

PRESIDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS
CRITERIO NO VINCULANTE

REMITENTE: PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA

OFICIOS: 296-2024-P-CPJP-YG

FECHA: 28 DE AGOSTO DE 2024

MATERIA: PENAL – PROCEDIMIENTO GENERAL

TEMA: SUSTANCIAS CATALOGADAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN-PESO BRUTO-PESO NETO

CONSULTA:

La consulta versa respecto a la siguiente interrogante ¿Cabe procesar a una persona y, en consecuencia, sancionarla por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización determinado en el artículo 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, sobre la base del peso neto de todo el preparado que contiene la sustancia catalogada sujeta a fiscalización?.

FECHA DE CONTESTACIÓN: 2 DE ABRIL DE 2025

No. OFICIO: 458-JDSN-P-PCNJ-2025

RESPUESTA A LA CONSULTA. -

BASE LEGAL:

Código Orgánico Integral Penal:

Art. 13.- Interpretación.- Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:

1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos. (...)

Art. 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o indirectamente, sin autorización o incumpliendo requisitos previstos en la normativa vigente que regula las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización:

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

- a) Mínima escala: de tres a cinco años.*
- b) Mediana escala: de cinco a siete años.*
- c) Alta escala: de diecinueve a veintidós años.*
- d) Gran escala: de veintidós a veintiséis años.*

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

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

La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible; en casos de consumo ocasional, habitual o problemático el Estado ofrecerá tratamiento y rehabilitación.

Las cantidades establecidas en los umbrales o escalas previstas en la normativa correspondiente, serán meramente referenciales para determinar el tráfico o consumo.

La tenencia o posesión de fármacos que contengan el principio activo del cannabis o derivados con fines terapéuticos, paliativos, medicinales o para el ejercicio de la medicina alternativa con el objeto de garantizar la salud, no será punible, siempre que se demuestre el padecimiento de una enfermedad a través de un diagnóstico profesional.

En el caso de tráfico de varias sustancias en un mismo hecho, se iniciará un solo proceso penal por el delito fin de tráfico y se impondrá la pena que corresponda a la escala de la sustancia con mayor reproche. En este caso no habrá acumulación de penas.

Art. 474.- Análisis y destrucción de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- Las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización aprehendidas se someterán al análisis químico, para cuyo efecto se tomarán muestras, que la Policía Nacional entregará a los peritos designados por la o el fiscal, quienes presentarán su informe en el plazo determinado. En el informe se deberán determinar el peso bruto y neto de las sustancias.

Las muestras testigo se quedarán bajo cadena de custodia hasta que sean presentadas en juicio.

En las actuaciones periciales y de destrucción, se seguirán las siguientes reglas:

1. Cuando las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se encuentren impregnadas, diluidas o contenidas en bienes u objetos, los peritos determinarán la cantidad de estas sustancias de ser posible, mediante el análisis cualitativo y cuantitativo.

2. Inmediatamente de realizarse el análisis químico y la determinación del peso, de oficio o a petición de la Policía Nacional, la o el juez dispondrá que se entreguen las sustancias en depósito al organismo competente en materia de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, con su respectivo informe, guardando la cadena de custodia.

(...)

4.- Para la destrucción se verificará la integridad de la envoltura o el bien que la contenga y la identidad de las sustancias, se comprobará el peso bruto o el peso neto, verificando si corresponde al que consta en el informe de investigación. En esta diligencia intervendrán la o el juzgador, o la o el secretario o funcionario judicial que cumpla sus veces y el depositario.

Constitución de la República del Ecuador:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

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

ANÁLISIS:

El Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, previsto y sancionado en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, abarca una serie de verbos rectores, que da la posibilidad amplia de incurrir en este ilícito, pues así tenemos que puede cometer este acto ilícito el que oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga o posea sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan.

El artículo 474 del COIP, determina que las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización aprehendidas serán sometidos a un análisis químico¹, del cual se deberá emitir un informe determinando el peso bruto y neto de las sustancias. Y en el numeral 1 ibídem, establece que, cuando las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se encuentren impregnadas, diluidas o contenidas en bienes u objetos, los peritos determinarán la cantidad de estas sustancias de ser posible, mediante el análisis cualitativo y cuantitativo; es decir, esta disposición legal, señala que se debe determinar el peso bruto, la envoltura y el peso neto de la droga aprehendida.

El Protocolo para la determinación del peso bruto y neto de las Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, Código No. CSEIIMLCF-MLCF-PRT-2024-002, versión 1.0, (Pág.24), en el apartado 6.2.2, establece ciertos parámetros para el caso en análisis:

Pesaje de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, impregnadas, diluidas o contenidas en bienes u objetos.

(...)

El personal policial dispuesto y autorizado para realizar la PIPH, observarán el siguiente procedimiento:

- a) Determinar el peso bruto o volumen del contenido de todas las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y preparados que las contengan.
- b) Cuando no se puede establecer el peso neto o volumen del contenido por encontrarse impregnadas, diluidas, mezcladas, encubiertas u ocultas en diferentes matrices, o portes, líquidos sospechosos, bienes u objetos y se torne difícil su extracción dentro del tiempo previsto en el caso de delito flagrante, se determinará únicamente el peso bruto de las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y posteriormente se obtendrá el peso neto o cantidad de estas sustancias en el Laboratorio de Química Forense de la Dirección Nacional de Investigación Técnico Científica Policial o del Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por disposición de la o el Fiscal.
- c) La extracción de la muestra testigo y para el análisis químico, se tomará del total del peso bruto de las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización incautadas en estado sólido o líquido, tomando en consideración el método de muestreo establecido en el Instructivo para la Toma de Muestras, Pruebas Preliminares y Depósito de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización.
- d) Una vez obtenido las respectivas muestras de acuerdo con el Protocolo para la Recepción de Muestras en el Laboratorio, la o el Fiscal inmediatamente dispondrá la remisión de las mismas al Laboratorio de Química Forense de la Dirección Nacional de Investigación Técnico Científica Policial o del Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para el análisis químico correspondiente.
- e) La o el Fiscal dispondrá de forma escrita al Laboratorio de Química Forense

¹ Análisis químico. - Conjunto de pruebas para identificar sustancias basada en sus relaciones con otras sustancias químicas (reactivos).

de la Dirección Nacional de Investigación Técnico Científica Policial o del Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que se practique el análisis químico cualitativo y cuantitativo de las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización (muestras).

- f) Elaboración del informe de verificación y pesaje con la descripción prolija y pormenorizada de las sustancias catalogadas sujetas a fiscalizaciones incautadas y/o preparadas que las contengan, el mismo que será remitido inmediatamente a la o el Fiscal que dispuso aquella diligencia.

Tanto el protocolo en mención como el COIP es claro en establecer que en los casos de que las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se encuentren impregnadas, diluidas o contenidas en bienes u objetos, “preparados que lo contengan”, debe ordenarse la práctica del análisis químico para determinar el peso bruto y peso neto de las sustancias aprehendidas y en este caso en particular, realizar el análisis cualitativo y cuantitativo.

¿En qué consiste la prueba cualitativa y cuantitativa que se debe realizar a las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización que se encuentren impregnadas, diluidas o contenidas en bienes u objetos?

Al respecto, Patricia Freire en su Artículo de Investigación, titulada “Análisis e interpretación de la prueba cuantitativa y cualitativa en los delitos de drogas previsto en el art. 220 del código orgánico integral penal” (Pág. 686), señala que, la prueba cualitativa permite determinar no solamente cuál es la sustancia contenida en un objeto o mezclada con productos, para que, a partir de la determinación del compuesto químico, se pueda hacer el pesaje y hacer la revisión de la tabla respectiva, a fin de poder tener una cantidad clara y precisa de la droga que está por analizarse, y poder establecer la pena privativa de libertad del sospechoso o procesado lo que se conoce como prueba cuantitativa. Además, refiere que la prueba cuantitativa detecta drogas específicas y las cualitativas pueden detectar sustancias desconocidas o recién emergidas.

Para el caso consultado, es necesario realizar las pruebas cualitativas y cuantitativas de la sustancia aprehendida, a fin de poder determinar la sustancia predominante, conforme así lo determina el artículo 474 del COIP.

Ahora bien, los consultantes ejemplifican su duda, de la siguiente manera:

“A” es procesado es privado de la libertad en situación de flagrancia por tener en su poder pasta base de cocaína en 80 gramos de peso neto, y es procesado por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización con la modificatoria de la pena establecida para alta escala (artículo 220 numeral 1 literal c); así las cosas, dentro de la etapa de instrucción fiscal se practica una pericia química de análisis cualitativo y cuantitativo de la sustancia y luego, de ello los peritos determina que existe 40 gramos en peso neto de pasta base de cocaína y 40 gramas en peso neto de otra sustancia no estupefacientes o psicotrópica, dando un total de 80 gramos en peso neto de preparados que contienen pasta base de cocaína.

Al respecto, nos permitimos detallar la diferencia entre peso bruto y peso neto de las sustancias y para ello nos remitimos al Protocolo para la determinación

del peso bruto y peso neto de las Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización Código No. CSEIIMLCF-MLCF-PRT-2024-002, versión 1.0, (Pág.19), en el que define de la siguiente manera:

Peso bruto.- Es el peso total de una sustancia ilícita aprehendida, es decir la suma del peso de la misma, conjuntamente con el peso del recipiente, envoltura, embalaje que lo contiene.

Peso envoltura.- Es únicamente el peso del recipiente, envoltura, embalaje que lo contiene.

Peso neto.- Es el peso real de la sustancia aprehendida, sin el peso del recipiente, envoltura, embalaje que lo contiene.

Por lo tanto, en el ejemplo expuesto por los consultantes si “A” fue detenido con 80 gramos presumiblemente de cocaína (Peso bruto) y al realizar las pruebas cuantitativas y cualitativas se concluye que 40 gramos es pasta base de cocaína y 40 gramos es de otra sustancia no estupefaciente, siendo peso neto 40 gramos de cocaína, en consecuencia, “A” debe ser sancionado únicamente por los 40 gramos de pasta base de cocaína (peso neto).

Las penas deben ser proporcionales al delito cometido conforme lo establecido en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República de Ecuador

Sobre la proporcionalidad, es menester señalar algunas sentencias de la Corte Constitucional:

En Sentencia 2137-21-EP /21, párrafo 162, ha señalado que:

el principio de proporcionalidad constituye una de las garantías del debido proceso que actúa como un límite al poder punitivo, tanto al momento de configuración normativa de las distintas infracciones y sanciones, como en el de su aplicación durante el ejercicio concreto de la potestad sancionadora. En tal sentido, la proporcionalidad exige que exista una adecuada correspondencia entre la sanción y la conducta o categoría de conductas que se reprochan, para que esta no sea excesiva atendiendo a la gravedad de la infracción o innecesaria para la consecución de la finalidad de interés general.

En Sentencia No. 11-20-CN/21, párrafo 28 y 31, ha señalado que:

28.- La proporcionalidad exige una referencia entre la infracción y la sanción. Esto quiere decir, por ejemplo, que si la infracción es leve, corresponde una sanción también leve; y, al contrario, si la infracción es grave, la sanción también debe ser mayor. En consecuencia, si a una infracción leve se pone una sanción grave, existirá desproporción.

(...)

31.- El principio de proporcionalidad no se restringe a la relación entre infracción y pena. La proporcionalidad se aplica a todas las consecuencias que se derivan de la imposición de una pena, tales como en la apreciación de circunstancias que pueden modificar la pena (atenuantes o agravantes; por

ejemplo, la atenuante de reparación en favor de la víctima, si es voluntaria, sería desproporcional si se exige una indemnización imposible de pagar de acuerdo con las condiciones económicas de la persona responsable de la infracción), la ejecución de la pena (lugar y modo de cumplir la pena; no tendría sentido, por ejemplo, por una infracción de tránsito ubicar a la persona condenada a privación de libertad en un lugar de máxima seguridad), y así también la prescripción de la pena.

En el caso consultado, sería desproporcional sancionar a una persona por el total del peso bruto de la sustancia catalogada sujeta a fiscalización encontrada en su poder y no por el peso neto si este disminuye luego de realizar las respectivas pruebas y análisis establecidos por la ley.

En virtud de lo antes mencionado, si una persona es detenida con cierta cantidad presumiblemente sustancias catalogadas sujetas a fiscalización (peso bruto); es decir, que estas sustancias se encuentren impregnadas, diluidas o contenidas en bienes u objetos, y si, una vez realizado el análisis cuantitativo y cualitativo, el porcentaje disminuye (peso neto), la persona debe ser procesada y de ser el caso sancionada por el peso neto que conste en el respectivo informe, de ser el caso.