

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

El presente trabajo de titulación, en su totalidad o cualquiera de sus partes, a pesar de estar disponible sin restricciones en el repositorio institucional de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, **NO DEBE SER CONSIDERADO COMO UNA PUBLICACIÓN** y mantiene el carácter de un trabajo original e inédito. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en: <http://bit.ly/COPETheses>

Universidad San Gregorio de Portoviejo

Departamento de Posgrado

Programa de Maestría en Derecho Penal

Tercera Cohorte

Artículo profesional de alto nivel

La regulación del consumo de drogas en el Ecuador: ¿Criminalización a un problema de salud?

Autoras:

Milena Thaíz Cedeño Morales

Melina Cedeño Pinargote

Tutor:

Ab. Javier Artiles Santana, Mgs

Portoviejo, 16 de febrero 2024

La regulación del consumo de drogas en el Ecuador: ¿Criminalización a un problema de salud?

Regulation of drug consumption in Ecuador. criminalized health problem?

Autoras:

Milena Thaíz Cedeño Morales. Abogada. <https://orcid.org/0009-0006-8190-7721>

Universidad San Gregorio de Portoviejo. Manabí. Ecuador.

e.mtcedenom@sangregorio.edu.ec

Melina Cedeño Pinargote. Abogada. <https://orcid.org/0000-0002-7806-638X>

Universidad San Gregorio de Portoviejo. Manabí. Ecuador.

e.mcedeno@sangregorio.edu.ec

Resumen

El estudio abordó la importancia y actualidad del debate sobre la necesidad de una tabla de consumo de drogas en el Derecho penal ecuatoriano, con el fin de distinguir entre el consumo de drogas como un asunto de salud pública y el tráfico de drogas como una forma de criminalidad organizada. Se propuso como objetivo analizar esta cuestión desde una perspectiva normativa y teórica, con el fin de evitar la punición injusta de aquellos que no estaban involucrados en el tráfico de drogas. Se contextualizó temporal y espacialmente en el contexto actual del sistema legal ecuatoriano. La metodología empleada incluyó métodos cualitativos, técnicas de investigación documental y pronunciamientos jurisprudenciales. Los hallazgos preliminares indicaron la necesidad de una segmentación entre consumidores adictos y traficantes para garantizar la equidad en el sistema penal. Se concluyó que una tabla de consumo podría ser útil para este propósito. El objeto de estudio fueron las políticas y disposiciones legales relacionadas con el consumo de drogas en Ecuador, mientras que el sujeto de estudio fueron las personas implicadas en procesos penales relacionados con el consumo y tráfico de drogas en el país.

Palabras clave: consumo de drogas; salud pública; penas; tráfico de drogas; mínima intervención penal.

Abstract

The study addressed the importance and topicality of the debate on the need for a drug consumption table in Ecuadorian criminal law, in order to distinguish between drug consumption as a public health issue and drug trafficking as a form of organized crime. It was proposed as an objective to analyze this issue from a normative and theoretical perspective, in order to avoid the unjust punishment of those who were not involved in drug trafficking. It was contextualized temporally and spatially in the current context of the Ecuadorian legal system. The methodology employed included qualitative methods, documentary research techniques and jurisprudential pronouncements. Preliminary findings indicated the need for a segmentation between addicted consumers and traffickers to ensure equity in the penal system. It was concluded that a consumption table could be useful for this purpose. The object of the study was the policies and legal provisions related to drug use in Ecuador, while the subject of

the study was the persons involved in criminal proceedings related to drug use and trafficking in the country.

Keywords: drug use; public health; drugs; penalties; drug trafficking; minimum criminal intervention.

Introducción

El tráfico de drogas ha sido durante muchos años un problema para la sociedad y el Estado, afectando varios bienes jurídicos por su carácter pluriofensivo y de fácil adaptación a las realidades actuales, situaciones que lo han hecho objeto de conminación y persecución penal debido a la lesividad o peligrosidad causada en el orden social. Su construcción típica abarca una serie de circunstancias bajo las cuales se logra traficar drogas, existiendo también la determinación taxativa (excusa legal absolutoria) que implicaría la no punibilidad por el consumo de estas sustancias.

El consumo de drogas no debería considerarse una conducta penalmente relevante, sino más bien un exclusivo problema de salud pública, otorgándole una regulación normativa que dista de la coerción del ámbito penal; las formas para su tratamiento y prevención deben implementarse sin requerir el uso de la violencia punitiva del Estado, denotando una aplicación de la subsidiariedad y fragmentariedad como parte de la mínima intervención penal. Sin embargo, ante su criminalización la determinación de umbrales o cantidades mínimas o máximas para diferenciar el microtráfico y el consumo se tornó necesaria para diferenciar un fenómeno del otro, lo cual devino en la creación de tabla de consumo de drogas el año 2013.

Desde su expedición mediante la Resolución 001-CONSEP-CO-2013, esta tabla ha sido objeto de cuestionamientos, aciertos, interpretaciones desde la academia, pronunciamientos jurisprudenciales, generando un debate público, político y jurídico sobre qué tan necesaria resulta en la realidad ecuatoriana, volviéndose su derogación una de las promesas de campañas políticas, mediante discursos populistas en las últimas elecciones; promesa que se materializó mediante un Decreto Ejecutivo N. 28 del 24 de noviembre del 2023.

La inexistencia de un instrumento normativo que cumpla las veces de barómetro para diferenciar a una persona que podría tener problemas de adicción que era consumidor de drogas habitual, de la persona que presumiblemente las estaría usando para traficarlas de manera ilícita, fue objeto de cuestionamientos a favor y en contra; ante esto, el presente estudio se enfocara en describir las formas en las que se ha dado tratamiento penal al tráfico de drogas desde su construcción tipológica y como problema social.

De igual forma, se determinará que tan necesaria se torna la tabla de consumo de drogas en el sistema penal ecuatoriano, considerando la mínima intervención penal como principio rector del sistema penal, en relación a las diferentes disposiciones constitucionales relativas a su tratamiento por tratarse de un problema de salud pública, bajo los presupuestos de hechos determinados en la ley y los pronunciamientos jurisprudenciales relativos al consumo de drogas y su punibilidad.

Metodología

El desarrollo de la investigación se presenta bajo un enfoque cualitativo, Vasilachis (2006) describe esta metodología como pragmática e interpretativa, fundamentada en la experiencia de las personas en relación con el interés por el significado y la interpretación

(p.23) orientada a estudiar en concreto un fenómeno y cualificarlo en base a las características estudiadas.

Además, se utilizó la técnica de investigación documental según la definición de Tancara (1993) este enfoque implica “una serie de métodos y técnicas de búsqueda, procesamiento y almacenamiento de la información contenida en los documentos y la presentación sistemática, coherente y suficientemente argumentada de nueva información en un documento científico” (p.94). Utilizando fuentes bibliográficas, normativa vigente y pronunciamientos jurisprudenciales que abordan el tema relativo al consumo de drogas. Todo esto se abordó desde la perspectiva del estado del arte para determinar la importancia o no de una tabla que regule el consumo en el contexto de sistema jurídico ecuatoriano.

Problema jurídico.

¿Qué medidas podrían implementarse en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para equilibrar la protección de la salud pública con el respeto de los derechos individuales en casos relacionados con el consumo y tráfico de drogas?

Fundamento teórico

Derechos y poder punitivo en la regulación del consumo de drogas en el Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador ha transformado la perspectiva del Estado al concebirlo como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Esta transformación se refleja en la adopción de un catálogo de derechos y garantías que establece principios y valores esenciales para la convivencia y el bienestar de los ciudadanos. Además, la Constitución ha implementado mecanismos sólidos para la declaración, interpretación y aplicación de estos derechos, fortaleciendo la protección de las libertades individuales, en aras de que los ciudadanos al momento de ejercer sus derechos lo hagan respetándose mutuamente, al marco de las regulaciones normativas determinadas en pro de la seguridad jurídica.

En esta lógica, la libertad como uno de los pilares que se cimienta el estado de derecho contemporáneo no es de carácter ilimitado, sino más bien su limitación nace de la voluntad soberana del pueblo al decidir someterse a una entelequia jurídica –Estado- para que pueda garantizar su bienestar y orden social, colocándolos en un plano de igualdad. Por ello, Martínez Neira (2015), citando a Beccaria (1872), al referirse a la libertad afirma que “*Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El conjunto de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario*” (p. 19).

El ciudadano concede al Estado cierta libertad que permite el ejercicio del *ius puniendi*. Este poder está restringido por garantías que protegen la dignidad humana y las libertades individuales, evitando así posibles daños irreversibles a nivel personal y social, y preservando la legitimidad del Estado y sus valores fundamentales.

El poder punitivo implica el uso de violencia, pero es violencia legitimada por la forma en la que se constituye *per se*; cuando el ciudadano cedió parte de su libertad, acepta dejar atrás su estado natural de barbarie, lo que implicó abandonar las antiquísimas formas de administrar justicia basadas en la violencia privada, creando de esta manera un monopolio punitivo que pertenece exclusivamente al Estado.

Montesquieu señalaba que toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica. Esta afirmación puede ampliarse de manera más generalizada, señalando que todo

acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico (Beccaria, 2015).

De acuerdo con Ávila (2013) *“El poder punitivo es una de las formas de intervención en el ejercicio de los derechos humanos, que se justifica solo cuando es estrictamente necesario y cuando atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos”* (p.41). Es decir, *el ius puniendi* tiene un ámbito de aplicación restrictivo a ciertas conductas que se consideran lesivas o peligrosas para la convivencia social (fragmentariedad) y cuando estas conductas no puedan ser reguladas por otras ramas del derecho que se consideren menos invasiva a las libertades individuales (subsidiariedad); la consecuencia de esta premisa, deviene en una aplicación mínima del Derecho Penal.

Albert (1998) es enfático al señalar que la mínima intervención significa que *“el estado debe intervenir únicamente en los casos más graves, protegiendo los bienes jurídicos más importantes, siendo el derecho penal la última o extrema ratio cuando ya fracasaron todas las demás alternativas del derecho”* (p.120).

La mínima intervención penal se transforma en un precepto político-criminal que restringe el poder punitivo del Estado desde la fase legislativa en la creación o reformas a las normas penales, hasta la aplicación de estas normas durante la sustanciación de casos concretos. Esto debido a la fragmentariedad, que únicamente sanciona aquellas acciones que son verdaderamente graves que atentan a bienes jurídicos relevantes (Montoya & Encalada, 2019).

En este sentido, los delitos no pueden tutelar bienes jurídicos que no estén respaldados por principios y derechos reconocidos en la Constitución, dado que el fundamento del poder punitivo consiste en la tutela de valores que hacen posible la convivencia social. No obstante, esta afirmación no conlleva la obligación de convertir cada derecho humano consagrado en la Constitución en un tipo penal, pero sí establece la necesidad de que cualquier tipo penal tenga su base en la Constitución, evitando maximizar su ámbito a todo tipo de conflicto social.

En este contexto el poder punitivo del Estado se encuentra condicionado y limitado. Como lo expresa Ávila (2013) *“El derecho penal está, en pocas palabras, legitimado por el derecho internacional de los derechos humanos y también por el derecho constitucional. Sin embargo, dicha legitimación es condicionada”* partiendo desde el punto que los derechos humanos son normas limitadoras de todo poder y además que, la vertiente garantista implica que cualquier ejercicio del poder penal debe ajustarse a principios y derechos, convirtiéndolos en el criterio rector para la aplicación de sanciones, asegurando que no se debe considerar al poder punitivo solo como una *“herramienta de represión”* (p.13).

Considerando el libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental, se determina que puede materializarse en una amplia gama de prácticas o comportamientos que acaecen cotidianamente en la sociedad. Entre estas manifestaciones se encuentra el consumo habitual o recreativo de sustancias, que puede llevar a situaciones donde se pongan en juego los límites de este derecho individual.

En el ámbito del consumo de drogas, diversos postulados sobre la libertad individual cobran relevancia, incluyendo una concepción que considera la libertad como licencia o autorización, una perspectiva relativista de la autonomía individual y la responsabilidad del Estado en proteger al individuo de sus propias acciones. Estos argumentos son considerados paternalistas, ya que implican la intervención del Estado en la autonomía de la persona consumidora y su posterior castigo, todo ello con el fin de proteger al resto de la sociedad (Velásquez, 2018). Este derecho está consagrado en Instrumentos Internacionales de

Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 7, Declaración Universal de Derechos Humanos artículos 1, 2 y 3.

Con esto, se plantea una importante cuestión sobre el papel del Estado en la regulación de las acciones individuales de los ciudadanos. Binder (citado por Ávila 2013) manifiesta que *"El estado no es un pater familia que deba estar preocupado por la excelencia moral de las acciones de sus ciudadanos; si estas solo tienen que ver con cada individuo, constituyen un asunto ligado a la moral"* (p.260).

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se configura como un derecho fundamental de carácter dinámico y complejo, que se traduce en una multiplicidad de formas de ejercicio, reflejo de la constante evolución de los valores y las ideas en una sociedad plural. Esta diversidad de expresiones, sin embargo, puede generar colisiones entre derechos, ya que no todas las formas de ejercicio son compatibles entre sí. La doctrina, en su búsqueda por armonizar estos derechos, ha destacado la importancia del derecho a la libertad de autodeterminación como principio rector, y ha hecho un llamado al legislador para que realice un análisis profundo y contextualizado al momento de crear normativas que regulen el ejercicio de estos derechos fundamentales (Gutiérrez, 2020).

La despenalización de ciertas conductas, junto con una adecuada gestión de los conflictos que puedan surgir, puede contribuir a una mayor estabilidad social y al desarrollo de las libertades individuales. Esta estabilidad y libertad, a su vez, pueden fomentar la creatividad y el desarrollo humano en diversas áreas como el arte, el deporte y la actividad intelectual (Echeverri, 2017).

Problemática del consumo de drogas.

El abuso de drogas en América Latina ha devenido como una de las consecuencias que ha generado el tráfico ilícito de drogas. Esta región se ha consolidado como uno de los epicentros clave en el tráfico mundial Latinoamericano y de las regiones del Caribe, donde los narcotraficantes utilizan diversas modalidades, como la distribución terrestre, aérea y marítima. A manera de ejemplo, Rodríguez (2012) señala que: Jay Bergamn, director de la DEA, afirmó hace algún tiempo atrás que el Ecuador es "Las Naciones Unidas del Crimen Organizado" (p.2).

Para la Organización de las Naciones Unidas (2010) la criminalización del uso y posesión de drogas para uso personal ha tenido efectos perjudiciales en la salud, seguridad y derechos humanos de individuos y comunidades. Además, la criminalización aumenta las tasas de encarcelamiento, el hacinamiento en las prisiones y la carga sobre los sistemas de justicia penal. Tratar la posesión de drogas para uso personal como un delito agrava la discriminación, ya que las personas se ven más en conflicto con la ley, lo que disminuye sus oportunidades de empleo, educación y participación social.

El uso de estas sustancias plantea un desafío significativo para la salud y la estabilidad de los Estados a nivel global. Esta problemática se origina en la creciente magnitud de la producción ilegal, la demanda y el tráfico de drogas, representando una seria amenaza para el bienestar de las personas, afectando la salud y, además, las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad.

Las adicciones, consideradas como problema de salud pública, han generado un debate relevante en el contexto de la regulación del consumo de drogas en Ecuador, estas adicciones durante años se consideraron problemas netamente sociales, hoy, se considera un problema de salud. Para Gárciga (2013):

A la víctima se le ha calificado como una escoria social y no un enfermo; sin embargo, se ha tratado de encubrir lo social como elemento primordial en la causalidad y agravamiento de la enfermedad, así como su importancia como una de las esferas más afectadas no sólo de la víctima, sino a nivel familiar, comunitario e inclusive de la nación (p.682).

La aproximación del Estado hacia este fenómeno ha sido orientada por el ordenamiento jurídico ecuatoriano mismo que reconoce a las adicciones como un problema de salud pública en su artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, mencionando que es al Estado a quién le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Además, ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. Asimismo, señala que no se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.

Kuri (2021) resalta que la guerra contra las drogas implementa políticas prohibicionistas que repercuten negativamente en la seguridad, salud, bienestar, respeto e integración de los consumidores y sus familias. En otras palabras, afecta la salud social, creando entornos y productos más tóxicos. Esto dificulta la labor de los profesionales de la salud en la reducción de daños, al mismo tiempo que genera estigma y exclusión (p.2).

Abordar este fenómeno desde una perspectiva de salud pública, implica reconocer las variaciones entre las distintas sustancias y sus riesgos. Este impacto se refleja de manera significativa tanto en la salud personal de los consumidores, en el sistema de salud que se ve abarrotado por quienes necesitan control de adicciones, generando un problema en la institucionalidad del Estado. La magnitud crítica de este problema surge debido a la expansión constante de la producción, demanda y tráfico ilícito de sustancias, representando una amenaza real que debería ser combatida desde su génesis, mediante políticas de gestión de conflicto y en atención al principio de mínima intervención penal, con reacción punitiva elaborada con una correcta política criminal.

Milton Friedman citado por Boderó (2002) afirma que: “la mejor solución para acabar con el narcotráfico sería la despenalización de la venta de drogas ilícitas, pero esto no convendría a nadie, instituciones como la DEA quedarían inútiles, la CIA sin excusa para ultrajar la soberanía de países productores o de tránsito, la Interpol perdería estatus internacional y muchos funcionarios perdieran un valioso rubro de ingresos por concepto de coimas. En resumen, la despenalización no sería favorable para nadie” (p.90).

Regulación de consumo de drogas en el contexto jurídico ecuatoriano.

El término "droga" ha sido empleado desde los albores de la farmacología y la toxicología como disciplinas científicas. Desde una perspectiva histórica en el campo de la toxicología, se reconoce que las primeras sustancias que se asemejan a las drogas utilizadas por los humanos surgieron como resultado de la evolución entre el reino vegetal y el animal. En cuanto a su utilización, se atribuye a las primeras culturas de cazadores-recolectores el consumo inicial de ciertas plantas que contenían sustancias psicoactivas (Téllez & Bedoya, 2015).

En Ecuador, se desarrolló un extenso régimen normativo en relación con las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, a partir de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de Ecuador, también conocida como Ley 108, ha experimentado varias

instancias de modificación desde su entrada en vigor en los años 1992, 1994 y 1997, siendo codificada en 2004 y reformada nuevamente en 2005.

En el año 2014, Ecuador experimentó una de las transformaciones más significativas y en el ámbito penal, el ordenamiento jurídico ecuatoriano emprendió una transición hacia un nuevo marco legal, el Código Orgánico Integral Penal (COIP), mismo que agrupó todas las normas penales dispersas en varios cuerpos normativos, condensando aspectos sustantivos, procesales y ejecutivos. Esta nueva codificación introdujo reformas en una parte los tipos penales existentes.

Entre estos delitos objeto de reforma se incluían aquellos relacionados con el tráfico de drogas, siendo que se unificó en un solo cuerpo legal todas las disposiciones penales relacionadas con la droga, abarcando aspectos como: producción, transporte y comercialización, entre otros. Denotando el aspecto positivo en la gradación de la pena en abstracto de manera proporcional en los nuevos tipos penales, siendo que antes del COIP las penas oscilaban entre 12 a 16 años. Este marco legal permitió diseñar una política de drogas basada en principios de lesividad y proporcionalidad que pretenden tutelar la salud pública como bien jurídico colectivo.

La influencia legislativa de 2014 se vio impulsada por la actividad de órganos administrativos como el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, respaldado por la Ley No. 108/90, que desempeñaba labores de control y fiscalización en lo relativo a sustancias sujetas a fiscalización. Esta influencia se reflejó claramente en la disposición transitoria décimo quinta del COIP recién promulgado, la cual encargaba al CONSEP la elaboración de tablas para sancionar bajo un criterio técnico las diferentes escalas relativas a delitos de drogas conforme al artículo 220.1 del COIP. Esta responsabilidad del CONSEP fue establecida por la Resolución No. 002/CD-2014 del 14 de julio. En agosto de ese mismo año, el COIP entró en vigor tipificando las escalas de drogas previamente singularizadas por el CONSEP. Así, el proceso legislativo buscó adecuar el tipo penal a los datos de las tablas administrativas del CONSEP, los cuales fueron incluidos en las escalas de "mínima, mediana, alta y gran escala" establecidas en el artículo 220.1 COIP (Artiles, 2021).

El artículo 1 de la Resolución 001-CONSEP-CO (2013) establece que se adoptará el análisis técnico de toxicidad, así como estudios psicológicos, biológicos y otros pertinentes sobre la posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para el consumo personal, elaborados por el Ministerio de Salud Pública. También se considerará la propuesta de cantidades máximas admisibles de tenencia para el consumo personal, que son las siguientes: 10 gramos de marihuana, 2 gramos de pasta base de cocaína, 1 gramo de clorhidrato de cocaína, 0.1 gramos de heroína, 0.015 gramos de MDA-N.etil-ameta-3.4-metilendioxifenetilamina, 0.015 gramos de éxtasis (MDMA) y 0.040 gramos de anfetaminas. Por su parte, Paladines (2017) menciona que a través de las tablas “no se cuestiona el cómo o porqué del abastecimiento de drogas de uso ilícito. Simplemente se trata de proteger al consumidor como un sujeto de derechos en el marco del ejercicio de su autonomía de la voluntad o del libre desarrollo personal” (p.13).

Dicho esto, es fundamental resaltar el papel de los umbrales como mecanismo para evitar la criminalización injusta de los consumidores de drogas ilícitas. Estos umbrales establecen ciertos límites, presumiendo que la tenencia o posesión de cantidades dentro de ellos se destina al consumo personal de quienes sufren algún tipo de adicción para suplir la dependencia física o psicológica que padecieren, y no al tráfico o comercio ilícito.

Frente a la normativa existente, era esencial establecer un sistema que evalúe, regule y supervise el consumo de drogas antes de recurrir a una represión que podría devenir en ineficaz y que infrinja los derechos humanos de los consumidores, al no existir una conducta penalmente relevante que sancionar *per se*. Esta medida adquiere una relevancia crucial, considerando que el compromiso institucional del Estado implica la no criminalización de las personas que necesitan más bien tratamiento y rehabilitación. Siguiendo esta línea, en el año 2015 se promulga la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización. Este marco legal, acorde con la nueva estructura constitucional, resalta la importancia de enfoques preventivos, de rehabilitación y de protección de la salud pública en el manejo de la problemática de las drogas y el fenómeno socioeconómico que acarrea.

Aunque la posesión de sustancias estupefacientes constituye la comisión de la infracción o su evidencia, los argumentos de la defensa solo pueden ser válidos cuando se presenta evidencia de adicción, ya que esta debe ser abordada como una prioridad de salud pública. En otras palabras, mientras no se demuestre la existencia de adicción, la posesión de drogas puede ser sujeta a sanción, aunque el consumidor en sí mismo no pueda ser penalizado. La sanción estaría basada en la condición de poseedor y no en la de consumidor, excepto en casos de adicción confirmada (Delgado & Muentes, 2018).

Esto podría generar un problema de salud pública que debe ser abordado de manera eficiente mediante políticas públicas idóneas; Ávila (2013) afirma que “hacerlo desde la perspectiva penal podría ser contraproducente y hasta absurdo. Contraproducente porque los consumidores son las víctimas y absurdo porque la adicción no se soluciona con una pena”. (p. 4)

Se vuelve ilógico despenalizar el consumo cuando todas las acciones relacionadas con la adquisición, posesión y transporte del producto consumible siguen siendo penalizadas. En última instancia, el consumidor siempre será sancionado, ya que está involucrado en comprar (acto de comercio), poseer (tenencia ilícita) y llevar la sustancia (transporte).

Por otro lado, el mismo autor señala que las leyes relacionadas con el control de drogas, analizadas en diversos ensayos que abordan regulaciones nacionales de diferentes países, comparten algunas características comunes:

En primer lugar, estas leyes son consideradas "especiales" en el sentido peyorativo del término dentro del derecho penal, ya que establecen un régimen de excepción al sistema penal ordinario, lo que puede implicar una disminución de las garantías penales. En segundo lugar, tienden a crear tipos penales amplios que intentan regular todas las actividades relacionadas con las drogas ilegales, lo que va en contra del principio de legalidad y de la técnica legislativa adecuada. En tercer lugar, las penas impuestas suelen ser desproporcionadas en relación con el daño causado y con respecto a otros delitos, lo que puede llevar a situaciones donde personas que participan en actividades relacionadas con las drogas se enfrentan a penas similares a las de delitos más graves. En cuarto lugar, se crearon bienes jurídicos abstractos (salud pública). En quinto lugar, se aumentaron las penas agravantes, expandiendo el poder punitivo del Estado (p.257).

La Corte Constitucional de la República del Ecuador en ejercicio de sus funciones ha sentado precedentes y criterios vinculantes sobre la cuestión relativa a la compatibilidad entre la tabla de cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal, establecida en la Resolución No.001-CONSEP-CD-2013, y el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador en la Sentencia No.7-17-CN/19, la cual será analizada más adelante.

Tráfico de drogas en Ecuador y su relación con la problemática de la penalización del consumo.

El concepto de "tráfico de sustancias" abarca el ofrecimiento, almacenamiento y mediación para la distribución, venta, envío o transporte de preparados que contengan sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Debido a su carácter pluriofensivo y al ser un problema global, suele ser un factor común que se encuentren tipificadas en las legislaciones de penales de diferentes países, en donde la reacción represiva del principal suele ser la privación de libertad junto con demás sanciones accesorias como la pérdida de los derechos políticos, multas, comiso y destrucción de las sustancias, entre otras.

El tráfico de sustancias como comportamiento delictivo ha evolucionado debido a que las diversas conductas que acarrea su comisión han ido modernizando en su *iter criminis*, esto como parte de las políticas antidrogas que han permitido al avance de las técnicas de investigación llevadas al cabo en pro de prevenir y reprimir a quienes incurrir en ella.

Las estrategias de prevención del tráfico de drogas en Ecuador se han enfocado principalmente en la interdicción y el control del territorio. Sin embargo, estas estrategias no han logrado reducir significativamente el tráfico de drogas. (Muñoz, 2022).

Desde una perspectiva económica, se puede analizar como un mercado ilegal que responde a la oferta y la demanda. Los consumidores de drogas son quienes generan la demanda, mientras que los grupos criminales son quienes controlan la oferta. (Pérez, 2023).

Las Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988) desempeña un papel vital en la promoción de la paz, la justicia y la cooperación global. En este contexto, establece que se entiende por "tráfico ilícito" lo enunciado en el párrafo 1 del artículo 3:

- I) La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.

La definición conforme a lo empleado por el ordenamiento jurídico ecuatoriano es el cometimiento de cualquiera de los verbos rectores (ofertar, almacenar, intermediar, distribuir, comprar, vender, enviar, transportar, comercializar, importar, exportar, tener, poseer) según lo tipificado en el artículo 220 del COIP (2014):

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:

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

- a) Mínima escala, de uno a tres años.
- b) Mediana escala, de tres a cinco años.

- c) Alta escala, de cinco a siete años.
- d) Gran escala, de diez a trece años.

De este modo, se instaure la prohibición de todas las formas de tráfico, así como de cualquier actividad relacionada con la compra y venta de sustancias sujetas a fiscalización. Esta medida se dirige específicamente a cualquier individuo que, de manera directa o indirecta, participe en estas actividades ilícitas sin autorización o incumpliendo los requisitos establecidos en la normativa correspondiente.

Además, señala que, si las sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, se oferten, vendan, distribuyan o entreguen a niñas, niños o adolescentes, se impondrá el máximo de la pena aumentada en un tercio. En cuanto a la posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas con fines de uso personal, dentro de los límites establecidos por la normativa pertinente, no conllevará sanciones. En situaciones de consumo esporádico, frecuente o problemático, el Estado proporcionará opciones de tratamiento y rehabilitación.

Las cifras indicadas en los umbrales o escalas establecidas por la normativa correspondiente serán simplemente referenciales para identificar actividades relacionadas con el tráfico o consumo. La tenencia o posesión de medicamentos que contengan el componente activo del cannabis o sus derivados, con propósitos terapéuticos, paliativos, medicinales o para la práctica de la medicina alternativa con el fin de salvaguardar la salud, no será punible, siempre y cuando se evidencie la existencia de una enfermedad mediante un diagnóstico profesional.

Neuman, como menciona Ávila (2013) apunta que las leyes de drogas fueron pensadas y diseñadas con el propósito de combatir a los grandes traficantes y a los carteles internacionales. Sin embargo, en la práctica, fueron aplicadas a los traficantes minoristas y a los consumidores. Esta situación plantea una serie de problemas, puesto que, las penas y medidas punitivas diseñadas para combatir el tráfico a gran escala pueden resultar desproporcionadas o inadecuadas cuando se aplican a individuos que participan en actividades de menor escala, como la venta de drogas a nivel local o el consumo personal.

En ocasiones, aquellos que consumen drogas ilícitas se encuentran entre los grupos más excluidos y estigmatizados de la sociedad. Son sujetos que enfrentan una serie de desafíos adicionales, como estigmas sociales, discriminación, ostracismo o falta de acceso a recursos y oportunidades. Según lo mencionado por Escohato citado por Calle (2015), indica que:

La historia humana no conoce una sola droga que haya dejado de consumirse o desaparecido por ser prohibida, pero muestra que su empleo tiene muchas más posibilidades de hacerse delirante si se prohíbe; lo adherido a la ilegalización (adulteraciones, contacto con ambientes criminales, precios usureros, inseguridades en el suministro, mitos) erosiona el sentido crítico del usuario, haciendo que tienda a consumirla con menos mesura. Una droga no es solo un cierto compuesto químico, sino algo cuyos efectos dependen de las condiciones vigentes para el acceso a ella (p.17).

La historia demuestra que la prohibición no ha detenido el consumo de drogas, sino que, por el contrario, ha exacerbado sus riesgos y consecuencias negativas. La ilegalización conlleva una serie de factores que socavan la capacidad crítica del consumidor y aumentan la probabilidad de un consumo descontrolado y perjudicial. Como bien señala García (2014):

“el carácter selectivo del sistema penal y su utilización como instrumentos de protección del *status quo* mediante la forma más violenta de reacción estatal, casi siempre dirigida a los sectores más subalternos”.

Pronunciamientos de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la tabla de consumo.

La Corte Constitucional del Ecuador como el máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en este ámbito, desarrolló con perspectiva garantista el problema descrito en párrafos previos mediante la Sentencia No.7-17-CN/19 emitida el 02 de abril de 2019, bajo la dirección del Juez Sustanciador Enrique Herrería Bonnet, en el Caso No. 7-17-CN que posee carácter vinculante.

En esta sentencia la Corte examinó la constitucionalidad de la Tabla que fija las cantidades máximas permitidas para la tenencia con fines de consumo personal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, tal como está estipulado en la Resolución No.001-CONSEP-CD-2013, concluyendo que la Tabla no contraviene el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, pues representa un mecanismo de control sobre la cantidad máxima permitida para la tenencia de estas sustancias con fines personales de consumo.

Se trata sobre una consulta de norma realizada por un juez de la Unidad Judicial Penal en Santo Domingo, provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, acerca de la constitucionalidad de la Resolución No.001-CONSEP-CD2013 emitida por el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 19 de 20 de junio de 2013.

El caso que motiva esta consulta de norma es el proceso penal No. 23281-2017-01187 en la Unidad Judicial Penal en Santo Domingo. La persona procesada fue detenida el 16 de mayo de 2017 por posesión de 4.5 gramos de pasta base de cocaína, siendo acusada de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización según el Código Orgánico Integral Penal (COIP). Durante la audiencia de procedimiento directo, la Fiscalía argumentó que el peso de la cocaína excedía el límite establecido en la Tabla de cantidades máximas permitidas.

Según la Fiscalía, esto era prueba suficiente del cometimiento del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización por parte del procesado. Por otro lado, la defensa del procesado argumentó que este último era un consumidor adicto a la cocaína, sustancia con la que fue detenido, conforme se desprendía de los exámenes sicosomático y toxicológico que se le practicaron. En este sentido, la defensa enfatizó que, por ser un consumidor, el procesado no podía ser declarado culpable del delito que se intentaba imputar; toda vez que el consumo de sustancias estupefacientes no puede ser criminalizado, tomando en consideración que la adicción es un problema de salud pública.

La Resolución No.001-CONSEP-CD-2013 establece cantidades máximas admisibles para la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para consumo personal. Por tanto, se argumenta que esta normativa podría estar en conflicto con el artículo 364 de la Constitución de la República, el cual prohíbe la criminalización del consumo de estas sustancias y exige programas de prevención y tratamiento. Los planteamientos presentados en la consulta de constitucionalidad cuestionan la validez de establecer límites de tenencia para consumidores de drogas, argumentando que una tabla no puede determinar lo que una persona puede consumir y que sancionar a un consumidor por exceder esos límites es problemático.

El artículo 364 de la Constitución prohíbe la criminalización del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, considerándolo como un problema de salud pública y estableciendo la obligación del Estado de desarrollar programas de prevención, tratamiento y rehabilitación en lugar de aplicar sanciones penales, la cuestión radica en si la tabla establecida por la Resolución No.001-CONSEP-CD-2013, al fijar límites de tenencia para consumo personal, estaría en conflicto con este principio constitucional.

La actividad del CONSEP, reflejada en la emisión de varias resoluciones que incluyen la Tabla de cantidades máximas de tenencia, demuestra una delegación de funciones por parte del legislador. Esto se debe al principio de reserva de ley, que establece que la regulación de la tenencia puede ser realizada por normativa secundaria, como lo establece el artículo 132 numeral 6 de la CRE, que permite al legislativo otorgar a organismos públicos de control y regulación la facultad de emitir normas generales en sus áreas de competencia, sin alterar las disposiciones legales existentes. Por lo tanto, la Corte concluye que la Tabla al ser producto de este espacio no normado por el legislador, constituye un mecanismo de control sobre la tenencia máxima para consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, sin infringir el artículo 364 de la CRE.

El criterio fundamental para determinar la constitucionalidad de la aplicación de la Tabla, según el artículo 364, es la no punibilidad de la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para el consumo. Aunque la Tabla establece los máximos de tenencia, en caso de que alguien posea una cantidad superior, corresponde al fiscal contar con elementos de prueba suficientes, los cuales deben ser valorados por el juez durante el proceso penal. Es esencial comprender que el hecho de superar la cantidad máxima permitida no implica automáticamente la culpabilidad, ya que se debe probar la intención de traficar en todos los casos. Por lo tanto, la Corte determina que, la Tabla no puede reemplazar el proceso penal ni excluir la presentación de otras pruebas relevantes para la decisión del juez, asegurando así el derecho a la defensa de todos los procesados.

Es por lo analizado que, la Corte Constitucional contesta la consulta en los siguientes términos:

1. La tabla respecto a cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal establecida en la Resolución No.001-CONSEP-CD-2013 es compatible con el artículo 364 de la CRE.
2. El inciso final del artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal es compatible con el artículo 364 de la CRE, en lo que atañe al objeto de esta sentencia, interpretándose en el sentido que el hecho de superar las cantidades máximas establecidas, no es constitutivo del tipo penal de tenencia y posesión, no establece indicio ni presunción de responsabilidad penal. Si el detenido supera las cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal, corresponde a los operadores de justicia establecer que la persona en tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, tenga la intención de traficar en lugar de consumir, en el marco del derecho al debido proceso.

De igual forma, la Corte Nacional de Justicia en la resolución 780-2013 del caso 1092-2012 ya había desarrollado un criterio bajo la misma lógica de la sentencia prenombrada, en la que determinaron:

El delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes forma parte de los denominados delitos de peligro, por lo tanto, resulta fundamental establecer si la conducta del acusado pone en peligro la salud pública. Resulta indispensable, entonces,

probar que las sustancias encontradas estaban destinadas a la comercialización y no al consumo inmediato, pues, de ser este caso, se trata de un problema de drogodependencia que, de acuerdo al artículo 364 de la CRE, representa un problema de salud pública.

Se destaca la importancia de diferenciar entre la tenencia y posesión ilícita de drogas con fines de comercialización y aquellos destinados al consumo inmediato, subrayando la consideración del delito como parte de los delitos de peligro.

Conclusiones

La convivencia social por antonomasia trae consigo la colisión de intereses, ya sean entre particulares, o entre el poder soberano y los administrados, de tal forma que, la disolución o tratamiento de conflictos se puede lograr mediante un ejercicio de ponderación de derechos, a veces en menor o mayor grado, según la necesidad del caso en concreto a resolver. La pugna entre los derechos de libertad y el derecho punitivo ha sido una discusión que data desde antaño, ante lo cual, en aras de garantizar la libertad como condición inherente a los seres humanos, se ha expandido o minimizado el *ius puniendi*, según la realidad vigente en determinamos momentos históricos, para lograr un equilibrio que permita la cohesión social.

El consumo de drogas, a pesar de la connotación social peyorativa que pueda tener, refleja el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y autonomía que tenemos los seres humanos, desembocando a la vez, en un problema de salud por las consecuencias nocivas que puede generar en las personas que consumen, siendo que al ser un fenómeno colectivo deviene en un problema de salud pública. Sin embargo, entendiendo que la sociedad actual es una sociedad del riesgo, muchas conductas neutras para el derecho también reflejan afectaciones a la salud individual que terminan siendo también un problema de salud pública, como la obesidad, la depresión, la desnutrición, el alcoholismo, tabaquismo entre otros, las cuales, al ser tratadas mediante políticas públicas de diferentes índoles, no son objeto del poder punitivo.

De esta forma, aunque la penalización del tráfico de drogas corresponda a la adherencia de políticas internacionales, debe ser un tipo penal que por la amplitud de conductas que abarca, en todos los casos deberá valorarse las circunstancias inherentes a quienes han incurrido en su comisión, debido a que podría ser el caso de un tráfico *per se*, o de una persona que solo buscaba consumir sin mayores intenciones que constituyan una conducta penalmente relevante.

Los pronunciamientos jurisdiccionales son clave para entender cómo aplicar este tipo penal. El órgano acusador deberá recabar todas las pruebas directas o indirectas que sirvan para demostrar que las sustancias encontradas en poder de alguien son para el tráfico de la misma, es decir, que su comportamiento debe estar adecuado a cualquier verbo rector del tipo junto con el ánimo de traficar, no bastando solo la mera tenencia o posesión en los casos donde las cantidades encontradas sean mínimas, puesto que se corre el riesgo de criminalizar a una persona que sufre de adicción como enfermedad.

Aunque en la actualidad se haya derogado la tabla de droga, estos criterios vinculantes sirven para evitar esta criminalización del consumo, puesto que el tipo penal exige el ánimo de comercializar o colocar en el mercado las sustancias, es decir, que no solo la adecuación típica de un verbo rector bastaría para que haya tipicidad, sino que se debe probar el dolo de traficar, tener conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos que constituyen el tipo penal. De esta forma, aunque se crea que la derogación de la tabla podría traer consecuencias

peyorativas, es obligación de quienes administran justicia observar todos los elementos previos a sancionar respecto de quien se le haya encontrado en posesión o tenencia de estas sustancias, porque por la presunción de inocencia que lo asiste, no debe de probar que es consumidor, sino que la acusación debe de probar que esta persona tenía la intención de traficar y ante la ausencia de este requisito, la absolución es la opción restante.

Referencias

- Albert, C. (1998). *Manual básico de criminología*. <https://yorchdocencia.files.wordpress.com/2015/04/elbert-carlos-alberto-manual-basico-de-criminologia.pdf>
- Artiles, J. (2021). *Una teoría del tipo para el tráfico de drogas en Ecuador*. Revista San Gregorio, 1(47). Ecuador. <http://scielo.senescyt.gob.ec/pdf/rsan/v1n47/2528-7907-rsan-1-47-00143.pdf>
- Ávila, S. (2013). *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: Una mirada desde el garantismo penal*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5925/1/Avila%2c%20R-CON-011-La%20injusticia.pdf>
- Neira, M. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. España: Universidad Carlos III de Madrid. <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/eedbf599-daa5-4b33-8a7b-709373b4b1c9/content>
- Bodero, E. R. (2002). *Relatividad y Delito*. Editorial Temis S.A.
- Calle Calderón, L. (2015, 28 de septiembre). *El Estado de Necesidad y el caso de las drogas en la Doctrina del Tribunal Supremo. Una crítica desde la perspectiva Latinoamericana*. España. Universitat de Girona. <http://hdl.handle.net/10803/327318>
- Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de la República del Ecuador. (2013). Resolución 001 CONSEP-CO. Ecuador.
- Corte Constitucional de la República del Ecuador. (2019). “Sentencia No. 7-17-CN/19”, en el Caso No. 7-17-CN. Quito, D.M., 02 de abril de 2019. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Boletines/Sustanciacion%20C3%B3n/7-17-CN-19.pdf>
- Corte Nacional de Justicia Cuadernos de jurisprudencia penal. Corte Nacional de Justicia 2012-2014. Primera edición. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2014. Colección: Gestión jurisdiccional. Serie: Cuadernos de trabajo, 2.
- Delgado, O., & Muentes, B. (2018). *El Silogismo Roto: Los Efectos Legales de la Tenencia y el Consumo de Droga en el Ordenamiento Interno Ecuatoriano*. Espacio Abierto, 27(4). Universidad del Zulia. Recuperado de <https://redalyc.org/journal/122/12262987003/>
- Echeverri, J. F. (2017). *Despenalización y desarrollo humano: Una mirada desde la teoría del conflicto*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 10(2), 39-58.

- García, F. (2014). *Código Orgánico Integral Penal comentado*. Ara Editores.
- Garciga, O. (2013). *Las conductas adictivas desde un enfoque social*. Revista Habanera de Ciencias Médicas, vol. 12, núm. 4, 2013, 680-687. (Cuba): Universidad de Ciencias Médicas de La Habana.
- Gutiérrez, E. (2020). *El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la sociedad actual: Entre la libertad individual y la responsabilidad social*. Revista de Derecho Constitucional, 38(1), 1-34.
- Kuri, D., & [y] (2021). *Políticas sobre drogas en el Ecuador* (1st ed.). Guayaquil: Universidad Espíritu Santo - Ecuador.
- Montoya, L., & Encalada, P. (2019). *La mínima intervención penal en el COIP en la imposición de la pena*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Muñoz, J. P. (2022). *Estrategias para la prevención del tráfico de drogas en Ecuador: Un análisis comparativo*. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, 17(2), 1-20.
- Organización de las Naciones Unidas. (2010). *Política de drogas y consumo de drogas*. Relator Especial sobre el derecho de toda persona a la salud física y mental. <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-health/drug-policy-and-drug-use>
- Paladines, J. (Mayo de 2017). Matemáticamente detenidos, geoméricamente condenados: la punitividad de los umbrales y el castigo al microtráfico. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/13411.pdf>
- Presidencia Nacional de la Republica del Ecuador. (24 de noviembre de 2023). Decreto Ejecutivo N. 28.
- Pérez, J. (2023). *El narcotráfico como problema complejo: Un análisis desde la perspectiva económica*. Revista de Criminología y Sociología, 35(2), 1-20.
- Registro Oficial Suplemento, 2014-02-10. Código Orgánico Integral Penal, COIP. <https://zone.lexis.com.ec>
- Registro Oficial, 1973-10-03. (1988). Convenio de Estupefacentes y Psicotrópicos de Naciones Unidas. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf
- Registro Oficial, 2008-10-20. Constitución de la República del Ecuador. Recuperado de <https://zone.lexis.com.ec>
- Registro Oficial, 2020-03-09. Reglamento para el Control de Sustancias Sujetas a Fiscalización. <https://zone.lexis.com.ec>
- Rodríguez Moreno, F. (2012). *El agente infiltrado en el Estado de Derecho y de (In) Seguridad*. Cevallos Editorial Jurídica.
- Tancara, C. (1993). *La investigación documental*. <http://www.scielo.org.bo/pdf/rts/n17/n17a08.pdf>

Téllez, J., & Bedoya, J. (2015). *Dosis personal de Drogas: inconsistencias técnico-científicas en la legislación y la jurisprudencia colombiana*. *Persona y Bioética*, 99-116.

Vasilachis, I. (2006). *La investigación cualitativa*. Barcelona, España. Gedisa.

Velásquez, J. (2018). *Vulneración del derecho a la libertad personal a causa de la criminalización de la tenencia de drogas ilegales, para el consumo personal*. Quito, Ecuador: Instituto de altos estudios nacionales la universidad de posgrados del Estado.