



Universidad de Las Américas
Maestría en Derecho Penal Mención en Criminología Compleja

- Ensayo Académico -

La instrumentalización de adolescentes en el tráfico ilícito de
sustancias estupefacientes en la parroquia Quitumbe del Distrito
Metropolitano de Quito
(Estudio de caso N° 17283-2019-00453)

Adrián Francisco Bonilla Morales

Quito, noviembre 2023

Resumen: La guerra contra el crimen organizado, en especial contra la industria criminal del narcotráfico, ha permitido desnudar como realidad social la instrumentalización de adolescentes en el tráfico de drogas, el problema radica en que en esta guerra sin cuartel al crimen organizado, el Estado ha minimizado la vulneración de derechos de los adolescentes que son utilizados como mulas del tráfico de drogas. Para el Estado se ha convertido en deber primordial incautar la mayor cantidad de drogas posible, atacando principalmente al microtráfico, pero esta estrategia de lucha está dirigida a un grupo social que ha sido identificado como los enemigos sociales, desviando la atención del real enemigo a vencer. En este escenario, los adolescentes están siendo utilizados por el crimen organizado (reclutador), y aún por sus propios padres para traficar con drogas, sin importarle al Estado las consecuencias de esta instrumentalización, generando incluso en la mayoría de los casos impunidad en favor de los instrumentalizadores.

Abstract: The war against organized crime, especially against the criminal drug trafficking industry, has revealed as a social reality the instrumentalization of adolescents in drug trafficking, the problem lies in the fact that in this all-out war against organized crime, the State has minimized the violation of the rights of adolescents who are used as drug trafficking mules. For the State, it has become a primary duty to seize as many drugs as possible, mainly attacking micro-trafficking, but this strategy is aimed at a social group that has been identified as the social enemies, diverting attention from the real enemy to be defeated. In this scenario, adolescents are being used by organized crime (recruiters), and even by their own parents to traffic drugs, without the State caring about the consequences of this instrumentalization, even generating impunity in most cases in favor of the instrumentalizers.

Índice

Introducción

Capítulo I

La guerra contra el tráfico de drogas

- 1.1 El crimen organizado frente al tráfico de drogas
- 1.2 La lucha estatal contra la estructura delincuencial
- 1.3 La lucha contra el microtráfico, sus mulas y la criminalización del consumo

Capítulo II

La instrumentalización de adolescentes en el tráfico de drogas

- 2.1 Autoría mediata
- 2.2 Desinterés del Estado frente al interés superior del niño
- 2.3. Impunidad del instrumentalizador

Capítulo III

Análisis del caso N° 17283-2019-00453

- 3.1 Antecedentes
- 3.2 Fallo del primer nivel
- 3.3. Fallo de segunda instancia

Conclusiones

Referencias bibliográficas

Introducción

El tráfico de drogas se ha constituido en una lucha sin cuartel para el Estado, esta guerra al crimen organizado ha llevado a implementar políticas estatales e importar tecnología y recursos para combatirla; sin embargo la estructura criminal crece a la par e incluso supera los recursos invertidos por el gobierno; más en esta lucha el Estado se ha limitado a realizar ingentes despliegues para desestructurar estas organizaciones delincuenciales, siendo vanos sus esfuerzos dado que los mismos se han centrado en perseguir a los microtraficantes (consumidores) y no se ataca a las cabezas de la organización.

En esta actividad criminal, los líderes de la organización están utilizando adolescentes como mulas para el tráfico de drogas, instrumentando a estos menores. La problemática surge cuando las agencias policiales detienen a los adolescentes y no a sus instrumentalizadores, luego, el Estado no se preocupa de la desintegración de estos menores de sus familias, ni de sus derechos, convirtiéndose en potenciales líderes del crimen.

Resultaría obvio pensar que la delincuencia organizada utiliza a los adolescentes como mulas en el tráfico de drogas por la calidad de inimputables que tienen frente al delito, pero problemática va más allá, toda vez que las agencias policiales en la persecución de este tipo de conductas, caen precisamente en las redes del crimen organizado; así, al instrumentalizar a los adolescentes, el crimen organizado no solo busca procurar impunidad, sino que tiende un cebo para que la policía únicamente se dedique a detener mulas del tráfico en este caso menores de edad y no extienda su ánimo persecutor a los líderes de las organizaciones criminales, es decir, los instrumentalizadores.

Con la instrumentalización de adolescentes, se vulnera derechos fundamentales de este grupo de atención prioritaria, pero además, en las pesquisas, las agencias realizan una selección de sus posibles infractores, criminalizando incluso conductas atípicas como el portar una mochila, caminar por una plaza, etcétera, etiquetando de esta forma a los adolescentes, reiterando así en el indeseable derecho penal selectivo.

Ya en lo que respecta a la estructura criminal, las mulas del tráfico de drogas son el último eslabón en la organización criminal, son la parte más débil, son instrumentos para traficar con drogas, son reclutadas por miembros de la organización, de ahí que ni siquiera resultan de importancia para el crimen organizado cuando estas son atrapadas, ya que, la detención o aislamiento de estos adolescentes no afecta a la estructura criminal.

La respuesta del Estado frente a este problema, se ha enfocado en atrapar a las mulas, a los instrumentos, descuidando la verdadera lucha contra el tráfico de drogas enquistada en los líderes de la delincuencia organizada, se distraen con las mulas y la escasa cantidad de drogas que de ellas puedan obtener, mientras el crimen organizado envía toneladas de drogas a otras latitudes.

Aún más grave resulta la pasividad del Estado frente a esta problemática, porque no sólo son adolescentes utilizados por el crimen organizado para traficar con drogas, sino que, además, en esta compleja situación al gobierno poco o nada importa la conculcación de los derechos fundamentales de estos menores de edad, en muchos casos separados de sus familias por las mafias, y; en otros inducidos aún por sus propios padres, desertando de sus estudios, sin poder desarrollarse en función de su edad y de los derechos que les son reconocidos.

Agudiza aún más la problemática, la incipiente capacidad de las agencias policiales durante la persecución del delito, ineficacia que conlleva a generar impunidad por cuanto se conforman con la poca droga que encuentran en poder de los adolescentes, descuidando la tarea de recabar pruebas que permitan condenar a los instrumentalizadores. En muchos de los casos, cuando se ha logrado imputar cargos a los autores mediatos de este delito, concluyen con ratificatoria de inocencia por falta de prueba o inadecuada valoración de la prueba por parte de los juzgadores, aspectos que robustecen al crimen organizado.

A partir de este contexto, la presente investigación analiza la guerra del Estado contra el tráfico de drogas y el crimen organizado per se; para luego continuar con el estudio de la instrumentalización de adolescentes en el tráfico de drogas y finalmente analizar el caso N° 17283-2019-00453, en el que, en primera instancia se condena al autor mediato del tráfico de drogas en el que se utilizó a menores de edad; y, en segunda instancia se ratifica su estado de inocencia; estudio que converge en la determinación respecto de la incidencia de la instrumentalización de adolescentes en el delito de tráfico de sustancias estupefacientes en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito.

Capítulo I: La guerra contra el tráfico de drogas

1.1 El crimen organizado frente al tráfico de drogas

Comencemos por definir lo que es el crimen organizado, así la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 2, nos da la siguiente acepción:

“Artículo 2. Definiciones. Para los fines de la presente Convención: a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que existan durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directamente o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (...)” (CNUCDOT, 2004, Art. 2).

De su lado, la Unión Europea, en la Acción Común de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, otorga una definición delimitada respecto de la delincuencia organizada, estableciendo en su artículo 1 lo siguiente:

“Artículo 1. A efecto de la presente Acción común, se entenderá por «organización delictiva» una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer

delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública” (AC, 1998, Art.1).

De igual forma, la Unión Europea establece once criterios en el documento Enfopol 161/1994 Anexo C, para que se configure a un grupo en la criminalidad organizada, así exige:

- “1. Colaboración de más de dos personas.*
- 2. Cada una de las cuales con funciones específicas asignadas.*
- 3. Por un período prolongado o indefinido.*
- 4. Recurso a algún tipo de disciplina o de control.*
- 5. Sospechosas de la comisión de delitos graves.*
- 6. Actuando a nivel internacional.*
- 7. Usando violencia u otras formas de intimidación.*
- 8. Que recurran a estructuras comerciales o de negocios.*
- 9. Implicadas en el blanqueo de dinero.*
- 10. Que ejerzan influencia sobre políticos, medios de comunicación, administración pública, poder judicial o económico.*
- 11. Motivadas por la búsqueda de beneficios o de poder” (DE, 1994, Anexo C).*

Determinando dicho documento de la Unión Europea que son requisitos sine qua non para la configuración de la organización delictiva los señalados en los numerales 1, 3, 5 y 11.

Bajo estos lineamientos establecidos por el Derecho Penal Internacional, en nuestra legislación, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 369 tipifica el delito de delincuencia organizada de la siguiente forma:

“Art. 369.- Delincuencia Organizada.- La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de dos o más personas que, de forma permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de

cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Los demás colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años” (COIP, 2019, Art. 369).

Para Rodrigo Luelmo, estos grupos delictivos *“actúan a nivel internacional; recurren a la violencia y a otros medios de intimidación; utilizan estructuras comerciales y de la economía “legal”; se dedican al blanqueo de dinero; ejercen una importante influencia sobre entornos políticos, medios de comunicación, la administración pública, las fuerzas policiales, el poder judicial, etc.; actúan en su propio beneficio y/o poder, pero sin una ambición y un objetivo político explícito”* (2022, pág. 9).

Aterrizando estas premisas a nuestra realidad, la guerra contra el tráfico de sustancias estupefacientes en el Ecuador no es algo nuevo, los gobiernos de turno han incorporado en sus agendas de trabajo, incluso como política de Estado el combate contra el tráfico de drogas, el cual tiene sus inicios en la década de los 70; lo llamativo es que, el Ecuador por antonomasia no es productor de drogas, no obstante, se ha visto inmerso en esta actividad criminal.

El gobierno, a través de sus agencias policiales (Unidades de Antinarcoóticos, Unidad de Lucha contra el Crimen Organizado-ULCO, etc.), lleva adelante esta guerra contra el narcotráfico como una imposición de políticas norteamericanas, dado que nuestro país se ha convertido en país de paso para el tráfico de drogas. Aquí reiteramos en la pregunta que ha sido tema de inagotables debates, si bien Estados Unidos impone a los países productores de estas drogas, incluido el nuestro, la tipificación de determinadas conductas, así como las directrices para combatir el crimen organizado ante el tráfico de drogas, imposiciones que surgen por las obligaciones que países como el nuestro mantienen con el imperio norteamericano, las cuales surgen como condicionantes para el otorgamiento de nuevos créditos, sin embargo de aquello, lo que está haciendo Estados Unidos que es el país donde más se consume este tipo de sustancias estupefacientes, para

combatir este delito, quizás es muy poco, al punto que como política de salud norteamericana, ha facilitado el consumo controlado y seguro de estas sustancias para evitar el contagio de otras enfermedades en el consumo de drogas inyectables; de ahí que esta responsabilidad ha sido endosada a países como el Ecuador.

La lucha contra el crimen organizado frente al tráfico de drogas ha sido incesante durante varias décadas, agudizándose más en estos últimos años por el ingenio de las organizaciones delictivas para traficar drogas, habilidad que cada día es más versátil; guerra contra el tráfico de drogas que ha visibilizado a las mafias detrás de ella, denotando su poder, enviando claros mensajes al Estado de su no rendición, por el contrario, que sus estructuras criminales se encuentran mejor dotadas en recursos humanos, armamento, medios tecnológicos, vehículos, inmuebles, etcétera, logística que en definitiva ha permitido la expansión del crimen organizado en torno al tráfico de estas sustancias.

“Las políticas de la guerra contra las drogas no encuentran unanimidad o consenso; quizás porque en verdad, el mundo es pluricultural, pero los estupefacientes que incluso no han tenido definición clara por parte de la Organización Mundial de la Salud, siguen siendo una realidad humana universal” (Sandoval, 2012, pág. 11).

Para los expertos, en los últimos años Ecuador ha sufrido un cambio de paradigma: “ya no estamos hablando de un país "de tránsito" de la droga, sino de uno en el que se almacena, se procesa y se distribuye” (Pichel, 2021), lo que ha incidido para que Estados Unidos incluya al Ecuador en su lista de países con mayor tráfico o producción de drogas.

Este cambio de modelo al que se han referido quienes se encuentran al frente de las agencias policiales de antinarcóticos, así como de organismos rectores del tema encargados de enlistar a los países como productores o países de tránsito de drogas, se debe al auge del crimen organizado, siendo de dominio público que en nuestro país operan carteles como el de “Jalisco nueva generación”, el cartel de “Sinaloa” y la mafia “Albanesa”, esta última que ha venido operando hace algunos años, pero salió a luz en los últimos meses, a estos se suman algunas facciones de grupos subversivos colombianos; crimen organizado principalmente el mexicano que se ha enraizado en

bandas delincuenciales que a su vez han demostrado su violencia en nuestro territorio al máximo nivel, organizaciones como “los choneros”, “Chone killers”, “tiguerones”, “los lobos” entre otros, siendo testigos de matanzas, degollamientos, extorsiones, secuestros, masacres carcelarias, disputas territoriales, ejerciendo de esta forma un *“control de hierro sobre un territorio, actuando con gran discreción que complica su desmantelamiento”* (Luelmo, 2022, p. 9); a este crimen organizado que ha extendido su actividad delictual a otro tipo de conductas, es al que se le atribuye el tráfico, acopio y procesamiento de drogas.

Estructura criminal que con el paso del tiempo se ha robustecido, extendiendo su territorio, perfeccionando su línea delictual, captando poder, centrando su principal giro de la empresa criminal en el tráfico de drogas y extendiendo sus tentáculos incluso hasta la política, así las mafias deciden quienes serán los gobiernos locales, los que deberán permitirle operar con total tranquilidad en el territorio, evitando controles a sus actividades, pactando con estas autoridades a cambio de seguridad. En nuestro país el crimen organizado tiene el dominio hasta de los centros carcelarios, por ello, el desafío para el Estado será la erradicación del crimen organizado, ardua tarea para la cual no estábamos preparados.

1.2 La lucha estatal contra la estructura delincencial

El estado ha realizado ingentes acciones para combatir al crimen organizado, lo que ha permitido en el ámbito del tráfico de drogas según datos de InsightCrime la incautación de 201 toneladas entre el 2019 y 2022, convirtiendo al Ecuador en el segundo país de la región que más cocaína incauta, lo que sin duda es un golpe duro a la delincuencia organizada, sin embargo, a la par que la policía incauta drogas, de acuerdo con el Informe Mundial sobre las Drogas-UNODC, Ecuador se ha convertido en el primer proveedor de drogas a Europa (UNODC, 2023), lo que nos lleva a inferir que el crimen organizado está un paso más adelante, por cuanto la cantidad de droga incautada no se compara con la cantidad de droga que se envía al exterior.

Entre las principales acciones está la adecuación normativa a instituciones jurídicas que permiten contrarrestar y dismantelar organizaciones delictivas, entre ellas surgen a raíz de la vigencia del COIP en el año 2014, la figura del agente encubierto, las entregas vigiladas, así los artículos 483 y 485 de la norma referida, en su orden señalan:

“Art. 483.- Operaciones encubiertas.- En el curso de las investigaciones de manera excepcional, bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía, se podrá planificar y ejecutar con el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, una operación encubierta y autorizar a sus agentes para involucrarse o introducirse en organizaciones o agrupaciones delictuales ocultando su identidad oficial, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación (...)” (COIP, 2019, Art. 483)

“Art. 485.- Entregas vigiladas o controladas.- Con el propósito de identificar e individualizar a las personas que participen en la ejecución de actividades ilícitas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito o prevenir y comprobar delitos, la o el fiscal de la unidad especializada de la Fiscalía podrá autorizar y permitir que las remesas o envíos ilícitos o sospechosos tanto de los instrumentos que sirvan o puedan servir para la comisión de delitos, los efectos y productos de actividades ilícitas y las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; o los instrumentos, objetos, especies o sustancias por las que se hayan sustituido total o parcialmente, salgan o entren del territorio nacional y dentro del territorio se trasladen, guarden, intercepten o circulen bajo la vigilancia o el control de la autoridad competente” (COIP, 2019, Art. 485).

Técnicas especiales de investigación que permiten combatir el crimen organizado infiltrándose las agencias policiales en la estructura criminal, lo cual conlleva su riesgo propio, más si consideramos que en el Ecuador en las pocas investigaciones en las que se ha autorizado se introduzcan agentes encubiertos en las organización criminales, se lo ha hecho de manera muy artesanal, la norma dice que este tipo de agentes deben ocultar su identidad, manejar una identidad supuesta, aquello en la práctica implicaría otorgarle una nueva identidad en el Registro Civil y ocultar la oficial, lo propio con todas las bases

datos en las que se registra información personal, esto no ocurre en la práctica y recordemos que el crimen organizado maneja contra inteligencia, esta infiltrado en las instituciones pública, resultaría fácil averiguar si un agente o más bien si un nuevo miembro de la organización está mintiendo respecto de su identidad, lo cual implica sin duda un riesgo de vida; no obstante de aquello estas técnicas de investigación y la relación costo beneficio ha servido para arrestar a varios líderes de grupos criminales.

Mención aparte, requiere la cooperación eficaz prevista en el Art. 491 del COIP que señala:

“Art. 491.- Cooperación eficaz.- (Sustituido por el Art. 84 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019).- Se entenderá por cooperación eficaz el acuerdo de suministro de datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables o sirvan para prevenir, neutralizar o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad así como la información que permita identificar el destino de bienes, dinero, fondos, activos y beneficios que sean el producto de actividades ilícitas” (COIP, 2019, Art. 491).

Esta norma requiere análisis distinto en la lucha contra el crimen organizado, precisamente por lo defectuoso de su redacción, dado que por cooperación eficaz se entenderá la información que entre otros fines permita prevenir la consumación de otro delito y esto es conocido por el crimen organizado, en la práctica se detiene a uno de los mandos medios de la organización criminal y éste para obtener fines punitivos delata a uno de los integrantes que se encuentran al final de la estructura criminal, incluso en drogas pueden estar ambos casos en la misma escala, claro al delator generalmente se le detiene con mayor cantidad de drogas de mejor calidad incluso, en circunstancias completamente distintas; pero qué se entiende por delito de igual o mayor gravedad, la escala respecto del gramaje de drogas no es la respuesta y estas “cooperaciones” nos permiten ver cómo actúa la delincuencia organizada aún en el procedimiento judicial; no se ha visto hasta ahora a un cooperador que informe sobre el destino de bienes, dineros,

fondos, activos en fin de los beneficios fruto del narcotráfico, que es donde realmente se debe atacar al bolsillo, a la economía de las estructuras criminales.

En esta misma área legal, quizás la más reciente acción del Estado es la creación de las Unidades Judiciales Especializadas para el juzgamiento de delitos relacionados con corrupción y crimen organizado, aplicando norma que fortalezca el combate contra las actividades delictivas en todas sus formas, compromiso adquirido por el Estado al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (R-190-2021).

Para Zaffaroni, este tipo de leyes penales consideradas autoritarias, serán siempre leyes de “defensa”, aunque reconozca que es una defensa del Estado y de la “estirpe” propia del derecho penal facista (2009, pág. 5).

Se debe reconocer que a la par con la normativa penal, es evidente el interés del Estado por capacitar a los operadores de justicia frente al juzgamiento de delitos de crimen organizado, corrupción, lavados de activos, delitos económicos. Programas académicos como la presnete maestría son una muestra de aquello y con eso la capacitación y fortalecimiento de las agencias policiales, importando tecnología y recursos que permitan una lucha eficaz contra el crimen organizado; quizás la última acción resulte de los acuerdos con la Unión Europea que afianzarán esta lucha.

Ante el desborde de la violencia que genera la delincuencia organizada, el Estado ha declarado dieciocho (18) estados de excepción en lo que va del gobierno del presidente Lasso, medida necesaria para combatir al enemigo, señaladas por Zaffaroni como emergencias justificantes para contener a la persona peligrosa, dañina, al enemigo de la sociedad (2006, pág. 7).

Una de las últimas medidas del gobierno en esta guerra contra el crimen organizado, que ha resultado polémica, que incluso es objeto de una acción de inconstitucional, es el decreto ejecutivo N° 707, mediante el cual se autoriza el porte de armas de uso civil para la defensa personal, medida considerada peligrosamente irresponsable, que además denota

la incapacidad estatal frente al crimen organizado, así en las consideraciones del referido decreto señala:

“Que las condiciones de violencia en el Ecuador han escalado exponencialmente y en consideración de la necesidad de que los ciudadanos puedan tener las herramientas para su defensa personal, pero es necesario a la vez reglamentar y regular lo dispuesto en la Ley que permite el porte y tenencia de armas para defensa de personas naturales, así como es necesario la emisión de regulación que permita a las compañías de seguridad prestar la colaboración inmediata a las entidades complementarias de seguridad” (DE-707, 2023).

Debe considerarse además que el crimen organizado, cuya idea motriz se sustancia en la peligrosidad intrínseca de la asociación criminal, la cual a su vez reside en la construcción de estructuras racionalmemnte orientadas a la planificación y comisión de delitos, el encubrimiento de sus miebros y evitar la persecución institucional, así como una división eficaz del trabajo (Zúñiga, 2021, pág. 27), ha tenido una suerte de ventaja en la adopción de políticas de los gobiernos de turno, así en nuestro país en el año 2009, se ordenó la salida de Estados Unidos de la base ecuatoriana de Manta, que rastreaba aeronaves utilizadas por los narcotraficantes (BBC, 2009), decisión tomada a pretexto de la soberanía nacional, que a la larga permitió el auge del crimen organizado en el tráfico de drogas.

Un análisis sobre la base militar de Manta, muestra el compromiso del Ecuador en esta guerra contra el narcotráfico, así señala:

“Ligada al Plan Colombia, la utilización de la Base aérea de Manta es una arista que marca significativamente la participación del Ecuador en la lucha antinarcóticos. Esto se hace patente cuantitativamente en el incremento de la asistencia que Estados Unidos ha canalizado hacia el país en los últimos años. Los datos indican que los recursos asignados por el INL a Ecuador en el 2000 suman un total de US\$ 12 millones, US\$ 22 millones en 2001, US\$ 25 millones en 2002 y US\$ 37 millones en año 2003.

En términos generales, estas cifras son un indicador, por lo menos desde la visión y el bolsillo de Washington, de un mayor involucramiento cooperativo del Ecuador en la “guerra contra las drogas”. En este sentido, si bien no hay tropas estadounidenses con autorización para acciones armadas y combate, la información, inteligencia aérea y respaldo logístico que la Base de Manta presta a las agencias antinarcóticos, asigna al Ecuador una responsabilidad sobre las tareas desplegadas desde este centro de operaciones” (Rivera, 2004, pág. 18).

La lucha contra las drogas no es algo nuevo, la historia de las drogas es rica en acontecimientos y el primer indicativo de la internacionalización de esta problemática se encuentra en el siglo XIX, cuando se desata la Guerra del Opio (Cruz, 2008, p. 34), es decir, se remonta a los orígenes mismos de la civilización y esta guerra cuyo objeto esta destinada a combatir el tráfico de marihuana, cocaína y heroína principalmente se encuentra inmersa en el Estado ecuatoriano, hasta ahora el crimen organizado ha dado muestras de estar debidamente preparado para repeler el poder punitivo del Estado.

1.3 La lucha contra el microtráfico, sus mulas y la criminalización del consumo

En Ecuador la guerra contra el tráfico de drogas como política norteamericana impuesta, ha estado encaminada al microtráfico para de esta forma dar una respuesta no solo a la ciudadanía sino a intereses supra nacionales.

Por ello y bajo el discurso de “seguridad ciudadana”, el Estado ecuatoriano mediante “políticas de seguridad” ha desplegado una campaña para combatir a los tenedores de escasa cantidad de drogas a quienes se los ha etiquetado como “microtraficantes”, campaña que se ha extendido a escuelas y colegios y amparados en dichas políticas las agencias policiales específicamente la Unidad de Antinarcóticos, ha practicado una serie de allanamientos, cacheos, vigilancias y seguimientos vulnerando además una serie de derechos fundamentales, lucha contra el microtráfico de la cual ha sacado provecho la criminología mediática, en las primeras planas de los noticieros las detenciones de microtraficantes de drogas vende el concepto de ser éstos los enemigos de la sociedad.

La fenomenología del microtráfico de principal interés para las agencias policiales ha llevado incluso a crear a partir del año 2015 (un año después de la vigencia del COIP) la Unidad Especializada Contra el Tráfico para Consumo Interno, creada para identificar los lugares donde más problemas de comercialización, tráfico ilícito y expendio de drogas existe (Ministerio de Gobierno, 2015); resaltando cual panacea la cantidad de toneladas de drogas incautadas y el número de detenidos en dichos casos, que no vienen hacer otros que los microtraficantes.

Pero ha resultado efectiva esta lucha contra el microtráfico, contra el consumo interno, si vemos que la misma a través de la unidad especializada que con tal fin se creó, en base a noticias de delitos y georreferenciación de lugares se ha dedicado a identificar los sectores considerados para ellos más problemáticos y estos lugares son: escuelas, colegios, bares, sitios de tolerancia, parques y las características singular de todos estos sitios es que se trata de sectores marginales, empobrecidos históricamente y no es que sea un trabajo menor el que hace esta agencia especializada, los resultados ha permitido disminuir el consumo de drogas, pero nuevamente aquí surge la interrogante, es el consumo el problema, varias teorías en base a las libertades del individuo responderían que no, entonces el problema es el tráfico.

Mas si el problema es el tráfico, lo lógico sería direccionar la lucha hacia el macrotráfico; por cada microtraficante detenido y la escasa cantidad de droga incautada, el crimen organizado reclutarás más microtraficantes o mulas para que trafiquen con escasas sustancias y esto además es una manera de distraer y mantener ocupada la agencia especializada, a lo que se debe sumar que el microtráfico incluso se lo realiza en función de la mínima cantidad de sustancia que se permite tener o poseer; entonces, la lucha contra el microtráfico no resuelve el problema, se debe emprender una agresiva guerra contra el macrotráfico, atacar a las fronteras, puertos marítimos, puntos de paso de la droga, es urgente atacar al patrimonio económico de las estructuras criminales, solo así se tendrá resultados efectivos, lo otro sería seguir en un círculo vicioso en el que el gran ganador es el crimen organizado.

La lucha contra el microtráfico trae un problema aún más grave y es que un gran número de detenidos resultan ser mulas del narcotráfico que por diferentes razones, principalmente económicas deciden traficar con drogas, pero muchas de estas mulas son menores de edad que fueron reclutadas por el crimen organizado; de acuerdo con los registros de la Dirección Nacional de Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes, desde enero del 2022 hasta agosto del 2023, 396 menores de edad han sido aislados por delitos como tenencia ilegal de armas, microtráfico, robo, tentativas de asesinato; durante el año 2022 se aisló a 153 menores de edad y en lo que va del año 2023 la cifra aumentó en un 58.8% a 243 menores aislados, lo curioso es que no existe ningún proceso por reclutamiento de menores por parte de las bandas criminales (DINAPEN, 2023).

Este último dato respecto de la falta de investigaciones por reclutamiento de niños, niñas y adolescentes para delinquir solo da cuenta de la falta de interés del Estado en arás de tutelar los derechos de este grupo de atención prioritaria, en esta guerra contra el narcotráfico el Estado tiene como prioridad dismantelar estas estructuras criminales, pero o poco nada le importa los derechos que se vulneran a los menores de edad por parte del crimen organizado, vulneración de derechos en los que el Estado también tiene responsabilidad, muestra de esta indiferencia estatal es que ni siquiera en la legislación penal se tiene un tipo específico para el reclutamiento de menores de edad por parte del crimen organizado, limitándose únicamente a señalarla en el numeral 10 del Art. 47 del COIP como una agravante general a todas las infracciones penales:

“Art. 47.- Circunstancias agravantes de la infracción.- Son circunstancias agravantes de la infracción penal: (...)

10. Valerse de niños, niñas, adolescentes, adultas o adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad para cometer la infracción (...)” (COIP, 2019, pág. Art. 47).

Es decir, así la agencias investigativas, quisieran perseguir el reclutamiento de menores de edad por parte del crimen organizado, se encontrarían con una limitante al no tener un tipo penal determinado en la ley, dado que el reclutamiento forzoso al que se refiere el numeral 7 del Art. 91 del COIP, versa sobre la trata de personas y a la explotación a través de sometimiento o imposición de condiciones de vida o de trabajo;

de su lado el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes que tipifica el Art. 127 del COIP, se refiere a aquel reclutamiento en el contexto de un conflicto armado lo que está protegido por el derecho penal internacional humanitario, por ello se enfrentarían a un conflicto con el principio de legalidad al querer judicializar casos como el que se plantea.

De otro lado, es evidente que en esta incesante lucha de las agencias policías a fin de erradicar el tráfico de drogas, se ha criminalizado el consumo a estas sustancias, etiquetando a los consumidores como microtraficantes y en muchos casos criminalizando la pobreza porque se termina vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley de una persona marginada por el propio Estado; así, si una persona de tez trigueña o negra, con tatuajes, vistiendo bermuda, transitando por un prostíbulo al que se le haya encontrada en posesión de marihuana, es etiquetado como microtraficante porque así lo han perfilado las agencias policiales; mientras que a una persona de estrato social alto, que se dirige a la playa abordo de su jeep al que se le encuentra con la misma sustancia en igual cantidad, este último para las agencias policiales si es un consumidor, pues no cumple con los estereotipos de criminalización.

Así por ejemplo, el 29 de agosto del 2014, a las 21h30 aproximadamente, en el barrio Manantial, recinto Las Golondrinas, cantón Quinindé, provincia de Esmeraldas, por información reservada agentes de antinarcóticos, conocieron que el ciudadano conocido con el (a) “Choclo”, se dedica al expendio de sustancias ilícitas, por lo que se trasladaron hasta dicho lugar y constataron que desde la puerta de su domicilio, este individuo realizaba cruce de manos con otras personas quienes luego se retiraban del lugar, por lo que se solicitó la respectiva autorización judicial para allanar dicho inmueble, una vez que obtuvieron la orden para allanar, se trasladaron al barrio Manantial en el recinto Las Golondrinas a una cuadra del domicilio del individuo antes singularizado, donde fue localizado (a) “Choclo”, sector en el que funcionan varios prostíbulos, luego de realizar trabajos de inteligencia constataron que este individuo realizaba cruce de manos con otras personas, por lo que procedieron a interceptarlo, quien se identificó como W.H.P.I. a quien se le encontró en el bolsillo posterior derecho del pantalón dos funditas plásticas conteniendo en su interior una sustancia amarillenta presuntamente droga, en el bolsillo

delantero derecho una funda transparente conteniendo en su interior una sustancia amarillenta presuntamente droga (Sentencia procedimiento abreviado, 2014).

De este caso real podemos advertir el etiquetamiento que las agencias policiales hacen de los potenciales microtraficantes, el conocido cruce de manos, para estas agencias antidrogas ya es una conducta inusual, nótese que en este caso como no encontraron nada en el domicilio del detenido, lo siguieron hasta el prostíbulo donde finalmente lo detuvieron por encontrarle tres funditas con droga; más este actuar de la policía solo deja claro el derecho penal selectivo con el que se pretende combatir el tráfico de drogas.

Del otro lado de la moneda, el 26 de agosto del 2014, a las 13h25 aproximadamente, agentes de antinarcoóticos del cantón La Concordia, se encontraban realizando un operativo antidrogas, en tales circunstancias detienen la marcha de un vehículo tipo Jeep, marca Toyota, modelo Prado, en el que se movilizaban dos personas, el conductor se identificó como J.M.P, de 25 años de edad, mientras que su acompañante se identificó como A.B.R. de 23 años de edad, quienes dijeron ser novios; al realizar un registro del vehículo en la guantera encontraron dos funditas plásticas con una sustancia verdosa presuntamente droga; mientras que debajo del asiento del copiloto encontraron otra fundita plástica con similar sustancia; los ocupantes del vehículo dijeron que era para su consumo personal y que se dirigían a la playa de vacaciones (Resolución no califica flagrancia, 2014).

En este caso los agentes antinarcoóticos actuaron con mayor prudencia en la detención; y, evidentemente esta pareja de novios que pretendían viajar de vacaciones a la playa y consumir algo de marihuana, no cumplía con los perfilamientos propios de los microtraficantes, por el contrario eran consumidores, razón por la que en la respectiva audiencia fiscalía no formuló cargos. Y cuántos casos de estos, ocurren en los estratos sociales de clase alta, donde la droga llega al domicilio de los consumidores, estos casos no se denuncian, no se persiguen por parte de la policía, porque pese a tener similares características que el ejemplo anterior, en este último si son consumidores y no microtraficantes.

Partiendo de esta casuística, para la doctrina el proceso de criminalización está dado por estatus social, así nos dice:

“...si partimos desde un punto de vista más general, y observamos la selección de la población criminal dentro de la perspectiva macrosociológica de la interacción y de las relaciones de poder entre los grupos sociales, volvemos a encontrar, tras el fenómeno, los mismos mecanismos de interacción, de antagonismo y de poder que nos dan razón, en una estructura social dada, de la desigual distribución de los bienes y oportunidades entre los individuos. Sólo partiendo desde este punto de vista puede reconocerse el verdadero significado del hecho de que la población carcelaria en los países del área del capitalismo avanzado sea, en su gran mayoría, reclutada entre la clase obrera y las clases económicamente más débiles” (Baratta, 2004, pág. 107).

El Art. 364 de la Constitución de la República del Ecuador, refiriéndose al consumo de alcohol, tabaco, sustancias estupefacientes y psicotrópicas señala que estas adicciones son un problema de salud pública, que en ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales, uno de ellos el derecho a libre desarrollo de la personalidad.

El control social que se ejerce sobre los consumidores de sustancias sujetas a fiscalización, ha marcado la intromisión de la moralidad sobre una libertad de las personas, en tal sentido se ha generado un gran debate respecto al “daño” que ocasionarían los consumidores a terceros, a la sociedad en sí, al no concluir de forma categórica que se vulnere algún bien jurídico, este debate se alinea a la tesis tomada por muchos doctrinarios en el sentido de que el Estado no puede interferir en la libertad personal de un individuo si su accionar no afecta sino en el peor de los casos a él mismo, esto en función del derecho a libre desarrollo de la personalidad que aún puede sopesarse sobre otras libertades de este individuo. Michael S. Moore, señala que el uso de drogas está protegido por el derecho básico a la libertad “porque usar drogas recreacionalmente es para los usuarios una elección que define su identidad” (2000, pág. 155)

El Estado ecuatoriano frente a esta lucha para combatir el tráfico y el uso de sustancias ilícitas ha experimentado una serie de procesos, entre los últimos establecer parámetros para la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, así y a través de una tabla que expidió el ex CONSEP actual Secretaría Técnica de Drogas, se podrá tener diez gramos de marihuana y hasta dos de cocaína entre otras, esto en relación con el Art. 228 del COIP, sobre la cantidad admisible para uso o consumo personal, lo que a su vez y dado el alto índice de crímenes y consumidores en especial de heroína, ha generado una serie de críticas de control social enmarcadas en tintes moralistas, esta iniciativa obedece al hecho de evidenciar que la punición de este tipo de actos no soluciona el “problema”, pero la criminalización del consumo tampoco lo hace.

La problemática surge en el proceso de criminalización a los tenedores de escasa cantidad de drogas, uno de los argumentos de las agencias policiales de control (antinarcóticos) para legitimar varias de las detenciones de personas a quienes los han llamado “microtraficantes”, a quienes se les ha encontrado en posesión o en tenencia de sustancias que no superan las cantidades mínimas permitidas, es que los traficantes de drogas, los expendedores de estas sustancias ilegales, reclutan a varias personas a quienes les proveen de pequeñas cantidades de droga para que procedan a realizar el corretaje y ante la posibilidad de ser detenidos no enfrentarían una condena, sino que en el peor de los casos enfrentaría una privación de libertad por tres o cuatro meses mientras son declarados consumidores.

Frente a este argumento de las agencias policiales en estos casos durante el proceso no se ha llegado a demostrar esta red del crimen organizado, ni menos el corretaje de estas sustancias, concluyéndose que en muchos de los casos que estas personas resultan ser consumidoras, para la doctrina *“El carácter ilegal de la tenencia de determinadas sustancias se extiende al consumo y a los usuarios/as, por lo que se convierten en sujetos a la ley penal y por lo tanto a la represión policial”* (Epele, M., Maceira, D., 2007, pág. 147).

En este orden de ideas se evidencia el proceso de criminalización y selectividad de estas personas etiquetadas como microtraficantes y que generalmente obedecen a clases

sociales pobres, por ello el problema a investigar surge frente al hecho de indagar si frente a una misma situación jurídica se da un mismo tratamiento garantizando el derecho a la igualdad de las personas, o si por el contrario tanto para las agencias policiales, agencias investigativas y aún judiciales, la detención de una persona de clase social media alta o alta, con la misma sustancias e igual cantidad con la que se le detuvo a una de estas personas etiquetadas, se trata de situaciones distintas y al primero de los señalados considerarlo de plano consumidor y del segundo existe la necesidad de procesarlo ordenando medidas privativas de libertad mientras se indagan las sospechas del microtráfico de las agencias policiales e investigativas.

Para la doctrina los microtraficantes son enemigos sociales a los que hay que exterminarlos, así lo ha definido Scalia:

“Sobre los microtraficantes, último eslabón del “macro-trafico” de drogas ilícitas, más conocido como “narcotráfico”, la información está construida en términos de “enemigos sociales” a luchar en la “guerra contra las drogas”. El campo de la retórica prohibicionista, “espacio retórico”, se reproduce por sí mismo a partir de una serie de imágenes equivocadas pero reproducidas en las prácticas punitivas y cotidianas contra los usuarios y los “portadores” de drogas ilícitas: la “opinión pública”, es decir, aquella suma estadística de individualidades, fragmentadas al momento de recolectar las informaciones y, muchas veces, reunidas alrededor de preguntas ya construidas por el interlocutor, nos dice tener siempre más miedo hacia el “drogadicto enfermo y/o criminal, apático y/o retraído de la sociedad (...) La mayor represividad de la política sobre drogas ha sido consecuencia, al momento, del aumento indiscriminado de las encarcelaciones de pequeños traficantes, en su mayoría, últimos eslabones de una cadena de producción de enriquecimientos ilícitos gracias al narcotráfico, que, en sus altos niveles de gestión, alcanza a mantener altísimos niveles de impunidad (...)” (2005, págs. 5,8).

En definitiva la guerra contra el narcotráfico no está en la lucha contra el microtráfico, sin duda aporta pero de una manera ínfima, se está atacando al consumo interno y el fuerte del crimen organizado es la droga que se exporta a otras latitudes donde es más apetecida, es ahí donde se debe atacar e impedir que la droga llegue a sus destinos, es ese mercado al que proveen el que les genera mayores réditos económicos y los consolida como

estructuras criminales, el microtráfico solo distrae a las agencias policiales de su verdadero objetivo y con ello se vulneran derechos en especial de los consumidores de estas sustancias.

Capítulo II: La instrumentalización de adolescentes en el tráfico de drogas

2.1 Autoría mediata

El autor mediato ha sido considerado por excelencia como el autor intelectual del delito, el que planifica para que otro denominado instrumento los ejecute, el COIP en su Art. 42 numeral 2, define a la autoría mediata como:

“Art. 42.- Autores.- Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: (...)

2. Autoría mediata:

a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.

b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.

c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.

d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva. (...)” (COIP, 2019, pág. Art. 42).

Para nuestra investigación nos interesa el autor mediato que ordena se cometa un delito utilizando para ellos personas inimputables frente a la ley, mediante precio, dádiva, ofrecimiento; así como aquel que ejerce poder de mando en la organización delictiva.

Rodríguez, sobre la autoría mediata y de acuerdo con la norma transcrita del Art. 42 del COIP señala:

“(...) la autoría intelectual o autoría mediata aparece cuando un sujeto realiza el tipo utilizando a otro sujeto como instrumento justamente este otro, el instrumento, será quien ejecute el delito. En estos casos el autor mediato domina el hecho a través de otra persona. Quien ejecuta la conducta y quien la domina son personas distintas. Estamos frente a un supuesto de dominio del hecho. En estos casos, el hombre de atrás realiza el tipo mediante otra persona a la cual utiliza como herramienta.

Estamos frente a unión de un autor material (el que ejecuta el tipo con dominio de la voluntad) con un autor intelectual (el que domina el hecho). Esta correlación, como reza el tipo, se puede dar porque el autor intelectual instiga o aconseja al autor inmediato a ejecutar la conducta típica: o cuando el autor mediato es el líder de una organización delictiva que se dedica a delinquir y que desde el mando, orquesta delitos pero no los ejecuta directamente.

Ahora bien, podría ocurrir que enfrentemos supuestos especiales en esta clase de autoría, por ejemplo, que el instrumento sea inimputable (cuando se le entrega un sobre con un polvo tóxico a un niño de 5 años y se lo instruye para que lo coloque en la tasa de café que va a tomar su madre). En estos supuestos, no responderá el autor material pero sí el intelectual, es decir, no es requisito que el autor directo sea imputable, pues únicamente es una herramienta, una prolongación del brazo del cerebro del plan (...) (2022, págs. 250-251)

En el delito de tráfico ilegal de drogas, al instrumentalizar a los adolescentes sin duda el dominio de la voluntad y en este caso el dominio directo de las sustancias prohibidas (acción determinada por el Art. 220 del COIP) lo tienen los adolescentes, pero este dominio viene dado por la instigación del autor mediato de la infracción (que domina el hecho) quien precisamente utiliza a otros en especial a los inimputables como mulas para evitar la acción policial y procurar impunidad de sus actos, más aún, si de esta forma mantiene en vigencia la empresa criminal dado que su estructura no se ve afectada cuando los adolescentes son descubiertos al momento de traficar con drogas.

Dentro de estas distintas modalidades utilizadas por el crimen organizado en el tráfico de drogas, tenemos la instrumentalización de adolescentes para la tenencia y comercialización con fines de tráfico de sustancias ilícitas principalmente en el microtráfico, instrumentalización realizada directamente por sus padres o por terceros miembros de las organizaciones criminales, el fin de su instrumentalización sin lugar a duda es la inimputabilidad frente a la ley de los menores de edad.

Felipe Rodríguez Moreno, al hablar sobre la inimputabilidad por edad, refiere a aquellos supuestos en los que el menor de edad es inimputable porque su desarrollo cognitivo, por su edad, no le permite administrar su libre albedrío (2022, pág. 500).

Al ser los adolescentes inimputables ante la ley penal, en caso de encontrárseles portando drogas o comercializando las mismas, serán sometidos a un régimen jurídico especial previsto en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así lo señala el Art. 38 del COIP, al determinar:

“Art. 38.- Personas menores de dieciocho años.- Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia” (COIP, 2019, Art. 38).

Por su parte el Art. 305 del Código de la Niñez y Adolescencia, señala:

“Art. 305.- Inimputabilidad de los adolescentes.- Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales” (CNA, 2003, Art. 305).

Bajo estas premisas de orden legal, los instrumentalizadores de adolescentes, vale decir, los autores mediatos, concedores de que los adolescentes no responden penalmente al ser encontrados en poder de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y que en el peor de los casos serán sometidos a un régimen con la imposición de medidas socio educativas, se convierte esta en la principal razón por la que utilizan a los adolescentes en este delito, por cuanto si bien se arriesgan a que les incauten la droga

encontrada en su poder, que generalmente es droga en cantidades mínimas, el costo-beneficio es que no irán presos.

No obstante de demostrarse la instrumentalización de los adolescentes por parte de los imputables penalmente, estos últimos responderían como autores mediatos; Roxin, sostiene que en la autoría mediata tradicional el autor no realiza o comete el delito por sí mismo, sino que lo hace valiéndose de otra persona a quien la convierte en instrumento de su voluntad a través del error o del engaño; en el dominio del hecho y dentro de una organización, basta con tener la capacidad de impartir órdenes a los subordinados; se ha dicho que entre los casos principales de autoría mediata se cuentan desde siempre, junto a los de coacción y de aprovechamiento de error, los de empleo de un ejecutor inimputable o menor (2015, pág. 259).

Ahora bien, la dificultad de probar la instrumentalización de los adolescentes en el delito de tráfico de drogas, surge por cuanto, al no tener capacidad de determinación, al no poder administrar su libre albedrío y al ser encontrados con la droga en su poder, previamente aleccionados por sus padres o los adultos que los utilizan, admiten por su propia cuenta la comisión del delito, lo que ha generado impunidad en mucho de estos casos, a esto se suma la incipiente e ineficaz investigación de las agencias policiales a fin de dar con los autores mediatos de estos delitos, conformándose con la simple incautación de sustancias en mínimas cantidades contribuyendo así a la impunidad.

Para Jiménez con cita en Herzberg, *“la idea de que la determinación del instrumento del cual se sirve el hombre de atrás situado en la cúpula de la organización no debe hacerse atendiendo a los baremos del injusto individual, en referencia a los concretos ejecutores que llevan a cabo las conductas delictivas, sino en consideración a una perspectiva mucho más amplia, referida al conjunto de la organización, no es nueva. Ya HERZBERG propuso excepcionar el principio de responsabilidad para estos casos en atención a que la razón que fundamenta que la libertad de decidir del receptor de la orden –que actuaba con conocimiento y casi siempre libre de toda coacción– no afecte al dominio del hecho de las personas de atrás, es que “su verdadero instrumento no era la persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona casi automáticamente,*

el “aparato” sin alma que sigue actuando sin dificultades incluso cuando el instrumento rehúse obedecer” (2017, pág. 119).

Como bien lo explica la doctrina, en las organizaciones criminales los instrumentalizados cometen las conductas delictivas no por el dominio del hecho del hombre de atrás, vale decir del autor mediato, ejecutan estos delitos por el poder que dentro de la estructura criminal ostenta el líder de la organización criminal, poder que además debe conllevar apremio moral en caso no cumplir con las órdenes delictivas, por ello este poder funciona de manera automática sobre el instrumentalizado.

Ahora pensemos que en el tráfico de drogas, el microtráfico es el último eslabón en la cadena de mando, eslabón en el que se instrumentalizan a los adolescentes para que trafiquen con drogas; si el hombre de atrás ostenta tal poder en la organización criminal el cual incide de manera automática en sus súbditos, imaginemos la magnitud en la que influye este poder en los menores de edad, más aún si en muchos de los casos el hombre de atrás constituyen los propios padres de los adolescentes quienes deben obediencia a sus progenitores, aspectos por los cuales se torna complejo no solo detener a los autores mediatos, sino aún más atrapar a los líderes del crimen organizado quienes ostentan el verdadero poder en la organización.

2.2 El desinterés del Estado frente al interés superior del niño

Históricamente la humanidad ha protegido a los niños incluso por encima de las mujeres y adultos mayores y esta protección lógicamente obedece a la vulnerabilidad de este grupo de personas, pero además, porque se cree que son ellos el futuro de la humanidad, estas acepciones ha permitido que la protección a niños, niñas y adolescentes se desarrolle y se la recoja en las diferentes constituciones, instrumentos de derechos humanos y demás normativa, siendo motivo de importantes estudios y debates, por la constante evolución de estos derechos, por las nuevas realidades sociales que les ha tocado vivir, por la atención y protección que se les debe brindar; razones por las que, la comunidad internacional pone sus ojos en el cuidado que los Estados y la sociedad debe

a los niños, niñas y adolescentes.

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 44, sobre la atención prioritaria a niños, niñas y adolescentes señala:

“Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales” (CRE, 2008, Art. 44).

Proclama que ha sido recogida en Instrumentos Internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño en cuyo principio N° 2 señala:

"El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño" (DDÑ, 1959, P2).

Bajo esta premisa, para Aguilar Cavallo con cita en Zermatten, señala que “los derechos del niño han conducido al niño a una nueva posición consistente en existir como grupo social claramente delimitado entre la edad de 0 y 18 años, aun cuando esta parte de la vida sea dividida en pequeña infancia, infancia, adolescencia y juventud” (2009, pág. 7).

De su lado la Convención Sobre los Derechos del Niño, sobre las medidas respecto del niño la cuales deben estar basadas en la consideración de su interés superior, en su Art. 3 señala:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.” (CSDÑ, 1989, Art. 3).

Aguilar Cavallo, determina cuál es el sujeto y objeto de la Convención sobre los Derechos del Niño, así nos dice:

“El sujeto de la Convención sobre los Derechos del Niño es precisamente el niño. El objeto de la Convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable” (2009, pág.8).

Los Estados suscriptores de estos convenios deben adecuar a su normativa estas proclamas, por ello el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art.11 al respecto expresa:

“Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla” (CNA, 2003, Art. 11).

Acertadamente se dijo en el Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, de 30 de septiembre de 1990, que *"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana"* (PACMI, 1990).

Vemos al igual que en otros derechos, como es de extenso el desarrollo normativo respecto del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, cabe ahora analizar que no sea letra muerta, retórica fría, sino que, en efecto los Estados atiendan prioritariamente a los niños, garanticen el goce de sus derechos y afiancen un desarrollo adecuado e íntegro.

La realidad no has demostrado que el Estado ecuatoriano no se ha destacado precisamente por proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, hemos sido

testigos de cómo se ha conculcado derechos básicos como la educación, alimentación, salud, etcétera, aún en pleno Siglo XXI no se ha logrado erradicar la explotación infantil, las políticas estatales dirigidas a este fin han resultado ineficaces.

Este quemimportismo estatal se agudiza más cuando de adolescentes utilizados para traficar con drogas se trata. Como lo hemos dicho las agencias policiales (Estado) se conforman con incautar las sustancias ilícitas incluso independientemente de las cantidades, pero poco o nada les importa lo que ocurre con el menor de edad que tenía o poseía estas drogas, no se analiza el contexto del porqué de sus conductas, no se analiza siquiera que son víctimas, instrumentos del crimen organizado.

Al Estado debe preocuparle porqué menores de edad están traficando drogas en las calles, porqué razón se utiliza cada vez más a menores de edad para cometer delitos, 396 adolescentes según cifras de la DINAPEN fueron aislados por la comisión de delitos desde enero del 2022 hasta agosto del 2023 y la cifra sigue en aumento; el Estado debe preguntarse e indagar cuáles son las causas para que estos menores de edad cometan delitos, qué está ocurriendo en sus hogares, cuáles son las consecuencias, atacar a la génesis del problema.

Pero el Estado ecuatoriano en su desenfrenada guerra contra el narcotráfico y el crimen organizado, se obnubila respecto de los menores que están siendo utilizados por estas estructuras criminales para el microtráfico de drogas.

Aterricemos estas ideas, un adolescente que en su mochila porte drogas y esté traficando con ellas en las calles, es evidente que no está asistiendo a clases; luego también es evidente que ese adolescente conoce que lo ésta haciendo es ilegal, pero también conoce aleccionado por sus padres que pese a dicha ilicitud no irá a la cárcel por su minoría de edad.

Ahora este adolescente está siendo parte de una organización criminal, no solo de aquella que se forma en el interior de su familia sino indirectamente del crimen organizado al que dentro del último eslabón pertenece el microtráfico, esto en el caso que

los padres son los que instrumentalizan a sus hijos, qué ocurre cuando es el propio crimen organizado quien recluta a menores de edad para delinquir.

Evidentemente estos adolescentes que son instrumentalizados, son víctimas de violencia física y psicológica en sus hogares, son obligados a traficar con drogas y al Estado lo que ocurre con estos adolescentes poco o nada le importa; en el procedimiento los agentes antinarcóticos incautan la droga como trofeo, aíslan a los adolescentes los ponen a órdenes de las autoridades competentes, serán sometidos a un régimen de medidas socio educativas y de esta forma pasarán a ser una estadística más, no hay un seguimiento posterior para verificar si las medidas socio educativas funcionaron, para saber si fueron efectivas para no volver a ser instrumentalizados; nada se investiga respecto de sus padres, el Estado debería privarles de la patria potestad cuando se conozca que los padres instigaron a sus hijos a cometer estos delitos; el gobierno debería crear centros de acogida para atender prioritariamente a estos adolescentes y garantizar su desarrollo integral.

Sería inaudito pensar que un niño por su cuenta decida acercarse hasta un vendedor de drogas, comprar drogas y luego iniciar su propio negocio a cuenta propia, la actualidad nos dice que el crimen organizado ha conquistado territorios en los que además recluta a los menores de edad para que formen parte de sus filas. Esmeraldas es un claro ejemplo, provincia gobernada por el crimen organizado, donde las mafias conquistan a estos menores de edad víctimas de la pobreza, vulnerables per se, a quienes el Estado los ha abandonado completamente, hasta ellos llegan las mafias criminales, como anzuelos les dan lo que el Estado no les ha dado, les celebran cumpleaños, les regalan juguetes y así terminan siendo reclutados por el crimen organizado.

En estos territorios en el que ven como líder a seguir al jefe de la banda criminal, ocurre el fenómeno estudiado por la criminología denominada como subculturas expresivas en las que el delito no es un medio para alcanzar los objetivos socialmente establecidos, se delinque por odio, por placer o por tener status; así la doctrina criminológica señala:

“La teoría de las subculturas se fundamenta, principalmente, en dos tradiciones criminológicas: en la teoría de la asociación diferencial y en la teoría de la anomia. De la teoría de la asociación diferencial toma la idea que la delincuencia surge como consecuencia de un proceso de influencia cultural sobre la persona —la justificación del acto delictivo por parte del grupo—. La teoría de la anomia es la base principal para entender que las subculturas se originen principalmente entre jóvenes de clase obrera, viéndose la creación de la subcultura como una respuesta ante los problemas de frustración que puede experimentar el joven de esta clase social en una cultura que enfatiza el valor del éxito monetario” (Cid, J., Larrauri, E., 2001, pág. 152).

Precisamente en estos sitios en los que el Estado ha perdido el control, los adolescentes son fácilmente reclutados por el crimen organizado, adolescentes que no han tenido una sola oportunidad en la vida, que ven en la persona del jefe de la mafia el ejemplo a seguir, que buscan conseguir status dentro del grupo social, que incluso terminan delinquiendo ni siquiera por conseguir poder económico, sino por odio o placer, son claros ejemplos de que a este grupo de atención prioritaria se le han vulnerado sus derechos, el Estado los dejó al abandono de las estructuras criminales.

Son aquellos barrios marginales en los que el crimen organizado se ha instaurado con su control totalitario, son sitios vulnerables porque el Estado no se ocupa de ellos y es de aquí donde surge esta delincuencia juvenil, para Cohen *“Los jóvenes marginales de clases populares son los enemigos más perdurables y convenientes. Pero los papeles que fueron desempeñando en estas décadas (vándalos en el fútbol u otros ámbitos, vagabundos, ladrones de coches y de teléfonos móviles) no estaban representados por estilos subculturales definidos. La fragmentación es tan grande que no se pueden identificar subculturas dominantes”* (2017, pág. 10).

Siendo precisamente estos jóvenes a quienes la sociedad etiqueta porque son desviados, son los enemigos por antonomasia, en palabras del mismo autor Cohen *“...en la galería de tipos sociales que la sociedad construye para mostrarles a sus miembros qué modelos deben evitarse y cuáles emular, se ha reservado para dichos grupos un lugar fijo como demonios populares: recordatorios visibles de lo que no debemos ser. Las*

identidades de esos tipos sociales son propiedad pública y en el caso de estos grupos de adolescentes en particular, se convierten en símbolos (por lo que fueron y por el modo en que se reaccionó ante ellos) de gran parte de los cambios sociales..." (2017, pág. 51).

De ahí que es evidente la vulneración de los derechos fundamentales de este grupo de atención prioritaria por parte del Estado.

2.3. Impunidad del instrumentalizador

En aquellos casos en los que los adolescentes son encontrados y aislados en posesión de drogas, generalmente sus instrumentalizadores vienen a ser sus padres por excelencia y es que no hay mejor instigador para un menor que su propio padre a quien el menor debe respeto, como lo dice Roxin, uno de los principales casos de autoría mediata son aquellos en los que se utiliza como ejecutor a un inimputable o menor (2015, pág. 259).

Si decimos que en el crimen organizado el ejecutor ni siquiera actúa motivado por coacción, basta el temor que el instrumento tiene respecto del hombre de atrás, cuando los menores son instrumentalizados por sus padres para cometer delitos con drogas, influyen este miedo en sus hijos, es natural el miedo que los hijos sienten de sus progenitores y es precisamente este el factor principal para que los adolescentes trafiquen con drogas.

Para Mir Puig, *"la utilización de un inimputable puede basarse en la previa provocación intencional de la inimputabilidad por parte de la persona de atrás o suponer simplemente un aprovechamiento de la inimputabilidad ya existente en el instrumento. (...) ejemplo de aprovechamiento: utilizar a un niño de corta edad para cometer un incendio. El caso típico de instrumento que obra por miedo insuperable es el de quien le causa el miedo para que delinca"* (2012, pág. 378).

En el caso de adolescentes en posesión de drogas es evidente que los padres

(especialmente) se aprovecharon de su inimputabilidad dada por su minoría de edad, pero también podemos decir que instrumentalizan a los menores por el miedo reverente hacia sus padres.

Ahora, el problema surge en la imposibilidad de juzgar a los instrumentalizadores, si aquello de por si es complejo cuando se trata de padres utilizando a sus hijos, el grado de dificultad se incrementa si se quiere procesar a los líderes de la organización criminal, en este último caso es casi inexistente el juzgamiento por el uso de menores de edad en el tráfico de drogas.

Esta dificultad para procesar a los instrumentalizadores surge ante la falta de técnicas de investigación por parte de las agencias policiales, quienes como lo hemos venido sosteniendo se conforman con la llamada anónima sobre la posible venta de droga y la incautación de la misma, pero el problema esta atrás, no radica en el hecho de hallar droga en la mochila de un adolescente, el problema social está en la instrumentalización que de esos adolescentes hacen tanto las mafias criminales, como los propios padres de estos adolescentes que vienen a conformar el último eslabón de la estructura criminal, ni siquiera son de interés para la propia estructura criminal.

Ya en la práctica el problema se agudiza porque estos adolescentes no solo que son utilizados por el crimen organizado, son utilizados con fines procesales por sus padres, resulta lógico que un hijo mienta en favor de su padre para que éste no vaya preso, y en el juicio comparece los menores luego de cumplir con las medidas socio educativas que les impusieron y en su testimonio declaran que sus padres no conocían de lo que ellos deliberadamente decidieron hacer al traficar con drogas, procurando así la impunidad de sus padres frente a este tipo de delitos.

En este sentido precisa capacitar a las agencias policiales a fin de que se pueda recabar prueba de gran peso probatorio para poder condenar a los instrumentalizadores y no conformarnos únicamente con el hallazgo de la droga y la declaración del menor utilizado; el uso correcto de la tecnología actual, la utilización de la inteligencia artificial, así como el uso de instituciones jurídicas incorporadas para combatir el crimen

organizado deben ser efectivas. Y esta eficiencia investigativa debe ir de la mano del ámbito social, el Estado debe preocuparse de que estos adolescentes estén estudiando y no delinquiendo, así como garantizar la gama de derechos fundamentales que les asiste, incluso llegar a privar de la patria potestad a los instrumentalizadores para romper así el círculo.

El momento en que el Estado empiece a rescatar a estos adolescentes de los tentáculos del crimen organizado, no solo que estará debilitando su estructura porque arrancará de su seno a sus eyectores, sino que también estará protegiendo y garantizando los derechos de estos adolescentes, claro está para ello hace falta una verdadera política criminal dirigida a combatir el macro tráfico de drogas y no estancarse en el combate al micro tráfico que es el caldo de cultivo donde pululan estos adolescentes, hace falta una verdadera voluntad política para cambiar el paradigma.

La estrategia en la lucha contra el tráfico de drogas y el crimen organizado debe cambiar radicalmente, se debe superar el conformismo de incautar toneladas de drogas como panacea y empezar a atacar al bolsillo de la delincuencia organizada, al destruir el emporio económico del crimen organizado esta guerra será efectiva, pero y fundamentalmente no se debe invisibilizar en esta lucha a los adolescentes a las mulas del tráfico de drogas, quienes terminan siendo víctimas de la estructura criminal y en especial en el caso de adolescentes víctimas de la mentalidad criminal de sus padres, quienes gozarán de impunidad por la ineficacia policial y continuarán instrumentalizando a sus hijos para traficar con drogas.

Esta ineficacia investigativa por parte de las agencias policiales que impide judicializar a los instrumentalizadores en el tráfico de drogas, solo es el reflejo del desinterés del Estado frente a los adolescentes que son utilizados para cometer estos delitos, para este Estado quemimportista y sus agencias investigativas estos adolescentes solo son potenciales criminales de quienes esperan cumplan su mayoría de edad para aplicar la maximización del derecho penal, sin advertir o al menos sin importarles el hecho de que a estos adolescentes les están vulnerando sus derechos, condenándolos a vivir en el lado sombrío de la sociedad, cortándoles toda posibilidad de tener oportunidades en la vida.

Capítulo III: Análisis del caso N° 17283-2019-00453

3.1 Antecedentes

¿Por qué nació el interés de realizar la presente investigación? iniciaré formulando esta pregunta y responderé que el interés surgió de la práctica diaria, a mi conocimiento como juez de un Tribunal de Garantías Penales, además como juez ponente, llegó una causa en la que, la madre instrumentaliza a su hija de 14 años de edad para que trafique con drogas.

Al principio, creí que se trataba de un caso más que robustece las estadísticas del sistema judicial sin ver más allá del verdadero drama social, discurrí que se trataba del típico caso en el que el padre utiliza a su hija para llevar drogar, para hacer entregas y así evitar la cárcel, finalmente el caso se reduciría a realizar la audiencia de juicio, recibir la prueba, valorarla y tomar una decisión.

Decisión que primera instancia y convencidos de la autoría mediata de la madre, decidimos condenar, al recurrir del fallo la defensa, en segunda instancia el superior revocar el fallo, ahí empezaron a surgir mis inquietudes en torno a este caso, como la culpabilidad de una persona que utilizaba a su hija para delinquir, finalmente fue revocada por una instancia superior que consideró que esta persona era inocente, cómo frente a un mismo hecho puede haber visiones distintas.

Pese a ello, el caso seguía siendo una estadística más, sin mayor relevancia que el fallo disidente del órgano superior.

Cuando empiezo a realizar la presente investigación cumpliendo con las exigencias de la Universidad y comienzo a desmenuzar inductivamente el presente caso, comienzo a darme cuenta que no se trataba de una simple utilización de menores de edad para traficar con drogas, empiezo a advertir que detrás existe una estructura criminal, evidenció el desinterés del Estado frente a los derechos de estas personas vulnerables, y ahondo aún

más por cuanto esta investigación tiene su curso en el contexto de plena guerra estatal contra el crimen organizado, el descontrol de las cárceles, el incremento del tráfico de drogas, fronteras permeables, territorios controlados por la delincuencia organizada y frente a toda esta problemática, el reclutamiento de adolescentes para que formen parte del último eslabón del crimen organizado, todo esto frente a la impavidez del Estado y su inacción en procura de tutelar los derechos de estos menores de edad.

Ya no era un caso más, ya no se trataba solo de la discrepancia con el fallo del superior (que además merece un análisis especial), se trataba de una verdadera problemática social y empecé a desnudar la insensibilidad incluso de los operadores de justicia frente a hechos como la instrumentalización de adolescentes en el tráfico de drogas, esa misma insensibilidad Estatal de la que he venido hablando a lo largo de esta investigación.

A partir de estas premisas, empecemos a analizar los antecedentes del caso N° 17283-2019-00453, el Estado versus V.P.

El caso surge cuando la señora V.P., el día 12 de marzo del 2019, a las 15h45, fue detenida por estar intermediando sustancias sujetas a fiscalización, de la información reservada se conoció que la ciudadana en mención, intermediaba estas sustancias valiéndose de menores de edad, es así que, agentes antinarcóticos ubican a la ciudadana V. P., en el sector de La Argelia, en la parada de buses, hasta ella se acerca una menor de edad identificada con las iniciales K.A., a quien al momento de realizarle un registro a la menor se encontraron sustancias sujetas a fiscalización en el interior de una mochila que portaba, en total 4.315 gramos peso bruto y peso neto 4035 gramos de marihuana; por lo que la señora V.P. adecuó su conducta al delito previsto en el Art. 220, numeral 1, letra c) del COIP, esto es tráfico de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización en alta escala, en calidad de autora directa, infracción que la realizó valiéndose de menores de edad, es decir, concurre la agravante prevista en el Art. 47.10 del COIP (Sentencia, 2022).

La teoría jurídica de fiscalía frente al hecho fáctico, fue la prevista en el literal c) del numeral 1 del Art. 220 del COIP, que establece:

“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:
(...)*

c) Alta escala, de cinco a siete años (...)” (COIP, 2019, Art. 220).

Vemos como esta conducta típica prevé múltiples verbos rectores por los cuales constituye tráfico de drogas; la oferta, el almacenamiento, la intermediación, la distribución, la compra, vender, enviar, transportar, importar, exportar, tener poseer sin autorización sustancias ilícitas; en el caso materia de análisis fiscalía señaló que la señora V.P. estaba intermediando sustancias sujetas a fiscalización, para lo cual se estaba valiendo de menores de edad, por ello además acusó la circunstancias no constitutiva ni modificatoria de la infracción prevista en el Art. 47 numeral 10 del COIP, que determina:

“Art. 47.- Circunstancias agravantes de la infracción.- Son circunstancias agravantes de la infracción penal:(...)

10. Valerse de niños, niñas, adolescentes, adultas o adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad para cometer la infracción (...)” (COIP, 2019, Art. 47).

Durante la audiencia de juicio, se recibieron entre otros los testimonios de los policías de antinarcóticos que realizaron la detención de la señora V.P., cuyas declaraciones fueron fundamentales no solo para conocer la génesis del caso, sino para establecer la participación y responsabilidad de la procesada en el mismo, así el policía Franklin Mauricio Amaguaya Suárez, señaló en lo principal:

*“...el 12 de marzo del 2019, mediante información reservada, se conoció que en La Argelia, existía una persona de sexo femenino, **cuyo modus operandi era utilizar a sus hijas menores de edad para transporte y entrega de sustancias ilícitas**, por ello se trasladaron hasta este sector y se observó a una persona de contextura gruesa de tez trigueña, con varios tintes en su cabello de colores, en ese momento más o menos a las 15h20, se acercó una señora de contextura gruesa, tez trigueña (...) a la parada de los buses, miraba a diferentes direcciones, toma su teléfono, revisaba su teléfono, posterior llegó una persona que se notaba era menor de edad, en donde toman contacto las dos y en ese momento son identificados por agentes de antinarcóticos y le pidieron hacer un registro corporal de la menor de edad, quien tenía una maleta (...) en la que se encontraban sustancias, a la señora se le encontró un celular y dinero (...)” (Sentencia, 2022) (Énfasis fuera del texto).*

Es importante destacar para fines no solo de la presente investigación sino de la resolución del caso en sí, que la información reservada que manejaban los agentes de antinarcóticos, era que una señora utilizaba a sus hijas para traficar con drogas, es decir las instrumentalizaba para cometer este delito.

Otro de los agentes de antinarcóticos que dio cuenta de la detención de la señora V.P., fue el Cbos. de Policía, Michael Stalin Zapata Angos, quien refirió hechos similares a los proporcionados por el policía Franklin Amaguaya Sánchez, resaltando que, la información que tenían de la señora V.P., es que ella usaba a sus hijas menores de edad para traficar con drogas; que V.P. llegó a la parada de buses y observaron que trascurrieron más de veinte minutos y no tomó ningún bus que pasó; posterior llegó la menor con quien la señora V.P. tomó contacto, luego esta menor se retiró y luego regresó y tomó contacto otra vez con la señora V.P., que la señora V.P. le daba órdenes a la menor, que se espere, que no se acerque, por eso se separaba y se acercaba, que en poder de la señora V.P., se encontró celulares y dinero; sobre la droga la menor de edad indicó que ella no sabía lo que había en el interior de la mochila, pero que la mochila si era de ella.

Partiendo de estas testificales, es claro que este tipo de hallazgos de drogas por parte de las agencias de antinarcóticos ocurre por información reservada de fuentes anónimas que manejan las agencias, información que puede surgir de las llamadas anónimas 1800

delitos (sistema creado principalmente para combatir el tráfico de drogas) o por la compra de información a los informantes con los que cuenta las agencias investigativas.

Ahora resulta curioso que en la información que en este caso puntual manejaron los agentes de policía, da cuenta de una señora que ya sabemos que es V.P., que vive en determinado sitio, utilizaba a sus hijas menores de edad para entregar drogas, es decir, los jueces en este ejercicio de valoración racional de la prueba, examinado estos testimonios en conjunto con las demás prueba, debe inferir: (i) en primer lugar que esta información surgió de vecinos del sector que se percataron que V.P. utilizaba a sus hijas para cometer este delito; (ii) en segundo lugar, inferir que no era la primera vez, por ello la información resultó veraz; (iii) en tercer lugar, la señora V.P., utilizaba a sus hijas aprovechándose de la corta de edad de sus hijas, es decir las instrumentalizaba a sabiendas de su inimputabilidad; (iv) además se debe inferir que V.P. se aseguraba que su hija entregue la droga y que la policía no la detenga, por eso la vigilaba cerca del sitio donde debía entregar la droga.

A esto se debe sumar algunos factores que advirtieron a los policías que en efecto se iba a realizar una entrega de drogas, utilizando para ello a una menor de edad: (i) el hecho de que V.P. se encontraba en la parada de buses, que esperó por más de veinte minutos y no tomó ningún bus, hecho que sumado a la información que se manejaba, incrementaba las probabilidades de en efecto estar frente a tráfico de drogas; (ii) las dos ocasiones que V.P. tomó contacto con su hija, las órdenes que mediante señas le daba a la menor para que esperara, para que no se acerque; (iii) luego no existió ninguna otra razón justificada del porque madre e hija estén en el lugar por más de veinte minutos, que no sea la entrega de drogas; (iv) a esto se debe sumar finalmente que en uno de los celulares que se encontró en poder de la señora V.P., como lo veremos más adelante había mensajes de texto que precisamente daban cuenta de la entrega de drogas que debía hacerse en ese día.

Es necesario realizar una primera crítica al procedimiento de los agentes de antinarcóticos, como se ha venido diciendo, esta falta de eficiencia en la investigación y el conformismo de incautar la droga, ha permitido que los autores mediatos de este tipo de delitos queden impunes. Aterricemos esta premisa al caso en análisis; si los policías

antidrogas conocía por fuente reservada que en determinado lugar se iba hacer la entrega de drogas, para lo cual una señora utilizaba a sus hijas menores de edad, si de primera mano conocían estos los policías antidrogas, pudieron haber esperado hasta que la menor entrega la droga y en ese momento detener, a la madre, al que recibe la droga y aislar a la menor, el testimonio de la persona que recibe la droga resultaba fundamental para contar con prueba directa de la participación de V.P., en este caso, luego en el caso de detener a la persona que recibe la droga, esta colaboración le hubiere representado un beneficio punitivo. En este caso no hubo esa actuación acuciosa de los agentes de policías al tiempo de tomar el procedimiento antinarcoóticos.

Luego, durante el juicio, se contó con prueba pericial la cual dio cuenta de: (i) la existencia de la evidencia en este caso ocho (8) bloques compactos conteniendo marihuana; (ii) prueba científica de que la sustancia encontrada corresponde a marihuana; (iii) el peso neto de la sustancia 4.035 gramos que supera el umbral permitido por la ley; (iv) la existencia de otras evidencias como la mochila, dos celulares marca Samsung, doce (12) billetes de veinte dólares y dos (2) billetes de diez dólares; y, (v) la existencia del lugar de los hechos.

Como se había dicho, resultó fundamental la información contenida en uno de los teléfonos celulares que se encontró en poder de la señora V.P., en tal sentido fiscalía presentó el testimonio de la perito de criminalística Cbop. de Policía, Diana Gabriela Pruna Acurio, quien realizó la pericia de audio, video y afines, específicamente la extracción de la información de uno de estos celulares que se encontraba sin patrón de bloqueó, así en lo pertinente manifestó:

“... del celular Samsung, color dorado, modelo SM-J6 00G/DS, con IMEI 358463/09/284751/4; IMEI 2 358464/09/2847512; el mismo posee una tarjeta de la compañía, es azul blanco pero no está visible le logotipo de la compañía, serie 8959300450511767223; una tarjeta de memoria externa, marca SONY, con capacidad de almacenamiento de 4GB, este dispositivo no está bloqueado, se extrajo la totalidad de la información (...) de la información que extrajo del celular que no estaba bloqueado, es decir del número celular 0980085003, existe un mensaje saliente con fecha 11-03-2019, a las 19:03:55 que se lee “vera yo vivo en la Argelia, dígame a qué hora viene”; del celular 0980085003, como mensaje entrante del número 593995897709, de fecha 11-03-19, a las 19:02:07, se lee el mensaje

*“confirme”; a las 19:02:05, se lee el mensaje entrante “confirme para donde voy, voy a viajar a la Latacunga”; de los mismo números a las 19:01:51, le dice **“señora buenas noches, de parte de Carlos, a ver si me vende una”, al final hay una letra que puede ser una “I” mayúscula o una “L”, es un mensaje entrante;** del mensaje saliente del número 09985581132, de fecha 11:03:19, con mensaje enviado saliente a las 15:39:31, se lee “oye, dile que no me contesta y que le de mi número y que me llamen por fa”; del mismo número a las 14:47, un mensaje saliente que dice “oye Diego, ya está enviado” (...) que para el 12 de marzo del 2019, existen dos mensajes entrantes de la compañía Tuenti (...)” (Sentencia, 2022), (énfasis fuera del texto).*

Este es otro elemento probatorio que abona a la participación de la señora V.P. en este caso, el día anterior a la detención V.P., el 11 de marzo del 2019, a las 19:01:51, al celular que se encontró en poder de V.P., llegó una mensaje de texto en el que le piden que le vendan una L, que en el argot delincencial entendemos, que lo que está pidiendo es que le venda una libra, que de acuerdo con la droga encontrada en la mochila que tenía la menor de edad, cerca de medio kilo de marihuana, entendemos que en el mensaje le estaba pidiendo que le venda una libra de marihuana.

Queda claro entonces, que cuando en el mensaje se refiere a “señora buenas noches”, se entiende que se trata de una persona mayor de edad, el remitente del mensaje estaba interactuando con una persona mayor de edad, este dato fundamental porque fue una de las pruebas que desatendió el superior para ratificar la inocencia de V.P. y reiteramos el remitente estaba masajeándose con una mujer adulta, una señora que en este caso era V.P. la madre de la menor de edad, en el mensaje no se refiere a una adolescente o a una señorita.

Otro factor relevante es que la persona que pretendía comprar una libra de marihuana era conocida de V.P., así se identifica en el mensaje que le escribe “de parte de Carlos”, es decir, había seguridad sobre la compra venta de la droga.

Ahora la crítica, en este caso apunta a la fiscalía, agencia investigativa, pese a que tenía información de los números de donde provenían los mensajes, nunca se investigó a que abonados pertenecían estos números, desde que antena radio base estaban reportando

señal; de igual forma, no se investigó desde qué antenas de recepción de señal estaba anclado los celulares que se encontró en poder de la procesada, no se investigó sobre sus abonados, inferimos que estos celulares los usaba la procesada V.P. no sólo por el hecho de que le fueron encontrados en su poder, sino por la información contenida en uno de ellos, que sumados al procedimiento de la detención de V.P. madre de la menor instrumentalizada, daban cuenta de una entrega de drogas; reiterando así en la ineficiente investigación que a lo único que ha llevado es la incautación de casi una libra de marihuana, cuando se tenía información que podía haber permitido la detención de más personas involucradas en esta red de tráfico de drogas.

Como prueba documental de rutina, fiscalía presentó el acta de destrucción de droga que hasta resulta redundante; la certificación de que la procesada V.P. no tenía autorización para poseer o tener drogas, que se sobreentiende pues de tenerla no traficaría con drogas utilizando para ello a su hija y finalmente los datos de filiación de la procesada.

Frente a esta prueba de cargo, la defensa, en su afán de probar su tesis de naturaleza exculpatoria, orientada al desconocimiento de la procesada V.P. respecto del contenido de la mochila que portaba su hija menor de edad, presentó principalmente el testimonio de la menor K.A., hija de la procesada V.P., testimonio sin juramento por ser inimputable y además de tratarse de la hija de la procesada quien a la época del juicio de su madre ya había cumplido el internamiento que el juez de adolescentes infractores le impuso, es decir nada le impedía mentir en favor de su madre, más, vemos como esta adolescente ahora es instrumentalizada con fines procesales, quien en lo principal señaló:

“... El 12 de marzo del 2019, me detuvieron por droga, tenía que irle a dejar a mi hermana J.M., en la escuela, me fui a dejarle, entraba a la una y diez, quede con mi mami para irnos a Chillogallo, luego de dejarle a mi hermana, estaba yendo a mi casa, cuando para ir a coger el taxi para ir a la casa, me encontré con un amigo Michael, a él le conocí en un baile, estábamos conversando, nos vemos a los dos meses, me preguntó qué estaba haciendo, le dije que venía dejándole a mi hermana, me dijo que si le puedo hacer un favor, que le dé dejando una maleta, me dio la maleta y me dijo que le vaya a dar dejando en la parada de buses de La Argelia, en la última parada de la Argelia, era una mochila, le dije que bueno, me voy a dejarle, ahí le llamé a mi mami que me espere arriba en la Argelia Alta, mi mami no sabía que mi amigo me entregó esa mochila, mi mami había subido, le dije a mi amigo a

quien le debo entregar, me dijo a un señor que iba a estar ahí, me dijo que me iba a estar escribiendo, mi mami me estaba esperando en una esquina, le dije que me espere un rato, luego llegaron los señores y me dijeron que tenía en la mochila, mi mamá no sabía lo que había en la mochila; casi me pega cuando me encontraron eso, una vez que me detuvieron me sentenciaron por esta droga. (...) mi amigo se llama Michael, sólo sé que se llama así, le conocí en un baile, no se el número de teléfono de él (...) si me iban a pagar por entregar esta maleta cien dólares, la maleta estaba pesada, si sabía que tenía droga esa maleta, solo me dijo que tenía droga, eso me dijo Michael (...) Michael me dijo que me iba a pagar los cien dólares, me dijo que es rápido, que entregue y que baje otra vez a la parada de taxis, yo iba a dejar la maleta, si dejaba la maleta me iba con mi mami después; Michael dijo que el señor se me iba acercar porque él ya le iba a dar mis características, yo llegaba y el señor se me acercaba” (Sentencia, 2022).

Analicemos el testimonio de la adolescente K.A. Primero diremos que la menor en su testimonio dice que conocía el contenido de la mochila porque Michael su amigo al que conoció en un baile, le dijo que contenía droga; cuando el 12 de marzo del 2012, al momento de la detención de la procesada V.P., la adolescente le dijo al policía Zapata, que ella no sabía lo que había en la mochila.

Después dice la adolescente que Michael, le iba a escribir para decirle quien sería la persona a quien debía entregar la droga; pero la adolescente ni siquiera sabía el número celular de Michael. Avancemos en las contradicciones de este testimonio, continúa la adolescente y dice que Michael le entregaría los cien dólares cuando entregue la droga y regrese a donde estaba él, aquí resulta poco creíble que si conocías que la entrega se trataba de droga, esperar a que entregues para recibir el pago, que tal que se entrega la droga y la persona que iba a cancelar por la droga desaparecía, tener la droga tampoco era garantía del pago porque la droga tenía un destino final, más allá de que hablamos de una adolescente de 14 años, resulta poco lógico el trato que le propusieron; pero sobre aquello la adolescente dice que le llamó a la mamá para que le espere en La Argelia y luego de la entrega iban hacer compras, pero olvida la adolescente que luego de la entrega debía regresar por el pago, es decir la adolescente iba a regresar con su mamá donde Michael para recibir el pago, lo cual no podía ocurrir por a decir de la adolescente su mamá no sabía lo que estaba haciendo; luego creer que en efecto debía regresar la adolescente por su pago, significa que la madre de la adolescente iba a esperar en la parada de buses por un buen tiempo y eso no fue que le indicó la adolescente cuando le llamó.

Al final la adolescente indica que sobre la persona que iba a recibir la droga, se le acercaría porque Michael le iba a dar las características de ella, contrario a lo que inicialmente indicó que Michael le iba a estar escribiendo para darle instrucción sobre la persona a quién debía entregar la droga; nótese también que la adolescente afirma que por esa droga ya fue sentenciada, como enviando un mensaje de que ya no hay nada que hacer, porque ya pagó la culpa, estos son efectos de la instrumentalización procesal de padres hacia sus hijos en este tipo de delitos.

Más este testimonio no se respalda en ningún otro tipo de prueba que lo torne creíble, por el contrario, ha sido contradicho con la prueba de cargo presentada por fiscalía.

Por último, la defensa presentó el testimonio sin juramento de la procesada V.P., quien en lo pertinente expresó:

“... El día 12 de marzo del 2019, le mandó a su hija a la escuela, luego su hija K. le llamó y le digo que le espere arriba en la casa en la Argelia, en la parada de buses, luego le digo que mejor le espere en la parada de buses y ahí le espero para ir a Chillogallo hacer compras, mientras le esperaba no pasó mucho tiempo y les detuvieron los policías quienes estaban de civiles, cuando le detuvieron a ella no le entregaron nada, a su hija le encontraron una mochila que no era de su hija, en la mochila encontraron unos paquetes cafés, que no sabía lo que había en la mochila, quiso pegarle a su hija, le preguntó quién le dio esa mochila, desconocía que su hija, tenía esa mochila, luego les llevaron a Fiscalía, luego sacaron esos paquetes de la mochila (...) que a ella le encontraron su celular” (Sentencia, 2022).

Declaración en la que la procesada V.P. desplaza la responsabilidad penal a su hija, y se limita a aceptar que ella lo único que le encontraron fue su celular, dato importante que fue obviado por el superior al momento de aceptar el recurso de apelación propuesto por la procesada.

3.2 Fallo de primer nivel

Sobre la base de estos hechos y la prueba que fuera desahogada en el juicio, veamos a

continuación que resolvió el Tribunal de Garantías Penales con sede en Quitumbe, qué valor probatorio le otorgó a esta prueba, cuál fue la manera racional de valor esta prueba, cuáles fueron las razones para llegar a la decisión que finalmente adoptó.

El Tribunal realiza una valoración de la prueba en conjunto y advierte que existe prueba corroborativa que abonan y dotan de credibilidad a los dichos de los policías que hicieron la detención de la procesada V.P., luego hace el siguiente ejercicio de razonamiento probatorio que le permitió llegar a la decisión final:

*“El Tribunal considera que en efecto la procesada V.P., en las circunstancias de tiempo y lugar que han sido anotadas realizó la intermediación de sustancias estupefacientes, específicamente marihuana y para ello concluimos: (i) La droga en este caso no se encontró de forma casual, los policías de antinarcóticos ya manejaban previamente a la detención, información reservada de que la procesada, vendía drogas y que para eso utilizaba a sus hijas; (ii) Con el dominio de esta información, los policías de antinarcóticos se dirigen hasta este lugar (la parada de buses de La Argelia) y observan por cerca de 25 minutos, que la procesada espera en la parada de buses, no toma ningún bus, su actitud resultaba sospechosa, ante la información de que esta persona vendía drogas, los policías de antinarcóticos, empezaron a analizar el comportamiento inusual de esta persona; la procesada miraba a todas partes, miraba su celular, la presencia de la procesada en dicho lugar, su espera, obedecía a que esperaba a su hija, quien realizaba la entrega de esta droga; (iii) luego la procesada en dos ocasiones toma contacto con su hija, este hecho reitera que la procesada esperaba que su hija entregue la droga previamente vendida; (iv) todas estas sospechas de la policía de antinarcóticas, empiezan a ser hechos reales, concretos y no sólo presunciones, cuando al ser interceptadas estas personas, en la mochila de la adolescente encuentra la marihuana; (v) Para el Tribunal toda esta prueba permite colegir que en efecto la procesada V.P., realizaba la intermediación de drogas, pero además, esto se ratifica con la pericia del celular de la procesada, y debemos concluir que se trata del celular de ella, por cuanto fue encontrado en su poder y luego en los mensajes que habían en el mismo, se refieren a “señora”, no se refieren a la adolescente K., más en uno de estos mensajes, le piden a la procesada que le vendan una libra, que es el argot que utilizan para la comercialización de drogas, no podemos esperar que en el mensaje expresamente le pida que le venda una libra de marihuana, es lógico que utilicen claves por lo ilegal de la actividad; (vi) este hecho del mensaje de texto, ratifica que en efecto la procesada vendía marihuana y para esto utilizaba a su hija, quien se identificó como tal y además digo llamarse K.A., de 16 años de edad; (vii) **luego es claro que la procesada utilizó a su hija para la intermediación, por cuanto es evidente que al encontrarle la droga a la adolescente, primero ésta sería sometida a un régimen socio educativo como así ocurrió y luego, la procesada buscaba***

con esto que el hecho quede en la impunidad, es decir la procesada actuaba sobre seguro, confiada que ella no respondería por este ilícito; contrario sensu, resulta intolerable que la procesada quien debe proteger a su hija, la use para cometer este delito, exponiéndola a los riesgos propios de este tipo de actividades ilícitas, pero además atentando contra sus derechos constitucionales máxime si se trata de una persona que pertenece a un grupo de atención prioritaria; (viii) finalmente, no es necesario como lo sostiene la defensa, que era necesario contar con los testimonios de quienes adquirirían esta droga, este argumento es propia del sistema de prueba tasada que está proscrito, la ley no describe taxativamente que medios de prueba se presentarán frente a los distintos tipos penales para dar por acreditados los mismos, más aún que en este caso, existe prueba respecto de la venta de la marihuana. (ix) en suma, para el Tribunal, está probado que la procesada V.P., tenía dominio indirecto de la droga, realizaba la intermediación de la misma utilizando para ello a su hija, luego no tenía permiso para realizar esta actividad” (Sentencia, 2022) (Énfasis fuera del texto).

El Tribunal bajo este análisis, llega a la convicción más allá de toda duda razonable que la procesada V.P., intermediaba en la venta de droga y que en esta intermediación utilizaba a su hija K.A., para la entrega de la droga, las sospechas que sobre este acto ilícito manejaba la policía se convirtieron en hechos reales al encontrar precisamente a la procesada y a su hija en las circunstancias de tiempo y lugar ya indicadas, encontrar en la mochila que tenía la hija de la procesada más de cuatro mil gramos de marihuana; encontrar en el celular de la procesada un mensaje de texto de la noche anterior a la detención en el que le pedían les venda una libra de marihuana que corresponde además con la cantidad de droga hallada, el comportamiento inusual de la procesada mientras esperaba que su hija entregue la droga, todos estos son aspectos que en efecto permiten acreditar la existencia del delito como la participación de la procesada en el mismo.

La autocrítica, la ventaja de estos espacios académicos de investigación, es que precisamente nos permiten hacer un mea culpa; y, en este caso, el análisis del Tribunal respecto de la autoría mediata es lacónico, se limita a señalar que la procesada actuó aprovechándose de la minoría de edad de su hija, sabiendo que ésta en caso de ser detenida recibiría medidas socio educativas como en efecto ocurrió; y, así, respecto de la procesada el delito quedaría impune (como también ocurrió y lo veremos a continuación), pero no se profundiza en el análisis respecto de la utilización de adolescentes en el tráfico de drogas, menos como parte de este último eslabón de las estructuras criminales, para el Tribunal es un caso más de hallazgo de drogas y ha sido resuelto como tal, no deja de ser

un crudo dato estadísticos, sin reflexionar en la problemática social que este tipo de casos conllevan.

En lo que respecta a los derechos de la adolescente instrumentalizada, de igual forma lacónicamente señala el Tribunal, que se trata de un grupo de atención prioritaria y que es inaudito que la propia madre exponga a su hija a este tipo de riesgos al entregar droga, cuando le corresponde a ella por ser su progenitora cuidado y protección hacia su hija, no reflexiona el Tribunal sobre la verdadera vulneración de derechos de esta adolescente no solo de parte de su madre sino del propio Estado, reiterando en el quemeimportismo del Estado en si (incluido el sistema judicial) frente a este grupo de atención prioritaria.

Finalmente, el Tribunal adopta la decisión que aquí si debo decir fue la correcta, al declarar la culpabilidad de V.P. como autora del delito de tráfico de drogas previsto en el Art. 220 numeral 1 letra c) del COIP, imponiéndole la pena agravada de nueve años cuatro meses por cuanto se justificó la circunstancias agravante no constitutiva ni modificatoria de la infracción prevista en el Art. 47 numeral 10 del COIP, es decir valerse de adolescentes en la comisión del delito.

3.3. Fallo de segunda instancia

La procesada V.P., inconforme con la sentencia que declaró su culpabilidad y la condenó a nueve años cuatro meses de prisión, interpuso recurso de apelación a la misma, recurso que en segunda instancia fue conocido y resuelto por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la cual en resolución de fecha 16 de septiembre del 2022, a las 08h15, aceptó el recurso de apelación de V.P., revocó la sentencia que declaró su culpabilidad y ratificó inocencia, analicemos a continuación los argumentos del Tribunal de alzada para llegar a esta decisión.

Partiremos por decir que para el superior el tráfico de drogas bajo la modalidad de posesión, sólo se puede dar cuando se tenga el dominio directo de la droga, es decir, cuando en efecto se encuentre en posesión de la sustancia, por ello es fundamental en el

fallo de segunda instancia el hecho que la droga no fue encontrada en poder de V.P., que la droga se encontraba en la mochila que tenía la hija de V.P., que además no se probó que haya sido V.P., quien le entregó la mochila a su hija, en definitiva V.P. en ningún momento se encontró en posesión de la droga, así lo reitera en la resolución de segunda instancia al decir:

“... la señora no le entregó la maleta a la adolescente, la chica llegó con la maleta cargada dijo que era de ella la maleta (...) era eso, la niña manifestó que no sabía lo que había dentro de la mochila, pero dijo que era de ella, la mamá dijo que no tenía conocimiento de nada; la adolescente dijo llamarse K.A., de 16 años, digo ser hija de la procesada. Testimonios de los dos agentes aprehensores que determinan con precisión que quien cargaba la maleta en donde se encontró la droga (marihuana) era la menor de iniciales K.A.A.P., hija de la procesada, menor de edad que les dijo que la maleta era suya; los agentes aprehensores dicen en sus testimonios que la señora V.P., se encontraba en la parada de buses por unos veinte minutos aproximadamente, asumiendo ellos, que estaba en actitud sospechosa porque pasaron varios buses y ella no se retiró del lugar, pero que dicha señora mantuvo contacto (por dos ocasiones) con la menor de edad, por lo que ellos intervinieron realizando el registro a sus pertenencias, encontrando a la menor, la maleta (mochila) con droga (...)” (Sentencia 2da. Instancia , 2022).

Otros de los argumentos de peso de la Corte Provincial, es que la adolescente ya fue juzgada por este acto y que la responsabilidad penal es personal, es decir invisibiliza la utilización de menores de edad precisamente por parte de sus propios padres, así señala la Corte en su resolución:

*“... por lo que ellos intervinieron realizando el registro a sus pertenencias, encontrando a la menor, la maleta (mochila) con droga, **por cuya conducta la menor fue juzgada, recibiendo medidas socio educativas, dado que la responsabilidad es personal y no se puede atribuir responsabilidad a su madre por estar cerca de la menor al momento de realizar el hallazgo de la droga, por el solo hecho de haber estado por veinte minutos en la parada de buses** de la Argelia y momentos antes de la intervención policial, madre e hija hayan tomado contacto por dos ocasiones, sin que la policía haya observado que la procesada haya entregado la mochila con la sustancia ilícita a su hija, o que ésta, entregue dicha mochila, dinero en efectivo o alguna evidencia a su madre, por este motivo la conducta de la procesada no es penalmente relevante, por ello, no amerita imponerle ninguna sanción penal como equivocadamente lo hizo el Tribunal A quo, por considerarle autora directa del delito tipificado y sancionado por el Art. 220, numeral 1, literal c) del COIP, en concordancia con el Art. 42 numeral 1 literal a)*

ibídem, con la agravante del Art. 47 numeral 10 del cuerpo de leyes invocado, imponiéndole la pena privativa de libertad de NUEVE AÑOS CUATRO MESES, a pesar que la prueba presentada por Fiscalía fue insuficiente para demostrar el nexo causal entre la infracción y la persona procesada (...)” (Sentencia 2da. Instancia, 2022) (Énfasis fuera del texto).

Queda claro para el superior que si no hay prueba directa de que la procesada V.P., fue la persona que le entregó la mochila a la menor K.A., no habría participación de la procesada en este caso, dado que la droga fue encontrada en la mochila de la adolescente y para el Tribunal superior fue suficiente con que la menor admita este hecho para deslindar de responsabilidad a la madre de la menor.

El Tribunal, al analizar la prueba hace juicios de valores respecto de los testimonios de los policías aprehensores sin analizarlos en conjunto con la demás prueba, como por ejemplo el hecho de estar esperando por veinte minutos en la parada de buses, no constituye ninguna conducta delictiva, pero omite analizar con la prueba indirecta encontrada en el celular de la procesada, omite analizarlo con la información reservada que manejaba la policía; en efecto no es delito permanecer determinado tiempo en una parada de buses, pero si manejas información de una entrega de drogas, que para esto la madre usaba a sus hijas, que al tiempo de la detención encuentra a la menor con la droga y a la madre en el mismo sitio, a más de otras conductas inusuales, sumados a un mensaje de texto en el que le piden a la procesada les venda una libra, todo esta prueba directa e indirecta te lleva a concluir en una sola hipótesis, aquella por la cual la procesada utilizaba a su hija para traficar con drogas.

El superior no se detiene a analizar, ni siquiera pensar en la probabilidad de la instrumentalización de la menor por parte de su madre, que otra hipótesis alternativa encontró el superior para justificar lógicamente que la menor tenga en su poder droga (ninguna), se limitó a dar crédito al testimonio de la menor, sin considerar que es obvio que ésta mentiría por favorecer a su madre, la menor conocía que delatar a su madre traería consecuencias desfavorable, no solo porque su madre se expondría a una pena alta, sino también la relación madre hija se desrtuiría; sin embargo para el juez superior fue suficiente que la menor acepte su participación en el delito para concluir que la procesada no tiene ningún tipo de participación, o al menos que la prueba presentada al ser

insuficiente genera duda razonada, y aquí incurre el Tribunal de alzada en toro error, una cosa es la insuficiencia probatoria y otra muy distinta es la duda razonada, si existe prueba insuficiente no duda de que la procesada haya participado, no participó no más o no hay prueba de aquello.

Luego, el superior analiza un hecho que no fue controvertido en el juicio, aquel relacionado con la información del celular, primero dice que no se ha demostrado que el celular sea de la procesada, luego que existen dos celulares y por ello se vulneró la cadena de custodia porque los policías dicen que encontraron un solo celular, olvida el Tribunal que el policía Zapata señaló que a la procesada le encontraron dos celulares; que además la propia procesada en su testimonio indica que a ella sólo le encontraron su celular, el Tribunal lijeramente llega a esta conclusión sin ni siquiera analizar el contenido de los mensajes de texto en el que hablan de una señora y de la venta de una libra, es claro que este celular le pertenece a la procesada, al respecto dice el superior en su resolución:

*“... por lo tanto, es evidente que la cadena de custodia fue vulnerada en el manejo de los dos celulares SAMSUNG, correspondiéndole a la procesada únicamente el celular, color dorado, por lo que queda en duda la autenticidad de este elemento probatorio, que corresponde al testimonio de la Cbop. De Policía Diana Gabriela Pruna Acurio. En base a todo lo analizado, existe una duda razonable sobre la participación de la procesada V.P. en el delito que ha motivado este enjuiciamiento, ya que ella no tuvo la disposición ni el dominio de la sustancia catalogada sujeta a fiscalización, como lo refiere en su testimonio, el mismo que fue corroborado por su hija, la adolescente de iniciales K.A.A.P., quien dijo que su madre, la procesada, desconocía de la mochila que la menor llevaba en su poder, igualmente desconocía su contenido, **por lo tanto, la conducta de la procesada de ninguna manera puede ser punible; sí lo fue, la conducta de la referida adolescente quien inclusive fue sentenciada y ya cumplió las medidas socioeducativas que le fueron impuestas, como ella misma lo refirió en su testimonio (...)**”*
(Sentencia 2da. Instancia, 2022) (Énfasis fuera del texto).

A la falta o incipiente investigación policial en casos de uso de menores de edad para el tráfico de drogas, se suma la no valoración racional de la prueba por parte de los operadores de justicia que abonan a la impunidad de los instrumentalizadores, limitándose a validar la sanción socio educativa a la adolescente, sin importar todo lo ocurre detrás del hallazgo de la droga en poder de los adolescentes.

Conclusiones y Recomendaciones

- Luego de la investigación realizada, es evidente que pese a los ingentes recursos desplegados por el Estado en la lucha contra el crimen organizado y en especial en la guerra contra el tráfico de drogas, esta guerra hasta el momento la está ganando el crimen organizado.
- Al igual que en los casos de instrumentalización de adolescentes para traficar con drogas, el Estado opera igual, conformándose con la incautación de toneladas de drogas (que no es un logro menor) como si fuera la gran panacea en esta guerra contra el crimen organizado, olvidándose que a la par de esta incautación el Ecuador se ha convertido en el primer proveedor de droga a Europa, lo que significa que por un lado se incauta droga, del otro lado se siguen enviando droga al exterior en mayores cantidades a las incautadas.
- Es evidente que el Estado ha orientado su guerra contra la drogas, al microtráfico y es en este estadio en el que son utilizados los adolescentes por el propio crimen organizado para quienes constituyen el último eslabón dentro de la estructura criminal, por ende pese a ser instrumentalizados no son de interés aún para el propio crimen organizado, pero llama la atención que este desinterés se traslade también al Estado, convirtiéndose en cómplice de esta instrumentalización, al Estado no le interesa la vulneración de derechos de estos adolescentes, el Estado se ha obnubilado en este problema social y se ha conformado con el hallazgo de la droga.
- El Estado debe atacar a la estructura económica de la delincuencia organizada, sólo así podrá darles un verdadero golpe, sólo así podrá empezar a desestructurarlas y recuperar los territorios en los que actualmente gobierna el crimen organizado y rescatar a los adolescentes que han sido reclutados por estas empresas criminales.

Bibliografía

- AC. (1998). *Acción Común*. Viena: Unión Europea .
- Aguilar Cavallo, G. (2009). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 8. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/udla/98392?>
- Baratta, A. (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Argentina Siglo XXI.
- BBC, M. (18 de septiembre de 2009). *BBC News Mundo*. Obtenido de BBC News Mundo : https://www.bbc.com/mundo/america_latina/2009/09/090917_0238_ecuador_manta_rb
- Cid, J., Larrauri, E. (2001). *Teorías Criminológicas Explicación y prevención de la delincuencia*. Barcelona: Bosch S.A.
- CNA. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia .
- CNUCEDOT. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Nueva York : Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito .
- Cohen, S. (2017). *Demonios populares y pánicos morales, delincuencia juvenil, subculturas, vandalismo, drogas y violencia*. Barcelona: Gedisa. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/udal/118215?>
- COIP. (2019). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: CEP.
- CRE. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito.
- Cruz, O. R. (2008). *Crimen organizado: aspectos criminológicos y penales*. La Habana: Editorial Universitaria .
- CSDÑ. (1989). Convención Sobre Los Derechos del Niño. Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- DDÑ. (1959). Declaración de los Derechos del Niño.
- DE. (1994). *Documento Enfopol 161/1994 Anexo C*. Viena: Consejo de la Unión Europea .
- DE-707. (2023). *Decreto Ejecutivo 707-2023*. Quito.
- DINAPEN. (2023). *Detención de adolescentes infractores en el 2023*. Quito : DINAPEN.
- Epele, M., Maceira, D. (2007). *Sobre barreras invisibles y facturas sociales: Criminalización del uso de drogas y Atención Primaria en Salud*. Buenos Aires: Paidós SAICF.
- Jiménez, C. (2017). *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Madrid: Dykinson. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/udla/58883?>
- Luelmo, R. (2022). El crimen organizado en Europa: una grave amenaza para la seguridad y el orden público. *Seguridad y Defensa, Criminología*, 8.
- Ministerio de Gobierno . (2015). Obtenido de <https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/unidad-contra-el-microtrafico-reafirma-su-compromiso-con-la-ciudadania/>
- Mir Puig, S. (2012). *Dercho Penal, Parte General* (Quinta ed.). Barcelona: TECFOTO, S.L.
- Moore, M., De Greiff, P. (2000). *Libertad y Drogas, Moralidad, Legalidad y Drogas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- PACMI. (30 de Septiembre de 1990). Plan de Acción Cumbre Mundial a favor de la Infancia. Nueva York. Obtenido de

- http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/cursosproder2004/bibliografia_genero/ut2/lectura.2.11.pdf
- Pichel, M. (11 de octubre de 2021). *BBC News Mundo*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58829554>
- R-190. (2021). *Resolución 190-2021, Consejo Nacional de la Judicatura* . Quito.
- Rivera, F. (2004). Las formas de una guerra amorfa: drogas, democracias y derechos humanos en Ecuador . *ICONOS* , 18.
- Rodríguez, F. (2022). *Curso de Dercho Penal, Parte General* (Tercera ed., Vol. II). Quito: Cevallos.
- Roxin, C. (2015). *Autoría y Dominio del Hecho en Dercho Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Sandoval, R. (2012). *Políticas internacionales sobre la guerra contra las drogas*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Scalia, P. (2005). Prohibicionismo, grupos sociales "a riesgo" y autoritarismo institucional: la censura social hacia los "microtraficantes". *Red Polis*, 8. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/udla/11708?>
- Sentencia , 17283-2019-00453 (Tribunal de Garantías Penales de Quitumbe 28 de abril de 2022).
- Sentencia 2da. Instancia , 17283-2019-00453 (Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala de lo Penal 16 de septiembre de 2022).
- UNODC. (12 de mayo de 2023). *Informe Mundial sobre las Drogas UNODC 2023*. Mexico: Oficinas de Naciones Unidas en Drogas y Crimen. Obtenido de <https://www.unodc.org/lpomex/es/noticias/junio-2023/el-informe-mundial-sobre-las-drogas-2023-de-unodc-advierte-sobre-crisis-convergentes-a-medida-que-los-mercados-de-drogas-ilicitas-siguen-expandindose.html>
- Zaffaroni, E. (2006). *El enemigo en el derecho penal* . Buenos Aires : EDIAR .
- Zaffaroni, E. (2009). *La legislación anti-droga latinoamericana. Sus componentes de Derecho Penal Autoritario*. Quito: Mnisterio de Justicia y Derechos Humanos.
- Zúñiga, R. L. (2021). *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo* . Madrid: Dykinson.