de este comentario, por expreso mandato del Art. 40, fruto, tal vez, de la polémica jurídica nacional⁴³ entre la prevalencia del artículo final del CPP de 1983 y el Art. 39 literal c de la ley de drogas vigente a esa fecha.

⁴² Así lo reconoce también nuestra jurisprudencia: juicio penal que, por tenencia de cocaína, se sigue en contra de Luis Alfredo Quezada González, Corte Suprema: Tercera Sala, marzo 9 de 1988.

⁴³ Luis Muñoz Falconi, Ex-Ministro Fiscal de El Oro, en su ensayo “Análisis de la legislación ecuatoriana en materia de drogas”, contenido en las “Memorias del XXXV Curso Internacional de Criminología”, auspiciado por el Instituto de Criminología de la Universidad Central del Ecuador, Editorial Universitaria, Quito, 13-18 de agosto de 1984, especialmente en la página 627, que consigna la existencia de esta polémica nacional, aunque señala que se imponía en la práctica el articulado de la ley de drogas.

En 1987, se aprueba y ratifica el convenio Rodrigo Lara Bonilla, entre los países miembros del Acuerdo de Cartagena, sobre Cooperación para la Prevención del Uso Indebido y la Represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”.⁴⁴

2.4.- *La Ley No. 108, o Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (R.O. NO. 523 de 17 de septiembre de 1990). Renacimiento de la Consulta.* Ecuador suscribió la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de Viena⁴⁵ el 19 de diciembre de 1988. Su aprobación se publicó en el R.O. No. 378 de 18 de febrero de 1990. Su ratificación se publicó en el R.O. No. 400 de 21 de marzo de 1990, que mal influyó⁴⁶ superlativamente en el texto de la ley ecuatoriana de drogas de 1990, a pesar de ser violatoria de los convenios internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Ecuador, aparte de su carácter inconstitucional. No falta algún autor⁴⁷ que diga “... que en la expedición de esta ley jugó un papel protagónico la embajada de los EEUU.”. Ley de 1990 que recibió la alimentación reaccionaria de un proyecto de ley antidrogas (No. 076-III-1986)⁴⁸ maximalista en Derecho Penal, que consideraba la aplicación de la pena de muerte, acumulación de las penas sin límite de tiempo y una serie de recorte de garantías sustantivas y procesales, parte del cual se incorporó a esta acompañando a dicho proyecto de ley, otro proyecto empero de reformas constitucionales⁴⁹ “... enviado por el Ejecutivo que no fue aceptado en todas sus partes por la legislatura...”.

Esta observaba con cinismo el otorgamiento del valor de prueba de culpabilidad a los partes e investigaciones policiales (Art. 117 LSSEyP), que después el TC declararía parcialmente su inconstitucionalidad.⁵⁰ La penalización absurda del drogodependiente aunque por la cantidad de drogas encontrado se entienda que es solo para su consumo personal, aunque no establece la ley diferencias entre consumidores, mulas, pequeños y/o grandes traficantes. Se invierte la carga de la prueba que corresponde al procesado, se incrementan los tiempos para

⁴⁴ Aprobación Res. CN s/n R.O. No. 754 de 21 de agosto de 1987. Ratificación. D.E. No. 3349, R.O. No. 798 de 26 de octubre de 1987.

⁴⁵ Sobre esta Convención de Viena de 1988, la bibliografía básica puede verse Édgar Saavedra R. y Rosa del Olmo, *La Convención de Viena y el narcotráfico* (Bogotá: Temis, 1991). Más extensamente, puede verse a Pedro Pablo Camargo, *La Convención de las Naciones Unidas contra el narcotráfico. Las reservas de Colombia* (Bogotá: Jurídica Radar Ediciones, 1995). Quien desee leer el texto o leer comentarios sobre esta convención, puede consultar los siguientes textos ecuatorianos: Joffre García Jaime, *Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988). Análisis crítico* (Guayaquil, 1994) 109-180. Ver también artículo de Carlos Larrea Dávila, “Derecho Penal Internacional: narcotráfico y cooperación internacional”, *Revista Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador* (1995). También: Alfonso Zambrano Pasquel, *Práctica penal*, tomo IV (Guayaquil: Edino, s/f), 213- 254.

⁴⁶ Alfonso Zambrano Pasquel, *Cárcel y drogas. Tres ensayos homenaje al Dr. Jorge Zavala Baquerizo* (Guayaquil: Edino, 1994), 67, sostiene: “Esta ley no escapó a las malas influencias y al mimetismo legislativo que se ha venido dando en la región.”

⁴⁷ Jorge Núñez Vega, *Cacería de brujos: drogas “ilegales” y sistema de cárceles en el Ecuador* (Quito: FLACSO - Sede Ecuador - ABYA-YALA, 2006), 41.

⁴⁸ Alfonso Zambrano Pasquel, *Cárcel y drogas, tres ensayos...*, 66.

⁴⁹ Rodrigo Bucheli Mera, *Justicia penal en el Ecuador*, primera edición (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 1992), 200-201.

⁵⁰ Tribunal Constitucional. Resolución No. 119-97, en los casos signados con el No. 174-92; 106-94; y 61-95, publicada en el Registro Oficial No. 222 de miércoles 24 de diciembre de 1997. Ver p. 4.

la prescripción. Se niegan los derechos generalmente concedidos a los detenidos, así como la existencia de la consulta para sentencias condenatoria y hasta absolutoria (Art. 122 inciso 5to. LSSEyP) de manera obligatoria al superior y mientras este no resuelva, no se pondrá en libertad al titular. Este artículo propio de un derecho procesal penal del enemigo exigía la presencia del fiscal superior y su pronunciamiento favorable vinculante en esta especie, en las providencias pro reo del inferior, que generalmente no siempre ocurría. La parte más discutible, y pertinente al presente estudio, estaba en el Art. 121 LSSEyP, que señalaba que:

No surtirá efecto el auto en que se revoque la prisión preventiva, de suspensión o cesación de medidas de aprehensión, retención e incautación, si no es confirmado por el superior, previo informe obligatorio y favorable del Ministerio Fiscal correspondiente, quienes emitirán su opinión en el término de veinticuatro horas posteriores a la recepción del proceso.

La fuerza y el prestigio de muchos profesores ecuatorianos se hizo notar en la crítica a esta disposición (Art. 121 LSSEyP) que fue menester, la suspensión de los efectos en este artículo, de la palabra “favorable” por el Tribunal Constitucional⁵¹ de la época.

Ya en ese año de 1997, esta ley había modificado en algo su nombre,⁵² con el que permanece hasta el presente de la codificación esta Ley, sin que por ello se pueda pretender que se trata de una nueva ley sino de la misma codificada.

Igualmente, en 1997, la demagogia del Congreso Nacional mientras hablaba de evitar el hacinamiento en las cárceles del país, expedía una “necesaria reglamentación de la consulta”,⁵³ más dilatoria y de graves consecuencias, como se verá:

Artículo único.- Sustitúyase el inciso quinto del Art. 122 por el siguiente, y agréguese dos incisos que digan:

El auto en que se revoque la prisión preventiva, de cesación de medidas de aprehensión, retención e incautación, el sobreseimiento provisional o definitivo, dictado por el juez y las sentencias condenatorias y absolutorias serán obligatoriamente elevadas en consulta al Superior, *quien resolverá conforme a lo dispuesto en el Art. 401 del Código de Procedimiento Penal*,⁵⁴ previo informe obligatorio que emitirá el Ministerio Fiscal, dentro del plazo improrrogable de veinticuatro horas.

⁵¹ Tribunal Constitucional. Resolución No. 119-97, en los casos signados con el No. 174-92; 106-94; y 61-95, publicada en el Registro Oficial No. 222 de miércoles 24 de diciembre de 1997. Ver p. 4.

⁵² Se llamaría (Ley No. 25) “Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas”, según el Art. 17 de la Ley Reformatoria sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial No. 173 de miércoles 15 de octubre de 1997.

⁵³ Ley No. 44. “Ley Reformatoria al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social y a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas”, publicada en Registro Oficial No. 218 de jueves 18 de diciembre de 1997.

⁵⁴ Vinculaba así al CPP vigente a esa época y la ley de drogas. El CPP de 1983, en su Art. 401, decía: “La Corte Superior resolverá la consulta por los méritos de los autos en el plazo de quince días contado desde la recepción del proceso y su resolución causará ejecutoria”. Actualmente el CPP 2000-2001 no contempla, peor regula, la figura de la consulta. La codificación de la Ley 108 (R.O. No. 490 de lunes 27 de diciembre del 2004) tendría cuidado de no hacer referencia de tiempo para resolver conforme al CPP, de modo que lo subrayado *ut supra* no está vigente ahora.

Si el proceso tuviese más de cien hojas, a este plazo se agregará un día por cada cien hojas.

El incumplimiento de esta disposición acarreará la destitución inmediata de los magistrados, quienes serán reemplazados de conformidad con la ley.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Las consultas por revocatoria del auto de prisión preventiva, de cesación de medidas de aprehensión, retención e incautación por sobreseimiento provisional o definitivo, en todas sus formas y las sentencias condenatorias o absolutorias que actualmente se encuentren en trámite en las cortes superiores, deberán ser resueltas en el plazo de treinta días desde la promulgación de la presente Ley reformativa. En caso de incumplimiento de esta disposición los Magistrados serán sancionados de conformidad con la presente ley reformativa.

Entre el año de 1997⁵⁵ y 1998,⁵⁶ los cambios para esta ley serían importantes en cuanto a reformas e interpretación referente a eliminar la penalización de los adictos (simples consumidores de drogas), que recogería después la Constitución del 2008.⁵⁷ Y que por espacio y tema, no podemos abordar por ahora.

En 1999, se implementa en el Ecuador, en plena crisis político-bancaria, “UNA ESTRATEGIA NACIONAL PARA ENFRENTAR A LAS DROGAS: PLAN NACIONAL 1999-2003”,⁵⁸ un extenso documento de carácter tecnocrático de observancia obligatoria por la institucionalidad del país. De especial interés son las lecturas del “Informe de la Estrategia Internacional de Control de Narcóticos del 2005” (www.usembassy.org.ec/Español/Informes/INCSRISP.ttm-28k). Volumen I. Control de Drogas y Químicos - Ecuador. *Idem* ver el “Programa de país relativo a la lucha contra los narcóticos y la aplicación de la ley”. Ecuador. Dirección de Asuntos Internacionales Relativos a Narcóticos y la aplicación de la ley. Washington D.C. 17 de junio 2005. *Id.*: “La Evaluación del progreso de Control de Drogas”. Ecuador. 2001-2002, del CICAD. Que revela que las cuestiones en materia de drogas incluidas las jurídicas vienen direccionadas al Ecuador, desde el exterior.

⁵⁵ Se llamaría (Ley No. 25) “Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas”, según el Art. 111 inciso segundo de la Ley Reformativa sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial No. 173 de miércoles 15 de octubre de 1997.

⁵⁶ Una posición conservadora de la Corte Suprema, en su Resolución del Pleno, publicada en el Registro Oficial No. 244 de martes 27 de enero de 1998, p. 2, que la enfrentaba con el Congreso Nacional. Y como respuesta del Legislativo: La Ley Interpretativa del Congreso Nacional respecto del inciso segundo del Art. 105 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, reformada por la Ley No. 25, antes citada en la nota a pie de página anterior.

⁵⁷ Constitución del 2008: “Art. 364.- Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales...”.

⁵⁸ Más en detalle al respecto, puede verse la tesina de maestría de Luis Balarezo Chiriboga, “Drogas y control social” (tesis de maestría, Universidad Regional de los Andes, s/f).

2.5.- *La enmienda al anterior CONVENIO DE COOPERACIÓN ENTRE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA RELACIONADO CON EL FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD INSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR PARA CONTROLAR LA PRODUCCIÓN Y TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS.*⁵⁹ En la geopolítica de las drogas ya es lugar común el que Richard Nixon en 1972 fue uno de los primeros en usar la expresión “guerra contra las drogas”; sin embargo, fue posible conocer que luego Ronald Reagan en 1982 declara a las drogas ilegales como un asunto de seguridad nacional, militarizando la cuestión. La verdadera naturaleza de este convenio, aparte de su palabrearía de “ayuda, fortalecimiento y capacitación”, se observa que estas ayudas norteamericanas condicionadas,⁶⁰ dependen del “performance” que se logre, como lo dice esta enmienda del 2005 al Convenio del 2002, en:

⁵⁹ Publicado en el Registro Oficial No. 529 de martes 22 de febrero del 2005, en el Gobierno del expresidente Lucio Gutiérrez. El antecedente de esta enmienda es el CONVENIO DE COOPERACIÓN ENTRE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA RELACIONADO CON EL FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD INSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR PARA CONTROLAR LA PRODUCCIÓN Y TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS, publicada en el R.O. No. 703 de 13 de noviembre del 2002. Ratificada mediante D.E. No. 3237 R.O. No. 694 de 30 de octubre del 2002, cuya parte III: “Verificación de Resultados”, explica la desesperación policial por las ayudas norteamericanas, a cambio de mantener, a cualquier costo social, altos “índices de presos, procesamientos con acusación, persecución de los delitos conexos... y un incremento en el número de operaciones antidrogas, de investigaciones y de juicios penales instaurados”. Del presidente Lucio Gutiérrez es “La Política Nacional de la Lucha Antidroga”: D.E. No. 1189, R.O. No. 239 del 24 de diciembre del 2003.

Esta imposición policial prevista en los Convenios del 2002 y 2005 antes mencionados no justifica la gran presión contra jueces penales y altos magistrados de la Corte, para que en cada caso que conozcan, a los procesados se les niegue siempre la libertad; y, en cambio, más bien necesariamente sean llamados a juicio oral o condenados, o se les deniegue sus recursos. Lo más grave es que, de cumplir los jueces su rol garantista de derechos dentro de la legalidad y la Constitución, pueden sufrir persecuciones (denuncias, destituciones y enjuiciamientos penales, destrucción de su imagen personal por la prensa, etc.) por intermedio del CJ, la Fiscalía y la policía. Solo por la necesidad policial de percibir la ayuda norteamericana conjuntamente con los dineros que el Estado asigna para la lucha contra el tráfico de drogas; sin embargo, no se rinde jamás cuentas de aquellos fondos recibidos, ni se les hizo una auditoría sobre el mismo, ni informaban sus actividades siquiera ante la Policía Nacional, sino ante autoridades extranjeras, inobservando de manera entreguista la soberanía nacional. Pues la UIES tenía un estatuto secreto y especial, lo que motivó finalmente el descabezamiento ulterior de esa unidad de policía.

⁶⁰ Kai Ambos, *Control de drogas (política y legislación en América Latina, EEUU y Europa. Eficacia y alternativas)*, prólogo de Fernando Velásquez (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Universidad Nacional del Litoral, Comisión Andina de Juristas, 1998). A este respecto, en las páginas 116 y 117 nos dice: “El apoyo por EEUU está vinculado legalmente (para el Ecuador en el año 1994: 1,2; 13,7; y 1,5 millones) a determinadas condiciones políticas y en particular, al *drug control performance* (los resultados concretos en el control de las drogas) y al respeto a los derechos humanos. Mediante ello, EEUU posee un medio importante para presionar e imponer su política antidroga para la región. La importancia de la así llamada certificación está reconocida oficialmente como *a weapon against corruption* y mecanismo indispensable de presión. “... Mi mensaje a los países que no recibieron plena certificación es que la Administración es seria —muy seria— en la lucha contra el tráfico de drogas y que espera de ellos el mismo compromiso” (Robert Gelbhard, exsecretario de Estado adjunto para asuntos de narcotráfico y crimen internacional, citado según CAJ, 1997, p. 163). La no certificación tiene como consecuencias que el país afectado pierde toda o una mayor parte de la ayuda militar y de desarrollo de los EEUU, y que EEUU vota en contra de créditos internacionales”. Elías Neuman, “Drogas, estereotipo y resultados de cuatro decenio de represión”, en *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI* (Buenos Aires: ILANUD y la U. argentina “John F. Kennedy”, Ediciones Depalma, 2001), 549, nos dice: “Todos los países de la región deben ‘certificar’, en la primera semana de marzo de cada año frente al Departamento de Estado Norteamericano su contribución a la lucha contra las drogas”. Si a criterio de los funcionarios del país del norte no son acreedores a tal certificación”, como una forma de forma de ejercicio unilateral del derecho, si se quiere, de exportación de leyes federales, sufrirán una absoluta *capitis diminutio* en la venta internacional de sus materias primas y la llegada de subsidios y préstamos de los bancos mundiales que dominan en los Estados Unidos...”.

El progreso en el cumplimiento de las metas del proyecto se medirá por el incremento en la cantidad de narcóticos (10%), armas, municiones y químicos ilícitos incautados (15%); el aumento en el número de detenciones y procesamiento de personas acusadas de tráfico de estupefacientes y delitos conexos (12%); el mejoramiento en el control de las rutas usadas “por narcotraficantes, y el incremento en el número de operaciones antidrogas, de investigaciones y procesos penales instaurados, en comparación con los logros del año anterior⁶¹ del proyecto. (II. 1, inciso segundo)

Esto obliga a la evaluación que hace la agencia americana en la lucha antidroga, a nuestra policía antinarcóticos y al papel de sometimiento y sumisión al que son impelidos algunos jueces penales, porque tienen que cumplir los convenios internacionales,⁶² que en algunos casos hemos mencionado, suscritos por el Ecuador con los EEUU. La relación en esta materia data desde 1974,⁶³ cuya eficiencia o eficacia se mide por los incrementos de detenidos, procesados o condenados por este delito de graves efectos estigmatizantes.

Lo que da como resultado una práctica, por el Ejecutivo, corte constitucional, corte nacional, cortes provinciales, operadores judiciales y especialmente la policía,⁶⁴ encaminados en un afán desmesurado de obtener el incremento de la ayuda norteamericana, a cualquier costo social, jurídico-constitucional, o de los derechos humanos, es decir: cada año deben superar en complacencias al anterior, y por ende, debe haber más investigaciones, más operaciones antidrogas, y con ello, más presos, más procesos instaurados, más acusaciones

⁶¹ Por los fines perseguido por este Convenio, es explicable que, oficiales policiales, agentes de la DEA encubiertos, incluso como jueces, merodeen los despachos judiciales recomendando a jueces *a quo* y a jueces *ad quem*, que en los juicios por drogas condenen a todos y que no dispongan libertad alguna, salvo que quieran perder el visado a los EEUU, de ellos y sus familias, o al menos “ganarse” una queja al Consejo de la Judicatura o el enjuiciamiento penal por prevaricato. Ante tales “promesas”, es explicable el alto grado de presos y de “chivos expiatorios” en estas materias.

⁶² Ver Robert Guevara Elizalde, “Estudio sobre la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (el auto o sentencia judicial en consulta al superior, su estado actual en el Ecuador)”, con abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y resoluciones de la Corte Constitucional y Anexo de la Resolución de 16 de mayo del 2010, Guayaquil, 2010, en la que se cita al “CONVENIO DE COOPERACIÓN ENTRE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA RELACIONADO AL FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD INSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR PARA CONTROLAR LA PRODUCCIÓN Y TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS”, publicado en el Registro Oficial No. 529 de 22 de febrero del 2005, por el que se proporciona fuertes sumas de dinero al Estado y a la policía antinarcóticos. Convenio Internacional suscrito por el expresidente Lucio Gutiérrez, en cuya cláusula I, párrafo final, busca, antes que la justicia imparcial, “... el aumento en el número de detenciones y procesamientos de personas acusadas de tráfico de estupefacientes y delitos conexos... y el incremento de procesos penales instaurados en comparación con los logros del año anterior del proyecto...”.

⁶³ Diario *Expreso*: “Actualidad”, página 3, de fecha miércoles 30 de abril del 2014, artículo: “Vence plazo para la salida de los militares (Unos 20 servidores de la embajada estadounidense deben abandonar el país)...”; más abajo, en entrevista con Jeff Weinschenker —encargado de prensa y vocero de la embajada estadounidense en Ecuador—, este sostuvo: “... Cabe aclarar que todas las operaciones que realizó esta oficina contaban con la autorización del Gobierno Ecuatoriano y los funcionarios estaban debidamente acreditados por la Cancillería”.

⁶⁴ Sobre la policía ver Kai Ambos, Juan Luis Gómez Colomer y Richard Vogler, *La policía en los Estados de Derecho latinoamericanos* (Bogotá: Fundación Friedrich Ebert Stiftung, Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero Internacional, y Editores Jurídicos Gustavo Ibáñez, 2003).

fiscales, etc. Es decir que para el objetivo servil de las estadísticas a presentar al Imperio importan los números no las personas. Importa más la política no la Constitución. Importa más la plata no la soberanía.

III. PROBLEMAS DE LA COEXISTENCIA DE LA LEY 108 Y LA SUCESIÓN DE CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTO PENAL Y/O SUS REFORMAS. LA DEROGACIÓN DE LA CONSULTA

1. Cuando estaba vigente la Ley 108⁶⁵ junto con el CPP de 1983

Aunque la Ley 108 establece la figura de la consulta para los casos en que se revoquen las medidas cautelares que pesan en contra de un prisionero por estupefacentes, en el Art. 121 Ley *ib.* (para los autos en que se revoque la prisión preventiva, de suspensión o de cesación de medidas de retención o de incautación...”; y 122 inciso 5º, *ibidem* (para las sentencias absolutoria o condenatoria).

Lo cual coordinaba, anteriormente, en virtud de lo dispuesto en el Art. 123 de la Ley 108, que establece que el Código de Procedimiento Penal es Ley Supletoria aplicable; de modo que, en los casos en que estaba de aplicación el anteriormente en vigencia CPP de 1983 (Art. 398), que contemplaba concordantemente la consulta, del sobreseimiento y de la prescripción de la acción, no había problemas en aceptar su coexistencia, dado que la clasificación de la ley en leyes generales y especiales era según el Código Civil, pues las codificaciones de la Constitución vigente en esa fecha (junio de 1983 hasta 11 de agosto de 1998)⁶⁶ no distinguía entre leyes orgánicas y leyes generales aún; de modo que la Ley 108, además de ser una ley especial, era una ley posterior al CPP. No había problemas de coexistencia, sino de constitucionalidad de la Ley 108, como se reflejaría, en la Resolución del TC en diciembre de 1997.

2. Cuando la ley 108 sin codificar coexistía con el CPP del 2001. La consulta era innecesaria e improcedente

En cambio, después la Constitución de 1998 cambió el paradigma de clasificación de las leyes, en leyes orgánicas y en leyes generales (Art. 142 CPR de 1998), eliminando la distinción anterior, de tal manera que una ley que antes era especial ahora podía ser tenida por general, si no cuadraba en las características que la Constitución exigía para que sea ley orgánica (Art. 142 inciso final). De modo que el CPP de 1983 —al igual que el CPP⁶⁷ del 2000-2001— al regular “... las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección”, era una ley orgánica, mientras la ley 108 pasaba a ser una simple ley general.

⁶⁵ Ley N° 108, publicada en el Registro Oficial 5232 de 17 de octubre de 1990.

⁶⁶ Codificación de la Constitución publicada en el R.O. No. 763 de 12 de junio de 1984: Codificación de la Constitución publicada en el R.O. No. 969 de 18 de junio de 1996.

⁶⁷ Publicado en el Registro Oficial N° 360 de jueves 13 de enero del 2000, pero que entró en vigencia a partir del 13 de julio del 2001.

Ergo: la Ley 108 era inaplicable, por no prevalente, en el área procesal penal, por expresa disposición del Artículo Final *ibidem* (“Deróganse todas las disposiciones generales y especiales que se opongán a este Código...”), de modo que la Ley 108 (de 1990) especial anterior se derogó por la general ulterior (CPP del 2001), antes que por derogación expresa (Art. 39 del Código Civil), por supremo mandato constitucional tácito que confirió al CPP carácter de ley orgánica.

Entonces, a partir de la Constitución de 1998, prevaleciente el CPP de 1983 ante la Ley 108 de 1990, la consulta de esta era inaplicable, en el caso concreto que juzgaba, por cualquier juez de la República en virtud de lo previsto en el Art. 274 de la CPR de 1998, quedando vigente, entonces, solo la consulta procesal penal contenida en los Arts. 398 al 403 del CPP de 1983. En conclusión, eran pues inaplicables los Arts. 121 y 122 inciso quinto de la Ley 108.

De donde, en materia de drogas, la revocatoria de la prisión preventiva y de las medidas cautelares, así como la sentencia absolutoria y con ello la libertad de personas y la liberación de bienes, no siendo consultable es inmediata e incondicional, sin problema de interpretación alguno. Solo eran consultables los autos de sobreseimiento y los de prescripción de la acción penal pública; empero, conforme al CPP de 1983, se debía otorgar la libertad inmediatamente, salvo el caso de que se apelare por el fiscal tal sobreseimiento, en cuyo caso podía otorgar inmediatamente la libertad previa consignación de caución (ver Arts. 246, 328 y 341 del CPP de 1983). Pese a ello, algunos jueces penales despistados o asustados seguían consultando tales autos al superior. Lo más grave es que la Corte Constitucional de entonces se olvidó que la CPR de 1998 daba carácter orgánico al CPP de 1983, y contrario a la Constitución vigente resolvió en junio del año 2001 que el inc. 5to del Art. 122 era constitucionalmente aplicable, cuando no lo era.

3. La nueva codificación de la misma Ley 108, de sustancias psicotrópicas y estupefacientes (2004), y el CPP del 2001 con sus reformas

Actualmente, estamos claros que el CPP en vigencia es norma orgánica, al calor de la CPR del 2008 (ver Art. 133 No. 2), por lo que prevalece, por esa definición constitucional, y además porque la disposición final del CPP deroga las leyes que se le opongán; de donde, en relación a la Ley 108 codificada,⁶⁸ no por eso es una nueva ley,⁶⁹ es decir, es la misma ley

⁶⁸ Desde diciembre del 2004, se nos presenta un problema de colisión de leyes generales anteriores y especiales posteriores. Dado que la nueva codificación de la Ley 108 entra en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial 490 de lunes 27 de diciembre del 2004, que es por tanto posterior al CPP del 2001, por lo que *aparentemente* contempla la figura de la consulta. En virtud de una supuesta derogatoria tácita (Art. 37 inciso 3º del Código Civil), esta Ley 108 especial fue ulteriormente codificada (2004), lo que pugna y no puede conciliarse con la Ley Procesal Penal general anterior (2001) que no prevé la consulta. Digo que la prevalencia de la Ley 108 sobre el CPP del 2001 es aparente, por cuanto *una codificación de una ley (en este caso la Ley 108) no es en estricta técnica una nueva ley, sino que es la antigua ley con sus reformas y actualizaciones, de modo que “la codificación” de esta ley, no siendo una nueva ley, no prevalece tampoco sobre el CPP. De modo que la consulta no tendría que devenir necesaria.*

⁶⁹ Ver Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, 24ª edición, revisada, actualizada y ampliada, tomo II (c-ch) (Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1996), 181. En la voz *codificación*, se lee: “... La obra del codificador rara

anterior, solo que actualizada, unificada,⁷⁰ que deviene ahora, por definición constitucional, en una ley general. Prevalece, pues, la norma procesal orgánica penal que no contempla la consulta, consulta que es contraria al sistema acusatorio oral. Un grave error de interpretación constitucional ha hecho que la Corte constitucional en los años 2005 y 2010 haya resuelto la constitucionalidad del Art. 122 (ahora 123) inciso quinto de la codificación de la Ley 108, cuando esta norma sobre drogas pugna con los principios procesales del sistema acusatorio oral garantizados por la misma Constitución.

IV. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA NO CONSULTA EN MATERIA DE PROCESOS PENALES POR DROGAS

Algunos fallos de la Excm. Corte Suprema de Justicia del Ecuador se han pronunciado, y aunque con otros argumentos, han admitido⁷¹ esta conclusión expuesta por mí:

- Fallo de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación N° 464-01 de 17 de diciembre del 2001. Publicado en el Registro Oficial N° 526 de lunes 4 de marzo del 2002, páginas 29 a 30, en que se lee:

TERCERO: La Sala considera que al haberse extinguido la Consulta en el Código de Procedimiento Penal del año 2000, las causas por delitos contemplados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas no accederán a la Corte Superior, en cuyo caso, el recurso debe interponerse directamente, como así se lo hecho en el caso que se juzga, ante el Tribunal Penal, negarlo o declararlo indebidamente interpuesto implicaría atentar contra el derecho a la defensa en juicio, consagrado en los números 10 y 17 de la Constitución Política del Estado, razón por la que entra a conocer el referido recurso...

- Fallo de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 62-03 de 17 de diciembre del 2001. Registro Oficial N° 107 de jueves 19 de junio de 2003, páginas 14 a 15, en que se lee:

TERCERO: Es primordial que la Sala se pronuncie primeramente sobre la obligatoriedad de la Consulta dispuesta en el Art. 122 de la Ley de sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, antes de pronunciarse sobre el recurso interpuesto por el procesado, con cuyo objeto hace las siguientes reflexiones: a.- El Art. 23 de la Constitución en su número 3ro. Proclama la igualdad ante la ley de todas las personas quienes gozarán de los mismos derechos,

vez es promulgada sin revisiones discusiones o enmiendas de los poderes Legislativo y Ejecutivo. La interpretación del Codificador, denominada auténtica, posee extraordinaria importancia para la aplicación del texto, *pero no tiene carácter obligatorio para los Tribunales; porque de lo contrario, constituiría ley a su vez...*"

⁷⁰ Ver Ramiro Borja y Borja, *Teoría general del Derecho y del Estado* (Quito: Editorial Pedro Jorge Vera, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 2007), 150. Aquí nos dice: "... el grupo de normas que constituye un código, puede ser expedido como tal; o unificado posteriormente a su producción, por codificación".

⁷¹ Mi agradecimiento académico al señor doctor Arturo J. Donoso Castellón, exmagistrado de la Segunda Sala de lo Penal de la Excm. Corte Suprema de Justicia del Ecuador (1997), por la confirmación de esta información jurisprudencial

libertades y oportunidades, y en su número 27, el derecho al debido proceso y una justicia sin dilaciones; b.- El Art. 24 de la misma Constitución en el número 10 reconoce el derecho a la defensa a toda persona en cualquier estado del procedimiento y en el número 17, ratificando el derecho a la defensa, proclama que toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en modo alguno quede en indefensión; c.- El Art. 142 de la misma Constitución clasifica a las leyes en orgánicas y especiales, declarando en el número tercero: Que son leyes orgánicas: “Las que regulan las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección”, y en el Art. 143 inciso 2do., dispone que la ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella ni siquiera a título de ley especial; d.- El Art. 272 de la Constitución establece la jerarquía de las leyes, encontrándose en primer lugar la Constitución que prevalece sobre todas las demás leyes, luego las leyes orgánicas, las ordinarias, decretos leyes, decretos estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, que no podrán estar en contradicción con la Constitución, en el segundo inciso dice: “Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las Cortes, Tribunales Jueces y Autoridades Administrativas lo resolverán mediante la aplicación de las normas jerárquicamente superior; y el Art. 274 ordena que el Juez o tribunal que conozca podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a la norma de la Constitución, o a los Tratados o Convenios Internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido”. De lo expuesto se colige que el Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial No. 360 de 13 de enero del 2000, por contener las garantías del debido proceso, que son parte de las garantías de los derechos humanos, es Ley Orgánica, con primacía sobre la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que es ley especial pero ordinaria, pues no está incluida entre las leyes orgánicas; e.- La primera disposición transitoria del Código de Procedimiento penal dispone que los procesos penales que estuvieren tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirá sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso previstas en la Constitución Política, las que, estas últimas estén vigentes desde la fecha de la promulgación de la Constitución —11 de agosto del año 1998—: f.- El Art. 2 del Código de Procedimiento Penal del año 2000 establece el principio de que las normas procesales posteriores relacionadas con los efectos de la ley adjetiva y sustantiva se aplicarán con efecto retroactivo en lo que fueren más favorable a los infractores; y g.- *No habiéndose contemplado la Consulta en el Código de Procedimiento Penal de 2000, institución que está dentro de las normas del debido proceso y que afecta al derecho de defensa del imputado, cuya igualdad de derechos está proclamada por la propia Constitución, no puede considerarse vigente para los juicios penales incoados antes del 13 de julio del 2001, fecha en que entró a plenitud en vigencia el Código de Procedimiento Penal del año 2000, de manera que no procede la Consulta en la presente causa iniciada el 7 de febrero del año 2001. En consecuencia, la Sala declara que no debió elevarse en consulta la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de Pichincha en la presente causa penal.-...*

- Fallo de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 95-03 de 24 de febrero del 2003. Registro Oficial N° 108 de viernes 20 de junio del 2003, páginas 13 a 14, en donde se lee:

TERCERO: Antes de resolver lo principal la Sala debe decidir si es procedente la consulta en el caso que se juzga, de sí serlo, devolvería el proceso al inferior para que lo eleve en Consulta a la Corte Superior; de no ser procedente la Consulta, entra a resolver sobre la materia del recurso. Sobre el primer aspecto, que es previo, hace las siguientes consideraciones: a.- El Art. 272 de la Constitución Política proclama sus supremacía con relación a las demás leyes, estableciendo la primacía de las orgánicas sobre las ordinarias y sobre decretos leyes, decretos, estatutos, ordenanzas y reglamentos, prescribiendo que los jueces y autoridades administrativas resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior; b.- La misma Constitución Política en su Art. (23) 13 proclama la igualdad de derechos de los ecuatorianos y extranjeros y en el Art. 23 número 27 reconoce el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones, consagrándose el principio favorable al encausado, en caso de duda o en caso de conflicto de leyes, en el Art. 24 número 2; c.- El Art. 2 del Código de Procedimiento Penal vigente desde el 13 de enero de 2000, parcialmente, y a plenitud, desde el 13 de julio de 2001, consagra el principio de legalidad y retroactividad tanto en materia sustantiva como en materia adjetiva penal, en lo que fuere favorable a los infractores. d.- No cabe duda de que la institución de la Consulta es una institución de discrimen en contra del encausado que le pone en desigualdad de condiciones frente a otros encausados, que en la sustanciación de un proceso no se elevan en consulta sus resoluciones, principalmente la sentencia, es la decisión importante en una causa penal, no señalada o suprimida en la actual legislación procesal penal, dispuesta en Art. 122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Si la Constitución Política proclama la igualdad de derechos, esta norma especial contenida en la ley de drogas atenta contra este principio, si además las leyes procesales penales deben aplicarse con efecto retroactivo a favor del procesado aun tratándose de juicio iniciados con anterioridad a la vigencia del Código de Procedimiento Penal del 2000, *no puede aplicarse la Consulta, ni aun a título de ley especial, como es la Ley de drogas, si se tienen en cuenta de que es ley de mayor jerarquía el Código de Procedimiento Penal, por ser Ley Orgánica como lo dispone el Art. 142 número 3ro. De la Constitución Política. Atentas estas razones, la Sala declara que no debió elevarse en consulta la sentencia dictada por el Tribunal Penal, en el caso que se juzga, desestimando el criterio del Ministerio Público al respecto, consecuentemente, entra a considerar sobre el recurso de casación interpuesto por la procesada...*

- En Galo Espinoza M., *Compendio de setenta años de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, tomo II (Quito: Don Bosco 1999), 308 puede verse el auto de la Primera Sala de la Excma. Corte Suprema de 12 de febrero de 1990, que señala que en los casos de fuero de Corte no cabe apelación al superior.

Así lo ha entendido también un fallo⁷² dictado por la Primera Sala de la Excm. Corte Suprema de Justicia, dictada el 12 de febrero de 1999, en la que dice:

En orden a la Consulta precisa hacer el siguiente razonamiento: a) El Código de Procedimiento Penal, en el Título II, Capítulo II, trata del sobreseimiento y no prevé la Consulta, lo que quiere decir que no todo sobreseimiento debe ser consultado; b) en cambio en el Título V, Capítulo Único, trata de la Consulta, pero exclusivamente de la que deben hacer los jueces de lo penal respecto de los autos de sobreseimiento y los tribunales penales con relación a los autos de prescripción, pero unos y otros ante la Corte Superior; de modo que no se puede hablar de otras, y menos respecto de las providencias dictadas en los casos de fuero de Corte; c) se explica que un juez de orden jerárquico inferior consulte su sobreseimiento o la declaratoria de prescripción, mas no que tenga que hacerlo el máximo personero de la función judicial sobre aquellas providencias... En consecuencia, la Sala desecha la Consulta elevada por el Presidente de la Corte...⁷³

- La H. Corte Superior de Justicia de Quito, en su Tercera Sala Penal en un fallo de 3 de septiembre del 2003, ha adoptado este criterio de no aceptar, de rechazar, la consulta, en materia de drogas, en los siguientes términos:

TERCERA SALA DE LA H. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO.- Quito, 3 de septiembre del 2003.- Las 09H30, VISTOS: El Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha dicta sentencia con fecha 8 de abril del 2003 a las 17H00, en la que declara que, Carlos Felipe Carvicia Peña, cuyas generales de ley quedan especificadas como autor responsable del delito de tenencia y posesión ilícita de cocaína, tipificada en el Art.64 de Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, se reimpone la pena modificada de ocho años de reclusión mayor y multa de sesenta salarios mínimos vitales generales. Se ordena el comiso de los bienes constantes en el parte de aprehensión a excepción de los documentos personales y que se destruyan las muestras, que se oficie al Intendente General de Policía de Pichincha para que dé cumplimiento a lo señalado en el Art. 19 de la Ley de Migración, y que de este fallo sea consultado al superior. De esta sentencia dentro de término el sentenciado interpone recurso de Casación.- Para resolver la Consulta dispuesta, la Sala hace las siguientes consideraciones de orden legal: PRIMERO: Esta Sala en forma reiterada y razonada ha manifestado que en esta clase de juicios en estricto cumplimiento de los principios del Sistema Acusatorio no existe Consulta por las siguientes razones doctrinarias y legales: Ni la Constitución Política ni el Nuevo Código de Procedimiento Penal disponen dicha Consulta; es aún más, la propia Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que no hay Consulta para estos fallos.- Por consiguiente, para

⁷² Ver Galo Espinoza M., *Compendio de setenta años de jurisprudencia de la Corte Suprema (1929-1994)* (Quito: Imp. Don Bosco, 1999), 308.

⁷³ Antes de variar en el año 2006, el sistema ecuatoriano de enjuiciamiento penal en los casos de fuero de corte, el presidente de las Cortes, Suprema y/o Superiores juzgaba en primera instancia; y las Salas de las Cortes juzgaban en segunda instancia. Lo cual no acontece ahora.

resolver la Sala considera: a) primeramente hay que señalar que el Nuevo Código de Procedimiento Penal publicado en el R.O. No. 360-S del 132 de enero del 2000, suprimió el Capítulo V relativo a la Consulta, que constaba en el Código de Procedimiento Penal derogado y que se publicó en el R.O. No. 551 de 10 de junio de 1983 hasta el Art. 403 inclusive, b) Pero, se pregunta qué es el estado de derecho y sin duda nuestro país es un Estado de Derecho. Primeramente, debemos señalar que el Estado de Derecho se caracteriza por el respeto generalizado a los derechos de la persona y surgió por oposición a la monarquía europea. Al respecto, el tratadista Alessandri y Somarriva lo define: “El Estado de Derecho significa que tantos gobernantes como gobernados deben someterse en su obrar, no al capricho o a la conveniencia de cada cual, sino a normas jurídicas y previas establecidas de antemano. Los gobernantes deben conformarse a estas reglas no solo cuando se trata de determinar los derechos de los gobernados entre sí, unos respecto de otros, sino también cuando se trata de conculcar los poderes de los gobernantes frente a sus administrados, y en este último aspecto es más restringido porque al fin de cuentas se traduce en que el poder público se autolimita en su función de crear y sancionar el derecho”. De lo anotado se desprende que el Estado de Derecho es la organización política de una sociedad que en su conjunto y sin excepción tiene la voluntad de que TODOS, esto es, gobernantes y gobernados, nos encontremos sometidos a los mandatos de la ley y primeramente de la Constitución Política, pues el Estado de Derecho se opone a todo poder arbitrario que pretende imponer su voluntad sin la limitación que el consenso ha plasmado en el Derecho; choca con quien pretende dominar el conjunto social con apoyo a su capricho personal o al de su grupo, sin respeto a la voluntad colectiva que en la norma jurídica se consagra. Por fin, el Estado de Derecho, dicen varios tratadistas, es incompatible con vínculos de poder autoritarios que toda sociedad humana tiende a generar, por ello se debe combatir con los instrumentos que el propio orden jurídico proporcione; de este modo hemos analizado que la vigencia efectiva del Estado de Derecho es requisito para una vida social ordenada y justa, y esta vigencia es y debe ser el resultado de la administración de justicia a quien corresponde la aplicación final de las normas que integran el orden jurídico nacional. El Estado de Derecho se encuentra plasmado en el Art. 119 de la Constitución Política que señala: “Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consagradas en la Constitución y la Ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecuencia del bien común. Aquellas instituciones que la Constitución y la Ley determinen, gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento; esto es respecto a los gobernantes; y en el Art.97 inciso primero referente a los gobernados, al señalar: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la Ley y las decisiones legítimas de autoridades competentes”. c) Varios son los principios que regulan el Código de Procedimiento Penal, y entre ellos tenemos el Principio de Inmediación, que es menester analizarlo en profundidad para conocer con mayor acierto porque no existe la Consulta para ningún caso penal según la vigente Ley.- El Principio de Inmediación.- El Principio de Inmediación está contemplado en los Arts. 192 y 194 de la Constitución Política y en el Art. 253 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con los Arts. 253 al 277 *ibidem*, Qué es

la inmediación.- La inmediación hace referencia a que el juez norma su convicción sobre lo visto u oído; y de ahí la necesidad de que dicte la sentencia quien ha presidido la práctica de la prueba, así los recursos son contrarios al principio de inmediación, se dice en doctrina; pues quien ha presenciado personal y directamente la prueba es el único que está en condiciones de valorarla, o sea el tribunal penal es dueño de la valoración, como dice la jurisprudencia española “al examinar gestos de los intervinientes tales como los de turbación o sorpresa a través de las cuales puede el juez o tribunal de instancia fundar su íntima convicción”. De este modo, el principio de inmediación es de la esencia del sistema acusatorio, esto es, que la prueba sea practicada por el juez que juzgue y sentencie, ningún otro funcionario está permitido apreciar directamente el desarrollo en la producción probatoria, hay percepción sensorial de todo el material que va a fundar la sentencia del Tribunal Penal, ya hemos manifestado que en esta etapa del juicio se produce este principio, pues los jueces del Tribunal Penal y las partes están frente a frente, en contacto entre ellos, y con las pruebas, se escuchan los razonamientos, no se lee a medias, con lo cual todos los elementos que deben servir para fundamentar la sentencia por parte del tribunal penal se obtienen en la audiencia; y no tienen o no deben tener un origen extraño al propio juicio. Recalcamos que siempre que el tribunal penal ha de formar su convicción sobre los hechos de las pruebas practicados oralmente en su presencia con lo visto u oído en el juicio, así solo los jueces del tribunal penal que concurrieron a esta diligencia deberían de sentenciar, por eso solo los actos que se realizan en su presencia son PRUEBAS. Estas consideraciones motivaron que el Legislador Ecuatoriano en el Nuevo Código de Procedimiento Penal no haya puesto la Consulta; pues, lo contrario supondría que la Corte Superior (respectiva Sala) entre a decidir sobre hechos, pruebas, etc., que nunca los presenció; pero se dice que esto sería posible si se utilizan medios de producción de sonidos y de imagen y esto en nuestro país es imposible por las limitaciones económicas que agobian la función judicial dentro del presupuesto nacional, con razón se dice que es una cenicienta del presupuesto. De todo lo anotado, se colige que la prueba debe ser directamente percibida por los jueces de primera mano, ya que los jueces solo pueden fallar utilizando como base pruebas cuya producción hayan percibido directamente, de tal modo que este principio es el que justifica la oralidad de los procesos, pues solo la ORALIDAD garantizaría esta relación inmediata entre el juez y la prueba; por otra parte, supone la relación directa de los litigantes con el juez de modo que él conoce directamente a las partes y puede apreciar por sí mismo el valor de las pruebas que han de realizarse en su presencia; así nadie medie entre el juez y la percepción directa de la prueba. Ej.: el testigo que está declarando, si el juez no lo escucha directamente, no está en capacidad de realizar un verdadero juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo haya dicho. Concluiremos señalando que el principio de inmediación es el contacto directo entre los jueces y las partes y entre estos y las pruebas; de esta manera, el juez tiene conocimiento directo de los sujetos procesales y de las circunstancias de hecho de una manera directa, objetiva y real, esto es, una comunicación directa e inmediata entre el juez y los distintos elementos del proceso. Sobre este principio procesal, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente: “PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN, supone la relación directa de los litigantes con el juez, de modo que el

magistrado conozca directamente a las partes y pueda apreciar por sí mismo el valor de las pruebas, que han de realizarse en su presencia. En el caso del Sistema Inquisitivo es esencialmente escrito, por eso es posible que inclusive la recepción de declaraciones se realice ante el secretario judicial o más corrientemente ante el oficial del juzgado”. Señala la Resolución del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del nuevo Código de Procedimiento Penal, Resolución publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 351 del 20 de junio del 2001. d.- ¿POR QUÉ NO EXISTE CONSULTA EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL? Como es de conocimiento general, el Código de Procedimiento Penal del año de 1983 contempla LA CONSULTA OBLIGATORIA de los sobreseimientos dictados por los jueces penales inclusive en algunos casos de sentencias de los tribunales penales como es en los juicios por los delitos tipificados y sancionados por la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas sobre la consulta OBLIGATORIA y la definición de consulta tratan algunos fallos de la Excm. Corte Suprema publicados en la Gaceta Judicial Serie XV, No. 7, pág. 1934; y Gaceta Judicial Serie XIV, No. 14 pág. 3887 y 3888. Algunos tribunales penales del Pichincha consideran que inclusive ha desaparecido la consulta en los juicios penales tramitados de acuerdo al viejo Código de Procedimiento Penal, e.- ¿POR QUÉ SE HA ELIMINADO LA CONSULTA DEL NUEVO CÓDIGO? Por las siguientes razones: 1) La obligación de la CONSULTA se ha eliminado, porque implícitamente era una reserva legal sobre el acto consultado, ya que generalmente se interpretaba la consulta como una desconfianza sobre el juez o tribunal que lo dictó, bien porque sea contraria a derecho o dictada a impulsos de intereses indebidos. 2) No existe en virtud de la disposición del Art. 23 numeral 27 de la Constitución Política que señala el derecho a una justicia sin dilaciones, esto es, injustificadas *ya que nadie puede negar que es injustificado mantener privada de la libertad a una persona, cuando la misma justicia penal en primera instancia ha declarado que es inocente, en concordancia con el numeral 8 del Art. 24 de la Constitución Política.* 3) Siempre que el Tribunal Penal ha de formar su convicción sobre los hechos con las pruebas practicadas oralmente en su presencia, con lo visto y oído en el juicio, así solo los jueces del tribunal penal que concurrieron a esta diligencia deberían sentenciar, por eso solo los actos que se realizan en su presencia son PRUEBAS. Estas consideraciones recalamos motivaron que el legislador ecuatoriano en el nuevo Código de Procedimiento Penal no haya puesto la Consulta, pues de lo contrario supondría que la Corte Superior (respectiva Sala) entre a decidir sobre hechos, pruebas, etc., que nunca presenció. 4) En el proceso inquisitivo, por ser escrito tenía su razón de ser la CONSULTA, porque la convicción judicial ha de atender solo lo que conste por escrito en las actuaciones; pero en el proceso acusatorio, que se regula por los principios de oralidad e intermediación, la situación es diferente; y lo es porque la conciencia del tribunal penal debe formarse atendiendo críticamente a lo visto y oído por él, de modo que lo que sirve para formar esa convicción no es el reflejo documental de las pruebas practicadas, sino el recuerdo de lo que ante él se ha realizado, más aun en el Acta que se levanta por parte del Secretario del Tribunal Penal sobre la Audiencia no se deja constancia de todo lo ocurrido, por obvias razones de índole físico. Así, si existiera la CONSULTA, se dice en doctrina que se debería volver a practicar

ante la Corte Superior (la Sala respectiva) todas las pruebas que se practicaron ante el tribunal penal, lo cual va contra el principio de una justicia sin dilaciones. f.- Por otro lado, se ha manifestado que la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas es una Ley Especial, y que en ella en el Art. 129 se contempla el mecanismo de la CONSULTA y que por tal, procede la misma en los casos señalados en dicha disposición legal. Al respecto, el Art. 142 de la Constitución Política, norma suprema, dispone lo siguiente: Las Leyes serán orgánicas y ordinarias, serán leyes orgánicas: 1. Las que regulan la organización y actividades de las funciones Legislativas, Ejecutivas y Judicial; las de régimen seccional, autónomo y las de los organismos del Estado, establecidos en la Constitución; 2. Las relativas al régimen de partidos, al ejercicio de los derechos políticos y al sistema electoral; 3. Las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección; y 4. Las que la Constitución determine que se expidan con este carácter, las demás serán leyes ordinarias. En tal virtud, no procede el razonamiento jurídico que manifiesta que la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas es una ley especial. g.- En resumen, dentro de la justicia penal se han producido grandes cambios, esto es, de elementos nuevos sobre los viejos, esto es, hay una ruptura al señalar el nuevo Código de Procedimiento penal la existencia de un nuevo proceso, pues el núcleo central del cambio, como dicen los tratadistas, reside en la estructura del litigio, esto es el elemento central en la configuración del sistema de justicia penal; de lo que se colige que el modelo acusatorio que predomina en el vigente Código de Procedimiento Penal se contrapone al sistema inquisitivo que regía antes en nuestro sistema penal. Para terminar, señalamos que existe un gran cambio en esto que algunos autores han llamado “Epistemología del proceso”, y este cambio ha influido en la estructura del litigio, de tal modo que el juicio oral modifica sustancialmente la función del juez dentro del proceso penal, por eso se requiere urgente preparación sobre la implementación de este nuevo procedimiento y un cambio de mentalidad en nuestras funciones de juez. En tal virtud, con los razonamientos señalados y por disposición de las normas constitucionales legales esta Sala considera que NO EXISTE CONSULTA DE LA SENTENCIAS DICTADAS POR LOS TRIBUNALES PENALES EN LOS JUICIOS QUE SE SUSTANCIAN POR DELITOS TIPIFICADOS Y SANCIONADOS POR LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS. ... Ministros de la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito... percepción entre la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y el Código de Procedimiento Penal.” para nosotros la consulta actualmente no tiene razra, sin

Siguieron después otras providencias dictadas en las siguientes causas:

- 4396-04 de 1º de junio del 2005.
- 581-05 de 23 de agosto del 2005.

V. CASOS ESPECIALES

1. El caso de la consulta en los casos de fuero de Corte en materia de drogas

1.1. Jurisprudencia de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil: Tercera Sala especializada en lo Penal Colusorios y de Tránsito en el juicio No. 863-B-2007, en un caso de fuero de Corte, seguido en un caso de materia de drogas, se sostuvo por mí, el autor del proyecto, lo siguiente, en lo pertinente, sobre la consulta:

TERCERA SALA DE LO PENAL, TRANSITO Y COLUSORIO DE LA H. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE GUAYAQUIL.-

No. 863-B-2007.-

Guayaquil, 28 de enero del 2008. Las 16H00.-

VISTOS:⁷⁴... III.- Como se está revocando una medida cautelar personal y real dictada anteriormente por los juzgadores penales superiores de la integrada Tercera Sala especializada de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la H. Corte Superior de Justicia del Guayas, debe de examinarse si es procedente elevar este auto en Consulta o no. Para su análisis, se observa: A) Que de conformidad con el Art. 376 del CPP, se ha señalado que: "... se llevarán adelante la etapa de instrucción, de acuerdo con las normas generales de este Código, en lo que fuere aplicables"; B) Trámite que debe aplicarse con las modificaciones al sistema de procedimiento penal especial para los casos de fuero de corte, que se implementaron con las reformas por la Ley 2006-33, publicado en el Registro Oficial No. 238 del 28 de marzo del 2006, y la Resolución Obligatoria emitido por el pleno de la Excma. Corte Suprema de Justicia del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 298 de viernes 23 de junio del 2006, *que regularon un procedimiento penal en el que no se puede aplicar el Art. 123 inciso quinto de la codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por el vacío existente en esta ley.* C) Que, además de que en el CPP en vigencia no se encuentra, en general, regulada la institución de la Consulta, y que por mandato de lo previsto en su DISPOSICIÓN FINAL, que señala: "Deróguense todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a este Código...", de modo que la Ley 108 de 1990 y su consecuente codificación ulterior quedó derogada. D) Que las reformas del 2006 al CPP, tampoco reguló, especialmente, el procedimiento de la consulta para los juzgamientos en materias de drogas, en los casos de fuero de Corte; y, que tampoco reguló (La Consulta) en las reformas (*ut supra* referidas) al procedimiento especial de juzgamiento en caso de fuero de Corte.- En conclusión, en este nivel especial y superior de juzgamiento penal, aun en materias de drogas, no cabe la Consulta. En abono favorable a nuestro criterio judicial, se ha señalado anteriormente que, en materias de juzgamiento por casos de drogas, la denegación de la consulta en estos casos

⁷⁴ El fallo completo, con abundante doctrina y jurisprudencia, por quien tenga interés, puede estudiárselo, entre otros trabajos académicos del suscrito autor, en el portal de Derecho contenido en la página web del Dr. Alfonso Zambrano Pasquel: www.alfonsozambrano.com en la sección Doctrina Penal (Roberto Guevara: "Fallo en caso de narcotráfico").

es procedente, como se ha dispuesto, en algunos fallos de la Excm. Corte Suprema de Justicia. Ver: Fallo de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación N° 464-01 de 17 de diciembre del 2001. Publicado en el Registro Oficial N° 526 de lunes 4 de marzo del 2002, página 29 a 30. Fallo de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 62-03; Registro Oficial N° 107 de jueves 19 de junio del 2003, página 14 y 15. Fallo de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 95-03 de 24 de febrero del 2003. Registro Oficial N° 108 de viernes 20 de junio del 2003, página 13 a 14. Que ha sido seguido incluso en algunos fallos dictados por la H. Corte Superior de Justicia de Quito, como vemos que: en su Tercera Sala Penal, han adoptado este criterio de no aceptar ni conceder la consulta, en materia de drogas, en providencias dictadas en las causas No. 4396-04 de 1° de junio del 2005. Y, en la No. 581-05 de 23 de agosto del 2005. Por lo tanto, *no estando regulada en el CPP ni en las reformas del 2006 dentro del juzgamiento en caso de fuero de Corte, la consulta previa en materia de drogas es impertinente hacerla no estando regulado, para este procedimiento especial, el destinatario de la consulta.* Por lo expuesto, se ordena la inmediata libertad de Ledys Amparo Estupiñán Estupiñán, debiéndose oficiar para dicho efecto, a la señora Directora del Centro de Rehabilitación Social Femenino del Litoral a efectos de que cumpla la orden de libertad en favor de dicha imputada, que se encuentra a nuestras órdenes. Notifíquese.- Drs. Robert Guevara Elizalde, Fernando Grau Aróstegui y Cristóbal Mantilla (vs.).

En materia de procedimientos penales especiales como en el caso de fuero de Corte deben seguirse las reformas implementadas por la Ley Orgánica de la Función Judicial y al Código de Procedimiento Penal, que se publicaron en el Registro Oficial No. 238 de martes 28 de marzo del 2006; y, las normas dispuestas por la Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 298 de viernes 23 de junio del 2006. Ulteriormente, los juicios para los casos de fuero de Corte Nacional, se reguló en la Resolución del Pleno de la Corte Nacional publicada en el Registro Oficial No. 511 de miércoles 21 de enero del 2009 (Arts. 7 y 9). Garantizado el fuero de Corte en la Constitución del 2008, en el Art. 188 inciso segundo; que se garantizan también en el Código Orgánico de la Función Judicial Art. 169 y ss.

Como se observará en estas reformas, están recogidas⁷⁵ en la legislación ecuatoriana del 2008 y 2009, tanto la fase procesal de impugnación como la fase procesal del juicio, corresponde “a las demás salas”, las que orgánicamente son —las salas penales— todas iguales en jerarquía entre sí; no siendo superior una sala penal en relación a las otras salas penales de esa misma Corte; por lo que resultaría inaplicable las Consultas referidas en leyes especiales como la prevista en el Art. 122 de la Ley de Tránsito de Transporte Terrestre de 1996 (en vigencia antes de la ley actual); o como la prevista en los Arts. 122 y 123 de la Ley Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en vigencia. Sin que se pueda remitir en consulta

⁷⁵ Actualmente, la Constitución del 2008, en su Art. 188 *in fine*, ha señalado: “En razón de la jerarquía y responsabilidad administrativa, la ley regulará los casos de fuero”. Que el Código Orgánico de la Función Judicial del 2009 en cuanto al fuero funcional o personal lo ha regulado (Arts. 168 y 169, 192 No. 5 inciso segundo, 194, 195, 208 No. 2 inciso segundo).

al superior, en estos casos, para su resolución, a la Corte Suprema de Justicia, dado que esta solo podía, a la fecha del fallo de nuestro comentario, actuar como Corte de Casación (Art. 200 de la Constitución de 1998), sin que pueda decidir esa Consulta la Alta Corte, dado que “Las Instituciones del Estado sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos...”; por expreso mandato del Art. 119 (ahora Art. 226) de la Constitución: “... no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común”. *En otras palabras, no está regulado en el CPP, en este procedimiento penal especial,⁷⁶ ni la Consulta, ni el destinatario de las Consultas previstas en leyes especiales, a las cuales no las puede seguir, simplemente porque lo especial del procedimiento a aplicar obligatoriamente predomina sobre el trámite regular o común.*

Como se observará, el juzgador penal que obre no disponiendo la consulta, sea de revocatoria de medidas cautelares personales y/o reales, de cesación de medidas de aprehensión, retención, incautación, en materia de drogas y que dicte sentencias condenatorias o absolutorias, etc. (Arts. 122 y 123 inciso 5 de la LSSEyP), en virtud de los argumentos expuestos anteriormente, no cometería, dentro de ese juicio que conozca, violación de trámite alguno, pues la no consulta no constituye omisión de solemnidad sustancial, por lo que no puede generar nulidad procesal que se tenga que declarar.⁷⁷

1.2. Reciente jurisprudencia penal nacional sobre la no consulta en materia de drogas

Sin embargo, jurisdiccionalmente en la actualidad, en este mismo caso antes señalado (juicio penal No. 863-B-07), por presunto tráfico de drogas, la PRIMERA SALA PENAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, en auto de fecha 16 de septiembre del 2009, a las 10H00, dentro del juicio penal, signado en la Alta Corte con el No. 817-2009-CT, en lo principal categóricamente se pronuncia sobre la no consulta de los autos en materia de drogas, en los casos de fuero de Corte, en donde señaló lo siguiente:

⁷⁶ Claria Olmedo, Jorge E., José Cafferata Nores, Cristina José de Cafferata y Jorge Montero. *Derecho Procesal Penal...*, 423 nos explican la naturaleza del procedimiento especial: “Se dice que un procedimiento es especial (diferenciado para nosotros) cuando todas o parte de sus normas que lo regulan derogan o modifican las que organiza el procedimiento común. En caso de modificación parcial, esta ha de captar un aspecto fundamental del trámite y no un mero acto o artículo del proceso”.

⁷⁷ Incluso desde una perspectiva de derecho distinta a la penal, como es el Derecho Procesal Civil y/o del Derecho Laboral, en donde debe procurarse al máximo de la protección estatal cuando es la parte demandada (Juicio Auditor de entidad que pertenece al sector público: Ing. Julio César Orellana Gómez contra EMELGUR), por lo que debe contarse, se dice necesariamente, con el Fiscal, conforme al Art. 990 (antes Art. 1042) de la codificación del CPC, que dice: “En las causas que interesen al Estado y a sus instituciones, y que suban en consulta a los tribunales, se procederá como en los casos de apelación, oyendo primero al Fiscal y no habrá en ellas deserción del recurso”. Respecto de lo cual ALGUNA SENTENCIA DE LA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, DICTADA EL 31 DE AGOSTO DE 1994, A LAS 08H35, sostuvo: “SEXTO.- En lo relacionado con la afirmación de la parte accionada, de que no se cumplió con lo dispuesto en el Art. 1.042 del Código de Procedimiento Civil que manda a oír al Ministro Fiscal, esto no constituye omisión de solemnidad sustancial y no es motivo de nulidad como anteriormente se ha resuelto por parte de esta Sala en algunas sentencias”... Drs. Miguel Villacís Gómez, Jaime Espinoza Ramírez, David Altamirano Sánchez, Rubén Bravo Moreno y Julio Jaramillo Arízaga.

... 3) La consulta es una institución jurídica que permite que un juez superior revise el proceso y la sentencia dictada, de tal manera, que esta pueda ser confirmada, revocada o reformada. En el Código de Procedimiento Penal vigente, la consulta fue eliminada a partir de su vigencia; 4) El Capítulo III, del Título V del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Penal, aplicable en este juzgamiento, determina el procedimiento especial que debe observarse en aquellos juicios donde se encuentran procesados penalmente funcionarios que gozan de fuero de Corte; estableciendo el artículo 380, el recurso de apelación del auto de sobreseimiento y del auto de llamamiento a juicio; los recursos de casación y revisión de la sentencia ante la Corte Superior o la Sala de lo Penal de la Corte Suprema; no observándose ninguna otra disposición en este Capítulo que faculte a un tribunal superior a revisar la sentencia dictada; 5) Siendo el Código de Procedimiento Penal quien determina el trámite que debe seguirse en la ritualidad de los procesos y estando los delitos contemplados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, sujetas al Código de Procedimiento Penal, deben estarse a las normas de procedimiento, contempladas en él y de manera fundamental a la Carta Magna que determina el principio de igualdad ante la Ley.- Por lo expuesto, esta Sala carece de competencia para conocer y resolver la consulta dispuesta en sentencia por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil; y, 6) Devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen, a fin de que, además de proveer las diversas peticiones que sobre la devolución de bienes constan en autos, se pronuncien sobre los recursos de casación interpuestos por los sujetos procesales.- Notifíquese.- F). Des: Hernán Ulloa Parada, Presidente de la Sala, Luis Moyano Alarcón, Milton Peñarreta Álvarez, jueces. Certifico. f). Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator. Lo que pongo en su conocimiento para los fines legales pertinentes. Dr. Hermes Sarango Aguirre SECRETARIO RELATOR.

1.3. ¿Deben consultarse los autos de prescripción del ejercicio de la acción en materia de drogas?

Bajo el CPP de 1983 (por mandato expreso del Art. 398 del CPP, *ib.*), el auto de prescripción de la acción se consultaba necesariamente, por mandato procesal penal ordinario en concordancia con la Ley 108, y su consulta especial, sin problema de interpretación alguno.

Sin embargo, en la Ley 108 no está establecida expresamente la consulta para el caso específico de los autos de prescripción de la acción (que también puede liberar personas y bienes) o de la prescripción de la pena en materia de drogas,⁷⁸ que se dicta también mediante el correspondiente *auto* judicial.

Sin embargo, la ley (Nº 2003-101) reformativa al Código de Procedimiento Penal 2000-2001, a las leyes Orgánicas del Consejo Nacional de la Judicatura y del Ministerio Público,

⁷⁸ Robert Guevara Elizalde, en su conferencia “Las principales figuras delictivas en materia de drogas según la Ley 108”, expuesta en las “Jornadas Académicas Jurídicas”, organizadas por la Comisión Académica del Colegio de Abogados de Manabí, los días 20 y 21 de noviembre del 2003, en Portoviejo. Siendo Presidente de la Comisión Académica el Ab. Roberto López Romero y Presidente del Colegio de Abogados de Portoviejo el Ab. Francisco Mendoza Guillem.

Orgánicas del Registro oficial No. 743 de lunes 13 de enero del 2003, por su Art. 21, agrega después del Art. 222 un artículo 222-a, que en sus incisos segundo y tercero establece la obligación de la consulta, por la gravedad de la pena en general antes que por la materia de drogas, para un caso especial aplicable a la institución de la prescripción, en casos de delitos punibles de reclusión, en estudio aquí. Que después en el año 2006, el TC suspendería en sus efectos⁷⁹.

Debemos estar listos para comprender, y admitir, en todo caso, que *un auto de prescripción del ejercicio de la acción penal aunque es liberatorio de personas y de bienes*; es decir que con él se puede obtener la revocatoria del auto de prisión preventiva y la devolución de las cosas retenidas, incautadas y en depósito; de modo que el auto de prescripción del ejercicio de la acción penal, por delitos de drogas, *generalmente reprimidos con reclusión, pese a ello*, a raíz de cierta resolución del TC de 2007 no debe consultarse al superior. En todo caso, expresamente, el auto de prescripción del ejercicio de la acción penal, o el auto de prescripción de la pena, en materia de drogas, no aparece como consultable, salvo en el sistema del CPP de 1983 (Art. 398 y ss.).

Consideramos que, aun en los casos en que el juez penal dicte auto de prescripción de la pena, aunque el sujeto esté prófugo, es obvio que en la resolución administrativa de iniciar la instrucción fiscal que había solicitado el fiscal al juez penal, el cual en el auto inicial del proceso había ordenado las medidas cautelares personales y reales que señala el Art. 120 de la Ley 108 codificada, y que seguramente se confirmaron en la sentencia condenatoria, de modo que también el auto de prescripción de la pena parecería que debía de ser elevado en consulta, para la remoción de cualquiera de esas medidas cautelares personales que subsistan aún. Que señalamos enfáticamente que no es procedente, ni aun en el caso de que la prescripción de la pena tenga su origen en el Código de Procedimiento Penal de 1983. Pues en el Art. 398 del CPP de 1983, solo se contemplaba la consulta de la prescripción de la acción, mas no de la prescripción de la pena.

No importa en realidad que no le hayan afectado bienes materiales alguno, en el supuesto que no los tenía, dado que en todo caso, las órdenes cautelares reales permanecen oficialmente vigentes, mientras un juez penal no las remueva, conforme a derecho (no subsiste la prisión preventiva puesto que al dictar sentencia condenatoria, la medida cautelar personal dejo de serlo y se convirtió en pena). Debemos estar listos para aceptar que el auto judicial que declara la prescripción de la pena no debe consultarse al superior.

⁷⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: R.O.: No.70 de martes 24 de abril del 2007, p. 6. Se declaró inaplicable por el Tribunal Constitucional dentro del caso No. 0007-2006-DI, el pleno del Tribunal Constitucional en su resolución No. 0007-2006-DI, publicada en el Registro Oficial No. 70 de 24 de marzo del 2007, página 6, en que resolvió: "1.- Declarar con carácter general y obligatorio que son inaplicables los incisos segundo y tercero de los Arts. 222.1, 222-A, y 232 del Código de Procedimiento Penal; y, 2.- Disponer su publicación en el Registro Oficial".

VI. LA CONSULTA EN MATERIA DE DROGAS Y LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL AL RESPECTO: ESTADO ACTUAL DE LA SITUACIÓN

Debe dejarse constancia que los que sostienen la vigencia de la consulta en materia de drogas fundamentan su posición, no desde la solidez de los principios característicos del sistema acusatorio oral público, sino desde la posición utilitaria y servil a las “empresas morales” de “ley y orden”; empero, por lo seductor, ese populismo penal casi invariable deviene que el órgano jurisdiccional constitucional, entre otras agencias, debe mantener que la consulta no vulnera disposiciones de la constitución, aunque sin decirnos jurídicamente cómo, al menos dentro del sistema acusatorio.

1.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Resolución No. 119-97, en los casos signados con el No. 174-92, 106-94, y 61-95, publicada en el Registro Oficial No. 222 de miércoles 24 de diciembre de 1997. Reconoció que efectivamente la Ley 108 tenía muchas disposiciones que reñían con la Constitución, las cuales suspendió, y unas cuantas no. En el caso en estudio aquí, resolvió “en el artículo 121 (ahora 122) suspender la palabra favorable...”. Y mantuvo la constitucionalidad del Art. 123 (ahora 123).

2.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Causa No. 0001-09-CN, con su Resolución mayoritaria (no hubo unanimidad) No. 030-2001-DI, del año 2001, dictada por el Tribunal Constitucional, el 26 de junio del 2002, publicada en el Registro Oficial No. 623 de 22 de julio del 2002, con ocasión de la cuestión de la procedencia de la inaplicabilidad de la norma cuestionada (la consulta en materia de drogas), en ocasión del pronunciamiento del Tribunal Penal del Carchi, presidente Dr. Hernando Becerra Arellano, quien propuso: “Si el CPP no establece la consulta, mal puede hacerlo la ley impugnada, pues esto va en contra del principio de legalidad”, que no obstante el Tribunal Constitucional, como se dijo, desechó la petición de inaplicabilidad el entonces Tribunal Constitucional del 2001, órgano que dijo: “No hay contradicción de ninguna norma constitucional; la norma impugnada no tiene el rango de orgánica, finalmente, el Código referido está derogado”.

El voto salvado (Guillermo Castro y Hernán Rivadeneira) dijo: “... el mantenimiento de la consulta cuando ha sido eliminada en el nuevo Código es una discriminación para todas las causas penales”.

3.- CORTE CONSTITUCIONAL. Resolución No. 003-04-DI de 11 de enero del 2005, contenida en el Registro Oficial No. 513 de jueves 27 de enero del 2005, se publicó que los Ministros de la Segunda Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Quito solicitaron al Tribunal Constitucional, atendiendo la existencia de varios precedentes jurisprudenciales penales de las Salas Penales de la Corte Suprema. Como de los innúmeros fallos dictados en las Salas Penales de la Corte Superior de Quito (en especial,

los juicios penales No. 130-2004 y 312-2004), en donde se declaró la inaplicabilidad, en esos casos concretos, del inciso quinto del Art. 122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por las razones que constan en los antecedentes del fallo constitucional que se estudia y analiza aquí. El Tribunal Constitucional del 2005, para esos casos concretos, resolvió:

CUARTO: Mediante Resolución No. 030-2001-DI, pronunciada en el proceso de igual identificación, este tribunal resolvió desechar el informe de inaplicabilidad del inciso quinto del artículo 122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas presentado por el Presidente del tribunal penal del Carchi, al tiempo que se resolvió, igualmente, desechar la inconstitucionalidad planteada. En tal virtud, habiendo cosa juzgada y decidida, debe remitirse a los argumentos planteados en dicha ocasión...

RESUELVE:

Desechar el Informe de Inaplicabilidad⁸⁰ y el pedido de inconstitucionalidad planteado por los jueces accionantes mencionados, en los casos concretos referidos.

4.- CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN: La Reciente Sentencia No. 002-10-SCN-CC⁸¹ dictada por la Corte Constitucional, dictada⁸² el 16 de marzo del 2010: Citando los precedentes de 26 de junio del 2002 y el de 11 de enero del 2005 —como cosa juzgada—, señala, entre otras cosas, que:

... La Consulta obligatoria... como único [¿?] mecanismo jurídico que garantice la transparencia y correcto manejo de los expedientes en materia de drogas, por lo tanto, mal puede existir violación de normas del debido proceso o atentado a los principios que rigen el procedimiento penal, como infundadamente han propuesto los Tribunales Penales.

Por lo anotado corresponde a la Función Legislativa elaborar las reformas pertinentes a fin de incorporar la institución de la Consulta en materia de drogas al Código de Procedimiento Penal, de modo tal que guarde coherencia con el orden jurídico de aplicación de las normas previstos en el Art. 425 de la Constitución en vigencia, que también ha sido observado por los tribunales penales de Pichincha.

⁸⁰ En este caso el informe de inaplicabilidad lo habían presentado a la Corte Constitucional reconocidos juristas y profesores de Derecho y publicistas de libros de Derecho, como los Drs. Fernando Casares y José García Falconí, Ministro Presidente y Ministro Juez, respectivamente, integrantes de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito.

⁸¹ Que se refiere a la resolución de los casos acumulados numerados: 00001-09-CN; 0002-09-CN; 0003-09-CN; 0006-09-CN; 0007-09-CN; 0008-09-CN y 0014-09-SCN-CC, que estaban pendientes de resolución en la Corte Constitucional para el período de transición. El informe de inaplicabilidad lo plantearon los Drs. Juan Genaro Morfa Moscoso, Presidente del Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, Esneider Ramiro Gómez, vocal juez suplente, y Renato Vásquez Leiva, vocal juez suplente, y la Dra. Jenny Morales Calvas, Secretaria Relatora del Tribunal Penal primero de Pichincha. Quienes aparecieron oponiéndose a dicho informe de inaplicabilidad fueron el Secretario Ejecutivo del CONSEP y el General de Policía Nacional del Distrito, Dr. Freddy Martínez Pico.

⁸² Sentencia de la Corte Constitucional, CASO No. 002-10-SCN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 159 de viernes 26 de marzo del 2010.

Asimismo, respecto al “comiso especial”, es necesario precisar que la Constitución de la República, al prohibir la confiscación, no abarca a los bienes adquiridos o que han sido utilizados para cometer un delito de narcotráfico, de los cuales no esté excluida la administración de justicia, y en ese marco, “el comiso especial” y “la consulta” de las decisiones judiciales en esta materia que prevé el Art. 83, y el inciso quinto del artículo 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, respectivamente, buscan de alguna manera aminorar este flagelo; por consiguiente, mal puede existir inconstitucionalidad que declarar.

SENTENCIA:

1.- Declarar que los Arts. 83 e inciso quinto del 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas no contradicen ni vulneran lo dispuesto en el artículo 176 numeral 6 de la Constitución de la República.

VII. REFLEXIONES SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Empero, los argumentos esgrimidos en dicha resolución del Tribunal Constitucional no son aplicables actualmente para los casos de drogas, por cuanto:

1.- En la hipótesis de las sentencias o fallos que se dicten para casos individualizados no tienen efecto *erga omnes*, sino para cada caso en concreto

2.- Que el hecho de que el Tribunal Constitucional se haya apoyado, para esta decisión, en las resoluciones tomadas en el año 2001 (2002) y en la del año 2005,⁸³ como precedentes, con ocasión de la cuestión de la procedencia de la inaplicabilidad de la norma cuestionada, nos da una idea de las contradicciones para según convenga, en unos casos aceptar cosa juzgada en lo constitucional y en otros casos negarles valor de precedentes apreciables en materia constitucional, por fundarse en otra Constitución.

Que no cabe la alegada Cosa Juzgada, propia de otras materias jurídicas que no es axioma vinculante en materia de Derecho Constitucional, por cuanto el propio Tribunal Constitucional EN PLENO, un año después de la resolución del 2005, que estamos examinando, en el año 2006, expidió UNA RESOLUCIÓN, en el caso No. 00002-2005-TC, publicada en el Registro Oficial No. 382 de lunes 23 de octubre del 2006; y en el considerando CUARTO, EXPUSO:

⁸³ El Tribunal Constitucional del 2005 ni siquiera motivó esa “nueva” resolución desestimatoria del 2005; sino que se acogió sin decir nada, sin agregar más, a la Resolución No. 030-2001-DI del 2001. Es decir, no cumplió con el mandato constitucional de que toda resolución de la autoridad debe ser motivada.

...El juzgador constitucional si al involucrarse en el proceso interpretativo de la norma constitucional detecta la irregularidad de la norma impugnada con la Constitución política del Estado, no solo puede declarar su inconstitucionalidad, aunque aquello se oponga a anteriores pronunciamientos del mismo órgano de control constitucional, sino que tiene la obligación de hacerlo, por tratarse de un mandato superior que nace de la soberanía del pueblo, que es que la Constitución sea condición de validez y unidad del ordenamiento jurídico...

Por lo que, haciendo un estricto análisis de una resolución anterior,⁸⁴ sobre la materia que estaba examinando, decidió no seguirla, resolvió no ratificarla, por la inexistencia de cosa juzgada en materia constitucional.

3.- La Resolución utilizada por la Corte Constitucional [para contradecir la no consulta] y que consta publicada en el Registro Oficial No. 513 de jueves 27 de enero del 2005, no pudo ser de observancia obligatoria en los juicios por tráfico de drogas. Más aún cuando las posteriores reformas legales al CPP:⁸⁵ de marzo y junio del 2006, sobre fuero de Corte, siendo ulteriores, desecharon ese criterio jurisprudencial constitucional del 2005; sin embargo, no regularon los destinatarios de la consulta en los casos de fuero de Corte conocidos ni por los jueces provinciales ni por los jueces nacionales.

4.- EL texto de la Ley 108 codificada (2004) es igual a la anterior no codificada (de 1990) ligeramente reformado para adaptarlo a la actual terminología jurídica procesal y hasta casi con la misma numeración de su articulado; y por ello, parece como redundante la presencia del Art. 122 (antes 121), y el Art. 123 (antes 122), que refieren:

El auto en que se revoque la prisión preventiva, de cesación de medidas de aprehensión, retención e incautación, el sobreseimiento provisional o definitivo, dictado por el Juez y las sentencias condenatorias y absolutorias serán obligatoriamente elevadas en consulta a la respectiva Corte Superior, quien resolverá previo informe obligatorio que emitirá el Ministro Fiscal dentro del plazo improrrogable de veinticuatro horas...

El incumplimiento de esta disposición acarreará la destitución inmediata de los magistrados quienes serán reemplazados de conformidad con la Ley.

⁸⁴ De manera más contundente, se puede leer, en la resolución dictada por la Corte Constitucional, en el caso No. 003-2009-SIN-CC (caso QUIPORT), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 644 de 29 de julio del 2009, cuando se pregunta “3.- ¿Son obligatorias las resoluciones (pasadas en autoridad de cosa juzgada) contenidas en las Resoluciones con la Constitución de 1998? Y la Corte Constitucional se responde: “... 2) Cualquier noción de obligatoriedad del precedente de las resoluciones del ex-Tribunal Constitucional no son obligatorias; y, 3) son obligatorios únicamente los precedentes constitucionales emitidos en relación a la Constitución vigente”. Este argumento insólitamente lo describe la nueva declaratoria de constitucionalidad de 16 de marzo del 2010.

⁸⁵ Reformas al CPP por la Ley 2006-33, publicado en el Registro Oficial No. 238 del 28 de marzo del 2006, y la Resolución Obligatoria emitida por el pleno de la Excm. Corte Suprema de Justicia del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 298 de viernes 23 de junio del 2006.

Sin embargo de que dentro de un estricto análisis jurídico no podía hablarse de una derogatoria, ni de una prevalencia entre leyes.

5.- La propia Corte Constitucional, en la resolución del 2010, de nuestro comentario, reconoce el vacío legal procesal penal (no contener la consulta) y recomienda a la legislatura (reconociendo así la prevalencia constitucional de la organicidad de las normas procesales penales sobre la Ley 108), empero olvida la Corte Constitucional que la consulta pertenece a un sistema procesal inquisitivo, y que incorporar la Consulta ahora al CPP, como es su recomendación, significaría, a su vez, contradecir las normas constitucionales que lo informan, que señalan la vigencia de un sistema procesal distinto: del sistema acusatorio oral. Dicha recomendación de la Corte Constitucional es, dentro de los parámetros de nuestro análisis, inconstitucional, pues se apartaría de los principios procesales consagrados por la superley, como son los siguientes:

La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. (Art. 168 numeral 6 de la CPR del 2008.)

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. (Art. 169 CPR del 2008.)

VIII. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONSULTA POR CASOS DE DROGAS, EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

El actual COIP fue promulgado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de lunes 10 de febrero del 2014, que ya sufrió una intervención interpretativa de la Corte nacional,⁸⁶ en materia de drogas, entre otras resoluciones del pleno; además se han dictado una serie de disposiciones ulteriores en materia de drogas:

El CONSEP publicó la Resolución No. 001-CONSEP-CD-2013 de 21 de mayo del 2013 en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 19 de 20 de junio del 2013.

El CONSEP dictó la Resolución No. 2-CONSEP-CD-2014, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 288 de lunes 14 de julio del 2014.

En el Segundo Suplemento del Registro Oficial No 586 de lunes 14 de septiembre del 2015, el CONSEP dictó la Resolución No. 001-CONSEP- CD-2015.

⁸⁶ Ver Resolución de la Corte Nacional publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 592 de martes 22 de septiembre del 2015, muy polémica. Ver más en Robert Guevara Elizalde, *Derecho Penal, parte especial: el delito de drogas en el Ecuador* (Guayaquil, 2016).

Tenemos una nueva LEY ORGÁNICA DE PREVENCIÓN INTEGRAL DEL FENÓMENO SOCIOECONÓMICO DE LAS DROGAS Y DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL USO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS.

Debemos concluir que, con la dictación del COIP, y la eliminación de tipos penales por cuestiones de drogas de la ley especial de la materia del 2004, e insertados los nuevos delitos de drogas en el COIP, a partir del Art. 220 y ss., se abandonó el viejo procedimiento especial establecido en las leyes de drogas; y se sigue ahora el procedimiento penal común. El COIP no recogió la necesidad de la consulta ante el superior de los autos y sentencias definitivos, en materias de drogas. Pero para mayor confirmación de la inexistencia actual de esta exigencia de la consulta, el COIP en su disposición derogatoria Séptima al derogar una parte de la ley de drogas del 2004, derogó el artículo 123 de la ley de drogas citada. Por lo que la eliminación de la consulta en el momento actual está confirmada.

Los jueces, si bien es cierto que por la disposición transitoria primera del nuevo COIP deben seguir tramitando el procedimiento especial anterior con el que se iniciaron los juicios por drogas, antes de la vigencia del COIP, tendrían que disponer la consulta ante el superior, por disposición de la última resolución citada de la Corte Constitucional aplicable a los juicios de drogas iniciados con anterioridad al COIP.

IX. CONCLUSIONES

- 1.- La consulta procesal penal es de rancio abolengo, desde la Colonia, en nuestro procedimiento penal inquisitivo ecuatoriano, hasta desaparecer con el advenimiento del sistema acusatorio oral público contemporáneo del CPP 2000-2001.
- 2.- La consulta en materia de la legislación de drogas es relativamente nueva, aparece en el Ecuador con el cambio del discurso sobre la droga mediante paradigma pedagógico-médico en relación al procesado como necesitado de educación y/o enfermo y/o contraventor; por el paradigma jurídico-penal-económico en relación al procesado tenedor-trafficante, en otras palabras estigmatizado como delincuente, a través de la ley de la materia de 1970. Aunque debe eliminarse el mito de que la consulta fue impuesta expresamente en la ley de la materia por las convenciones antidrogas de New York de 1960 y la de Viena de 1988, suscritas por el Ecuador. Pues en esos tratados internacionales mencionados no está su origen, por lo que no cabe argumentar su necesaria vigencia por esa presunta vinculación.
- 3.- La consulta en materia de drogas desaparece momentáneamente en la codificación de la ley de la materia en 1987, y vuelve a aparecer en la ley de 1990.
- 4.- La consulta en materia de drogas como existencia de una justicia paralela o de excepción, o justicia especial, no puede prevalecer frente al CPP 2000-2001, por

cuanto este es una ley orgánica por definición constitucional. En otras palabras, su coexistencia con la Ley 108 (Ley general) no es pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Siendo indiscutible la supremacía de las leyes orgánicas por sobre las leyes generales, prevalece el CPP. Desde esta perspectiva, solo era un conflicto entre reglas, en donde debe prevalecer la de mejor linaje.⁸⁷

- 5.- La consulta ante los variados mecanismos de control judicial mixto (judicial y Ministerio Público) contenidos en los pesos y contrapesos señalados en las últimas reformas procesales penales, confirmatorios de la presencia de un sistema procesal acusatorio oral público contemporáneo, hacen innecesaria la consulta, propia del sistema inquisitivo. Pues, conforme se ha demostrado a través de vario fallos de la Corte Suprema, la consulta es fuente de graves problemas de interpretación y aplicación de la ley, por cuanto no está claramente determinado, en ciertos casos, cuál es el destinatario de la consulta, como en los casos de fuero de Corte, donde no se ha definido quién es el superior en esos casos. Como lo han señalado algunos fallos de la Corte Suprema y un fallo reciente de la Primera Sala Penal de la Corte Nacional.
- 6.- Que la reciente resolución del 2010 de la Corte Constitucional, declarando la constitucionalidad de la consulta en materia de drogas, en la legislación procesal penal ecuatoriana es vinculante y de aplicación obligatoria por los jueces penales en los casos que el superior, su destinatario a consultar, esté previsto por la ley.
- 7.- Que esta resolución no subsana, por sí misma el déficit de ley para ello; y que la misma Corte Constitucional reconoce existe ese vacío que es necesario llenar en esta materia. Aunque esa recomendación de la Corte Constitucional para la función legislativa es una tarea descabellada como el intentar realizar la cuadratura del círculo, como el intercalar la consulta de esta figura eminentemente inquisitiva en un Código con sistema acusatorio oral, lo cual sería un caso de “parto con fórceps”, al contradecir o forzar un sistema procesal adoptado por la Constitución, y garantizada su vigencia

⁸⁷ Robert Guevara Elizalde, “De la subsunción a la ponderación”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional* (Guayaquil, inédito, 2010). “Mientras en la colisión de reglas, la solución de un caso concreto se resuelve por cuanto en una de las reglas en conflicto existe una cláusula de derogación de otras reglas, sea por temporalidad, especialidad, o por principalidad (orgánicas contra generales; y /o reglas constitucionales contra reglas legales), en donde debe aplicarse o la una o la otra, o todo de una o nada de la otra; de modo que, en un nuevo caso similar, puede aplicarse la solución dada al primer caso, de tal forma que reiterada esa solución en varios casos de iguales características, esta solución varias veces repetida puede ser considerada como precedente para todos los casos similares (modelo generalista). En cambio, en los casos de colisión de principios, la solución de un caso concreto no necesariamente se repetirá ante otro caso similar, por alguna particularidad (modelo particularista) que pueda tener el nuevo caso aun en condiciones muy parecidas al caso anterior. Ante casos iguales puede haber soluciones diferentes. Sin embargo, si en casos de colisión o interferencia de principios de igual peso se llegare a darse soluciones iguales o similares, puede convertirse en un precedente”. Esto último no ha ocurrido, ni puede ocurrir en el caso en estudio, por cuanto estamos en el terreno de las reglas no de los principios.

y constitucionalidad por el propio órgano jurisdiccional constitucional,⁸⁸ ordenando poner en vigencia, parcialmente al menos, un sistema procesal antiguo, dentro de la nueva y vigente Constitución, que lo desterró por votación popular (referéndum).

- 8.- Que atendiendo a la presión que los EEUU ejercen sobre los Estados latinoamericanos, en materia de drogas, es obvio que la decisión de nuestra Corte Constitucional, en las resoluciones del 2001, 2005 y la del 2010, más parece un sometimiento utilitarista a una política de Estado, antes que una resolución jurídico-constitucional. ¿De haber resuelto lo contrario habrían pedido la destitución a la Corte Constitucional? Si eso podría pasar con los más altos magistrados, ¿qué puede pasar con los jueces inferiores?
- 9.- Encontrándonos en el caso de la consulta ante posiciones no pacíficas en la doctrina y en la jurisprudencia, las autoridades disciplinarias y judiciales y constitucionales deberán ponderar que, antes de la resolución del 2010, lo actuado por los jueces que hayan dictado medidas liberatorias, conforme a derecho, sin la consulta, en materia de drogas, con graves cuestiones interpretativas y con criterios jurisprudenciales no unificados al respecto, debe racionalmente impedir sancionar a estos jueces, solo por la percepción del escándalo, la falsa moral o la tarima política.
- 10.- Una salida de compromiso, o una posición cómoda que evite conflictos,⁸⁹ vigente como está la Resolución del 2010 de la Corte Constitucional, es cumplir la práctica de la consulta solo para los casos de drogas que conocen los jueces de garantías penales unipersonales, inferiores, o de primer nivel,⁹⁰ en los casos de revocatorias

⁸⁸ Cfr. Resolución del Tribunal Constitucional No.088 -2001, Caso 013 -2000-TC, publicado en el Registro Oficial No. 351 del 20 de junio del 2001. Ante la demanda de inconstitucionalidad del CPP 2000-2001, planteado por el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, el Tribunal Constitucional sostuvo la constitucionalidad del CPP del 2000-2001, y con ello garantizó al sistema acusatorio oral, público contemporáneo.

⁸⁹ Sentencia de la Corte Constitucional, Caso No. 002-10-SCN-CC, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 159 de viernes 26 de marzo del 2010. Administrativamente arguye: “Por lo tanto, en ocasión de los fallos del Ex Tribunal Constitucional y su fuerza vinculante, otro juez o tribunal no podía declarar la inaplicabilidad del mismo precepto, pues aquello habría significado contradecir las resoluciones desestimatorias del Tribunal Constitucional; por lo mismo, no se puede aceptar como válido el argumento en el sentido de que, con posterioridad al primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional, no se diga del segundo, los jueces y tribunales habrían insistido en declarar inaplicable dicha norma legal; y, peor aún, aceptar que por este motivo se haya generado entre los jueces una suerte de falta de unificación de criterios, pues ello estaría evidenciando el desacato a las resoluciones del Tribunal Constitucional en desmedro de la seguridad jurídica”.

⁹⁰ El exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Víctor Manuel Almeida Sánchez, en su magnífico libro: *El sobreseimiento y la sentencia* (Guayaquil: Imprenta Gutiérrez C. Ltda., 1987), en la página 138, para la realidad de su tiempo nos enseñaba: “La obligación de consultar solo la tienen los jueces de primera instancia, es decir, única y exclusivamente los jueces de lo penal, por expresa disposición del Art. 398 del Código de Procedimiento Penal (actualmente inexistente)... No están obligados a consultar las providencias judiciales, el Presidente de la Excm. Corte Suprema, o los presidentes de las Cortes Superiores por no existir mandato expreso en la ley procesal penal cuando sustanciar en primera instancia los procesos penales a funcionarios que por expresas disposiciones de la Ley Orgánica de la Función Judicial gozan de fuero de excepción o especial de juzgamiento”.

Nota del autor: Igualmente como ahora ocurre con las Salas Penales, dentro de su competencia en los casos de fuero, más aún cuando el procedimiento especialísimo en los casos de fuero de Corte y el vacío existente en la legislación que regula el fuero de corte no señala el destinatario de la consulta en esos casos especiales.

de medidas cautelares personales y reales, para quienes está claro cuál es su superior, debiéndose recomendar a los jueces y al Ministerio Público celeridad en su resoluciones. Igualmente en los casos de los tribunales penales cuando dictan sentencias declarativas de inocencia y revocatoria de medidas cautelares.

- 11.- Por otra parte, en la consulta al superior se recomienda que de reformarse la ley, esta debe resolverse previa audiencia oral y pública, ante el juez superior, con intervención también del procesado, en igualdad procesal con el fiscal superior.
- 12.- Cuestión aparte: en los casos de fuero de Corte Superior o Nacional, mientras no se aclare por la Corte Nacional o por el Congreso quién es el superior en esos casos, no puede consultarse por imposibilidad procesal, al no haberse regulado el destinatario de la consulta, por no haberse previsto a quién se tendrá por “superior” en esos casos. Pues, desde ahora, siendo aplicable la consulta, su modo de proceder en esos casos deberá ser aclarado por el legislativo o por la Corte Nacional.
- 13.- Con el actual Código Orgánico Integral Penal no tenemos ya la consulta ante el superior en materia de drogas; pero la Corte Nacional en una resolución del pleno vuelve a plantear la doctrina de la seguridad ciudadana con un nuevo rostro: el principio de proporcionalidad para acumular penas.

Al terminar esta investigación, debemos coincidir con Elías Neumann cuando dice: “Hay mucha gente en este mundo que vive de las drogas, aunque luchando en su contra”. (*Op. cit.* p. 548).

REFERENCIAS

- Abarca Galeas, Luis H. *Fundamentos constitucionales del sistema procesal oral ecuatoriano*. Quito: Editorial Jurídica, 2006.
- *La independencia de la función judicial en la aplicación de las normas del debido proceso en el ejercicio de la función de garante*. Quito: Talleres de la Editorial Jurídica del Ecuador, 2010.
- Almeida Sánchez, Víctor Manuel. *El sobreseimiento y la sentencia*. Guayaquil: Imprenta Gutiérrez C. Ltda., 1987.
- Ambos, Kai. *Control de drogas (política y legislación en América Latina, EEUU y Europa. Eficacia y alternativas)*. Prólogo de Fernando Velásquez. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Universidad Nacional del Litoral, Comisión Andina de Juristas, 1998.

- Ambos, Kai; Juan Luis Gómez Colomer y Richard Vogler. *La policía en los Estados de Derecho latinoamericanos*. Bogotá: Fundación Friedrich Ebert Stiftung, Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero Internacional, y Editores Jurídicos Gustavo Ibáñez, 2003.
- Balarezo Chiriboga, Luis. “Drogas y control social”. Tesis de maestría, Universidad Regional de los Andes, s/f.
- Baytelman, Andrés. “Diagnóstico del Código Procesal Penal Ecuatoriano: Informe de Consultoría para la Fundación Esquel”. En *La evaluación del sistema procesal penal en el Ecuador*. Quito, Fundación Esquel-Usaid, 2003.
- Borja y Borja, Ramiro. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Quito: Editorial Pedro Jorge Vera, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 2007.
- Borrero Vega, Antonio. *Estudio del Código Procesal Penal Ecuatoriano*. Cuenca: Publicaciones de la Universidad de Cuenca, 1951.
- Bovino, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Estudios del Puerto, Editores del Puerto, 2005.
- Bucheli Mera, Rodrigo. *Justicia penal en el Ecuador*. Primera edición. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 1992.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. 24ª edición, revisada, actualizada y ampliada. Tomo II (c-ch). Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1996.
- Cabezas Borja, Reinaldo. *Proyectos de Código Penal y Código de Procedimiento Penal para la República del Ecuador*. Quito: Talleres Gráficos Nacionales, 1948.
- Cafferata Nores, José I. *Proceso penal y derechos fundamentales*. Revisado por Santiago Martínez. 2da. Edición. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2007.
- Camargo, Pedro Pablo. *La Convención de las Naciones Unidas contra el Narcotráfico. Las reservas de Colombia*. Primera edición. Bogotá: Jurídica Radar Ediciones, 1995.
- Claria Olmedo, Jorge E., José Cafferata Nores, Cristina José de Cafferata y Jorge Montero. *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1985.
- Córdova, Andrés F. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Colección Biblioteca Nacional de Libros de Derecho. Tomo 12, volumen 3. Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1981.

- Coronel, Manuel. “Reseña histórica de los cuerpos de Derecho Civil y Criminal que han estado en observancia desde el tiempo del Gobierno español, en el territorio del Ecuador”. *Revista Científica Literaria de la Universidad del Azuay*, 1 (marzo de 1890).
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador. *Memorias de las VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo II. Quito: Corte Suprema de Justicia del Ecuador, 1983.
- Espinoza M., Galo. *Compendio de setenta años de jurisprudencia de la Corte Suprema (1929-1994)*. Quito: Imp. Don Bosco, 1999.
- García Jaime, Joffre. “Drogas: las toxicomanías del ser humano y la legislación ecuatoriana”. Colección Los Grandes Problemas Modernos. Guayaquil: Editorial El Sol, 1982.
 ————— *Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Análisis crítico*. Guayaquil, 1994.
- Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2da. edición. Madrid: COLEX, 2007.
- Gonzales García, Guillermo. *Manual de Procedimiento Penal*. Quito: Editorial Universitaria, 1968.
- Guerrero Vivanco, Walter. *Los sistemas procesales penales*. Primera edición. Quito: PUDELECO, 2001.
 ————— *El sistema acusatorio oral*. Quito: PUDELECO, 1998.
- Guevara Elizalde, Robert. “De la subsunción a la ponderación”. En *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional*. Guayaquil: inédito, 2010.
 ————— “La prohibición de reformar en perjuicio, en el Ecuador”. Inédito. Guayaquil, 2012.
 ————— *Derecho Penal, parte especial: el delito de drogas en el Ecuador*. Guayaquil, 2016.
- Jauchen, Eduardo M. *Derechos del imputado*. Primera reimpresión de la primera edición. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 2007.
- Larrea Dávila, Carlos. “Derecho Penal Internacional: narcotráfico y cooperación internacional”. *Revista Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador* (1995).
- León, Renato. “Las toxicomanías en el Ecuador”. *Archivos de Criminología, Neuropsiquiatría y Disciplinas Conexas*, 15-16, tercera época, volumen XX (enero-diciembre de 1975): 11-96.

- Lloré Mosquera, Víctor. “Programa analítico para la enseñanza del Derecho Procesal Penal”. *Anales de la Universidad de Cuenca*, 3-4 (julio-diciembre de 1956).
————— *Compendio de Derecho Procesal Penal*. Colección Biblioteca Nacional de Libros de Derecho. Tomo I, volumen 2. Tercera edición. Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1979.
- Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tercera reimpresión de la segunda edición. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2004.
- Neuman, Elías. “Drogas, estereotipo y resultados de cuatro decenio de represión”. En *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI*. Buenos Aires: ILANUD y la U. argentina “John F. Kennedy”, Ediciones Depalma, 2001.
- Núñez Vega, Jorge. *Cacería de brujos: drogas “ilegales” y sistema de cárceles en el Ecuador*. Quito: FLACSO - Sede Ecuador - ABYA-YALA, 2006.
- Olmo, Rosa del. “Drogas: ¿percepción o realidad?”. *Criminología y Derecho Penal*, 2 (julio-diciembre de 1992).
————— “La cara oculta de la droga”. *Monografías Jurídicas*, 58 (1998).
- Rosales Larrea, Adriano. *Recopilación de las leyes y reglamentos de sanidad del Ecuador*. Quito, 1961.
- Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción por Gabriela Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. 2da. reimpresión de la primera edición. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- Saavedra R., Édgar y Rosa del Olmo. *La Convención de Viena y el narcotráfico*. Bogotá: Temis, 1991.
- Schmidt, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Traducción de José Manuel Núñez. Córdoba: Marcos Lerner Editora SRL, 2006.
- Torres Chávez, Efraín. *Breves comentarios a la Ley Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas*. Loja: Editorial Universidad Técnica de Loja, 2005.
- Vásquez Rossi, Jorge Eduardo. *La defensa penal*. 3ra. Edición. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1966.
- Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Actualizado por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores. Córdoba: Editorial SRL Marcos Lerner, 1986.

- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Cárcel y drogas. Tres ensayos homenaje al Dr. Jorge Zavala Baquerizo*. Guayaquil: Edino, 1994.
 - “Reflexiones sobre las nuevas modalidades delictivas previstas en la Ley de Drogas de Ecuador de 1990 con especial referencia al narcolavado y el testaferrismo”. En *Temas de ciencias penales*, 303 y ss. Guayaquil: Imprenta Offset “Graba”, 1996.
 - “Las drogas, nuevas iniciativas: extradición, *habeas corpus*, pena de muerte y los derechos humanos”. *Revista Criminología y Derecho Penal*, 3, 4 (enero-diciembre 1993).
 - “La abolición de la prohibición de la *reformatio in Pejus*”. *La Ley*, 6 (1997): 23-29.
 - *Proceso penal y garantías constitucionales*. Colección Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia, No. 1. Guayaquil: Edit. Universidad Católica de Guayaquil, 2005.
 - *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal, referido al libro primero*. Primera edición. Tomo II. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
 - *Practica penal*. Tomo IV. Guayaquil: Edino, s/f.
- Zavala Baquerizo, Jorge. *El Proceso Penal Ecuatoriano*. Tomo II. Segunda edición. Guayaquil: Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil, 1974.
 - *Exposición de motivos sobre las reformas al Código de Procedimiento Penal*. Guayaquil: Colegio de Abogados de Guayaquil, 1984.
 - *El Proceso Penal*. Tomo V. Tercera edición. Guayaquil: Edino, 1996.
 - *El debido proceso*. Guayaquil: Edino, 2002.

Recibido 27/02/16
Aprobado 29/09/16