



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

TÍTULO

**El incumplimiento del artículo 364 de la Constitución de la República del
Ecuador: criminalización al consumo de drogas**

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de
Justicia de la República del Ecuador

AUTOR: KRISTIE LORENA MORALES CRESPO

DIRECTOR: DOCTOR PABLO GALARZA

Cuenca, Ecuador

2019

Dedicatoria

Este trabajo de titulación lo dedico:

A mis padres, quienes con su sacrificio me han enseñado la importancia del estudio, y que todo esfuerzo tiene su recompensa.

A mis hermanas, que me han dado su ejemplo, su apoyo incondicional y me han demostrado que con perseverancia puedo lograr todas las metas que me proponga.

A mis abuelos y sobrino, que me han motivado e inspirado a mejorar cada día.

A mis compañeros, por compartir este largo camino universitario en el cual se fortalecieron lazos de amistad para toda la vida.

Agradecimientos

Agradezco a la Universidad del Azuay por su docencia responsable, ética y humana.

De manera especial, quiero agradecer a mi director de tesis, Dr. Pablo Galarza, por su voluntad, tiempo y dedicación para la elaboración de este trabajo.

A mi familia y amigos.

Índice de Contenidos

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTOS	III
ÍNDICE DE CONTENIDOS	IV
RESUMEN	VII
ABSTRACT	VIII
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: CONCEPTOS GENERALES, RESEÑA HISTÓRICA Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.....	3
1.1. Conceptos y definiciones.....	3
1.1.1. Droga: breve referencia a la clasificación del Consejo Nacional de Control de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes (CONSEP): estupefacientes y psicotrópicos	3
1.1.2. Drogadicción: una enfermedad crónica multifactorial.....	8
1.1.3. Drogadicto	15
1.1.4. Consumidor: clases.....	15
1.1.5. Diferencia entre adicto y consumidor: tolerancia y síndrome de abstinencia	18

1.2. Reseña histórica referente a la normativa que ha regido en el Ecuador en el tema de drogas	19
1.3. Principios fundamentales para la toma de decisiones judiciales relacionados con las drogas	28
1.3.1. Objetividad:	30
1.3.2. Economía procesal:	32
1.3.3. Celeridad:	33
1.3.4. Mínima intervención penal:.....	34
1.3.5. Proporcionalidad:.....	36
1.3.6. Favorabilidad:.....	38
CAPÍTULO II: TRATAMIENTO DEL CONSUMO DE DROGAS A PARTIR DEL ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 364 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	40
2.1. Deberes del Estado ecuatoriano frente al consumo de drogas	40
2.1.1. Salud y tratamiento de la adicción.....	43
2.1.2. Información, prevención y control del consumo.	43
2.1.3. No criminalización del consumo y vulneración de derechos constitucionales.	47
2.2. Garantías del consumidor de drogas.....	49
2.3. El consumo de drogas como un problema de salud pública	54
2.4. Importancia de la investigación previa, pruebas de cargo y descargo	58

2.5. Referencia a la tabla de sustancias de la resolución No. 001- CONSEP-CO-2013.....	61
---	----

CAPÍTULO III: TRATAMIENTO DE LA DROGADICCIÓN EN DERECHO COMPARADO Y ALTERNATIVAS AL PROBLEMA	65
---	-----------

3.1. Análisis de la normativa que regula el consumo de drogas en Bolivia y Chile.....	65
--	----

3.1.1. Bolivia	66
----------------------	----

3.1.2. Chile	69
--------------------	----

3.2. Alternativas que se podrían adoptar en la legislación nacional para regular el consumo de drogas.....	72
---	----

3.3. Alternativas Doctrinarias: Hacia un nuevo derecho penal	74
--	----

3.4. Sentencia No. 7-17-CN/19.....	77
------------------------------------	----

3.5. Conclusiones y recomendaciones	80
---	----

3.5.1. Conclusiones:	80
----------------------------	----

3.5.2. Recomendaciones.....	83
-----------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA:.....	85
---------------------------	-----------

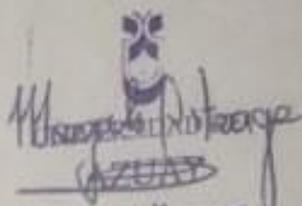
Resumen

Con la entrada en vigencia del artículo 364 en la Constitución del 2008 en la República del Ecuador, se estableció la prohibición de criminalizar el consumo de drogas y la consideración de las adicciones como un problema de salud pública. Con la introducción de estos mandatos, se debió restaurar el sistema punitivo y marco legal. Esta investigación demuestra las incongruencias normativas existentes hasta la actualidad, los obstáculos legales, sociales e institucionales, que no permiten la correcta y cabal aplicación del artículo 364, que constituyen una verdadera vulneración de derechos de los consumidores e imposibilitan su acceso adecuado a tratamiento y rehabilitación. Así mismo, demuestra alternativas de solución para el fenómeno social de las adicciones.

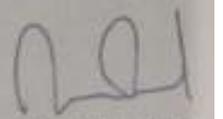
Abstract

ABSTRACT

The prohibition to criminalize drug consumption and the consideration of addictions as a public health problem was established after the entry into force of article 364 in the Constitution of the Republic of Ecuador from 2008. With the introduction of these mandates, the punitive system and legal framework had to be restored. This investigation demonstrates the normative inconsistencies and the legal, social and institutional obstacles, which do not permit the correct and full application of article 364. These discrepancies constitute a true violation of consumer rights and prevent their adequate access to treatment and rehabilitation. Likewise, alternative solutions for the social phenomenon of addictions are shown.



Dpto. Idiomas



Translated by
Ing. Paul Arpi

Introducción

El conflicto social de las adicciones ha sido de gran preocupación por parte de los Estados; más aún en los de Latinoamérica que son conocidos mundialmente como productores de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. El estudio de este fenómeno es relevante en Ecuador porque es un país importante para el tránsito de drogas.

Los Estados y la comunidad internación en sí, han tratado a este conflicto con una visión prohibitiva, represiva y punitiva, que ha dado como resultado un rotundo fracaso, aumentando el tráfico ilícito, el consumo de drogas, produciendo el hacinamiento de las cárceles, la congestión del sistema de justicia y vulnerando derechos humanos.

La Constitución de la República del Ecuador del 2008 ha establecido la prohibición de criminalizar el consumo y la determinación de las adicciones como un problema de salud pública. La Constitución busca la prevención integral y rehabilitación para proteger a los consumidores, sin dejar de lado la regulación y control de los delitos relacionados a las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Esta es la primera distinción entre traficantes y consumidores que se ha dado en la historia del Ecuador, da importancia al origen del problema: el uso y consumo de drogas que es un fenómeno con consecuencias sociales, sanitarias y de seguridad ciudadana.

Al estar el consumo de drogas y el derecho a no ser criminalizado consagrado en la constitución, requiere de respaldo institucional, infraestructural y normativo; ha surgido así la necesidad de reestructurar el sistema punitivo y marco legal, ya que el Estado tiene ahora el deber de garantizar el derecho de los consumidores y de dar un

diferente tratamiento a las adicciones, dejando de ser un problema de seguridad nacional, para pasar a ser de salud pública.

Es por esto que la presente investigación tiene el objetivo de analizar el marco legal y tratamiento del consumo de drogas en el Ecuador, año 2019, con el fin de establecer si efectivamente se está dando cumplimiento al artículo 364.

Este trabajo está dividido en tres capítulos. En el primer capítulo se identificarán los conceptos generales de la droga y drogadicción, tomando como base la reseña histórica de la normativa que ha regido hasta la actualidad y los principios fundamentales, con el objeto de determinar si las administraciones de justicia al emitir decisiones judiciales dan cumplimiento al mandato constitucional.

En el segundo capítulo se analizará el tratamiento del consumo de drogas en el Ecuador: el rol del Estado frente al problema de drogas en el Ecuador, a fin de establecer las garantías que debe ofrecer el sistema a los consumidores. Y por último en el tercer capítulo se comparará la legislación de Bolivia y Chile con la ecuatoriana y se analizará doctrina para determinar alternativas que podrían ser adoptadas por la normativa nacional.

Para ello, se utilizará preferentemente el método científico de investigación, así como también se hará uso del método de investigación deductivo y el analítico, utilizando herramientas como estudio de doctrina, conceptos básicos, tratamiento a las personas consumidoras, análisis de normativa nacional e internacional (derecho comparado) que rige la enfermedad de la adicción.

CAPÍTULO I: CONCEPTOS GENERALES, RESEÑA HISTÓRICA Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

En este capítulo se identificarán los conceptos generales de la droga y drogadicción para establecer y explicar por qué la adicción a las drogas debe ser entendida y tratada como una enfermedad por nuestra legislación. Además se realizará una reseña histórica de la normativa que ha regido hasta la actualidad para demostrar el cambio drástico de visión que ha tenido el Estado frente a este fenómeno social, describiendo finalmente los principios fundamentales que la administración de justicia debe observar al momento de emitir decisiones judiciales; todo este análisis en virtud de determinar si las autoridades judiciales cuentan con el soporte legal necesario para que sus resoluciones den cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 364.

1.1. Conceptos y definiciones

1.1.1. Droga: breve referencia a la clasificación del Consejo Nacional de Control de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes (CONSEP): estupefacientes y psicotrópicos

La droga no es concepto unívoco, depende del uso que se le dé, como es de conocimiento común estas sustancias pueden ser de uso recreativo, medicinal, ritual, terapéutico, sacramental, etc.

Según el Glosario de Términos de Alcohol y Drogas (Organización Mundial de la Salud , 1994) (OMS) el concepto es de uso variado: en las ciencias médicas se refiere a aquella sustancia usada para prevenir o curar una patología, en farmacología a la sustancia química que modifica los procesos fisiológicos y bioquímicos de los

organismos y en lenguaje informal para referirse a sustancias ilegales, sin utilidad terapéutica.

El concepto en lenguaje informal aporta que existen drogas legales e ilegales; en esta investigación se hará alusión solamente a aquellas no permitidas por el ordenamiento jurídico, es decir aquellas que su elaboración y venta constituye un delito y que solo se consiguen de manera informal e ilegal.

El Diccionario de la Real Academia Española (RAE) define extrajudicialmente a droga como: “Sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno” (2018); es precisamente a éste tipo de droga que se referirá este trabajo, aquella que es auto administrada y que al ser introducida en el cuerpo humano produce diferentes efectos: físicos como la dependencia y psicológicos como el cambio de percepción de la realidad, del estado de ánimo, de la conciencia, etc.

Es menester analizar un concepto jurídico de droga, el Diccionario de Ciencias Penales define a droga como: “toda sustancia química o natural, psicótropa, que es capaz de producir dependencia, ya sea física o psicológica”, y define también a psicotropía como aquella sustancia: “que actúa sobre la función, el comportamiento o la experiencia psíquica, bien por acción directa sobre el Sistema Nervioso Central, bien por acción periférica sobre las neuronas, produciendo efectos psicolépticos, psicoanalépticos o psicodislépticos, según provoque disminución, aumentos o distorsión de la actividad psíquica” (García, Valmaña, & Téllez, 2000).

En Ecuador los delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización están regulados en el Código Orgánico Integral Penal en el Libro Primero, Título IV, Capítulo Tercero: Delitos contra el Buen Vivir, Sección Segunda,

con penas que oscilan desde uno hasta diecinueve años. Esta investigación se enfocará en el artículo 220: Tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización, inciso final del mismo cuerpo normativo que establece que: “La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible” (Código Orgánico Integral Penal , 2014).

El Anexo de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización (Ley de Prevención de Drogas) establece y detalla las sustancias estupefacientes y psicotrópicas catalogadas sujetas a fiscalización, pero para lo que interesa en este trabajo, se puntualizará solamente a aquellas sustancias que contiene la tabla de cantidades para el consumo, que fue elaborada por el órgano encargado en su momento, el inexistente Consejo Nacional de Control de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes (CONSEP).

La Resolución 001-CONSEP-CD-2015, contiene la tabla de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, la cual detalla la mínima, mediana, alta y gran escala que una persona puede poseer o tener; es decir esta tabla será aplicada al momento en el que una persona se encuentre en posesión o tenencia de una sustancia ilegal, para que así se le aplique la sanción correspondiente proporcional a la cantidad. Así mismo, la Resolución No. 001-CONSEP-2013 desarrolla el inciso final del artículo 220 del COIP, recomendando la cantidad máxima que una persona puede poseer para su consumo personal, para que no sea penada y pueda en teoría acudir a un centro de rehabilitación y tratamiento.

Esta tabla clasifica a las sustancias en estupefacientes y psicotrópicas, por lo que es necesario definir las y mencionar cuáles son las que observa la tabla elaborada por el

CONSEP, ya que existe el parámetro de permisibilidad y no punibilidad para los consumidores que usen solamente esos tipos de sustancias. Para el consumo de otras sustancias que no estén detalladas en la tabla la Ley de Prevención de Drogas no determina cuál es el procedimiento para evitar la criminalización del consumo, es decir que el consumidor de otras sustancias será penado según la ley, aunque exista mandato constitucional que lo prohíba.

La Ley de Prevención de Drogas y su Reglamento no definen lo que son sustancias estupefacientes y psicotrópicas. En términos generales estas sustancias son aquellas que atacan principalmente el sistema nervioso central y lo hacen estimulándolo o deprimiéndolo.

La Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica de Argentina define a las sustancias psicotrópicas y estupefacientes de la siguiente manera:

Psicotrópico: cualquier sustancia natural o sintética, capaz de influenciar las funciones psíquicas por su acción sobre el Sistema Nervioso Central (SNC).

Estupefacientes: toda sustancia psicotrópica, con alto potencial de producir conducta abusiva y/o dependencia que actúa por sí misma o a través de la conversión en una sustancia activa que ejerza dichos efectos (s.a., p. 1).

Por otra parte, en el ámbito de la farmacología, un psicótropo engloba a una variedad de medicinas destinadas al tratamiento de trastornos y enfermedades psíquicas o neurológicas como: depresión, ansiedad, insomnio, psicosis, manía, etc., que pueden traer como consecuencia cambios temporales en la percepción, ánimo, estado de conciencia y comportamiento (Boquet, 2017).

De igual manera, en farmacología, estupefacientes son medicamentos relacionados por lo general con el tratamiento y control del dolor, pero estas sustancias tienen un índice terapéutico muy pequeño, es decir, sus dosis deben ser muy exactas para cada patología e indicación en particular ya que, producirá según el caso y la dosis excitación o depresión. Pueden producir diferentes efectos adversos como: depresión respiratoria, náuseas, vómitos, mareos, confusión mental, disforia, comezón, estreñimiento, incremento de la presión en las vías biliares, retención urinaria, hipotensión, etc. La administración de estos fármacos debe ser prescrita por un médico especializado en la materia porque por sus efectos adversos, en casos de exceso de dosis las consecuencias pueden ser muy graves. (Boquet, 2017)

De lo mencionado anteriormente se determina que en farmacología se considera a las sustancias psicotrópicas como el género y sustancias estupefacientes como una especie. Los primeros utilizados principalmente para tratar enfermedades y trastornos mentales y los segundos para aliviar el dolor; ambos con efectos secundarios y graves consecuencias al consumir dosis altas, por lo que el consumo prescrito y en dosis exacta es medicinal, el consumo ilegal viene a ser aquel que es sin vigilancia médica y en dosis auto administradas. La Resolución No. 001-CONSEP-CD-2015 ubica dentro de las sustancias psicotrópicas a: anfetaminas, metilendioxifenetilamina (MDA) y éxtasis (MDMA); y dentro de las sustancias estupefacientes: heroína, pasta base de cocaína, clorhidrato de cocaína y marihuana.

De igual manera la tabla de la Resolución No. 001-CONSEP-CD-2013 recomienda el gramaje máximo de tenencia de sustancias sujetas a fiscalización para el consumo personal. Las cantidades son:

- Anfetaminas= 0,40gr.

- Metilendioxifenetilamina (MDA)= 0,15gr.

-Éxtasis (MDMA)=0,015gr.

-Heroína= 0,1gr.

- Pasta base de cocaína=2gr.

-Clorhidrato de cocaína= 1gr.

-Marihuana= 10gr.

1.1.2. Drogadicción: una enfermedad crónica multifactorial

Está comprobando científicamente que las drogas producen graves daños al cerebro y conducta de quien la consume, sin distinción si el uso fue por períodos cortos o largos; daños que se ven reflejados en dificultad en los procesos de aprendizaje, recompensa, motivación y control de la memoria.

La drogadicción, también llamada como “trastorno por consumo de sustancias”, afecta la salud y crea dependencia física y psicológica: “Cuando se usa una droga de manera reiterada, las neuronas del cerebro se adaptan a ella y funcionan normalmente solo en presencia de esa droga. A su vez, esto conduce a una sensación de ansia irresistible y al uso compulsivo” (Organización Panamericana de la Salud, 2009). Obviamente la rapidez de la dependencia y las consecuencias en la salud varían según la droga consumida.

Por lo expuesto anteriormente, se considera por la Organización Mundial de la Salud, a la drogadicción como una enfermedad crónica ya que por el consumo prolongado produce dependencia.

También se considera que el consumo de sustancias es multifactorial, es decir el consumo no depende solamente de la voluntad del individuo, sino que tiene que ver con enlaces biológicos y genéticos, psicosociales, culturales y ambientales, el consumo tiene que ver con factores de riesgo que afectan a esta conducta y que pueden contribuir para que se desarrolle la enfermedad de la adicción.

Factor de riesgo “es una característica interna y/o externa al individuo cuya presencia aumenta la probabilidad o la predisposición de que se produzca un determinado fenómeno” (Luengo, et al., 1999). Variará según cada individuo la predisposición o vulnerabilidad a los diferentes tipos de drogas, es por esto que existen personas que consumen y otras que pueden mantenerse en abstinencia toda su vida.

Varios autores coinciden en que la adolescencia es una etapa en la que las personas son más influenciables y, por lo tanto, susceptibles de que factores de riesgo los afecten. Existe un sinnúmero de factores de riesgo y para la doctrina no ha sido posible hasta la actualidad llegar a una unanimidad de una clasificación taxativa; sin embargo, mencionaremos a los tres principales grupos según Laespada, et al.: individuales, relacionales y sociales; factores que consideran no son afirmaciones categóricas, sino que resultado de evidencia empírica.

Factores de riesgo individuales: “Hacen referencia a las características internas del individuo, a su forma de ser, sentirse y comportarse. La edad, la personalidad, los recursos sociales de que dispone, las actitudes, los valores, la autoestima, etc. conforman un sujeto único” (Laespada, Iraurgi, & Aróstegi, 2004). Es decir, los riesgos individuales serán todos los factores que confluyen para que la persona sea como es, para que tenga cierta manera de percibir el mundo y la realidad, se presentan desde el crecimiento, no solo cuando amenaza el consumo de drogas.

Dentro de estos, siguiendo el mismo criterio de los autores mencionados, se nombrará los que se consideran más influyentes:

- Actitudes, creencias y valores: estos factores condicionarán a la persona según sea su religión, valores inculcados e interiorización que el sujeto realice sobre los mismos, la educación que reciba con relación a los efectos y consecuencias de la droga, la sociedad en la que viva y el orden que se imponga dentro de la misma (que será lo que consideren socialmente aceptable), etc. De acuerdo a la percepción que la persona forme de la información que recibe de las drogas, tendrá un pensamiento o creencia positiva o negativa hacia el consumo de sustancias; es decir si piensa que las drogas son positivas es posible que en algún punto las consuma y lo mismo de modo opuesto; así mismo su actitud dependerá de la creencia que tenga, si es positiva tal vez su actitud sea permisiva al momento en que le ofrezcan drogas o si es negativa es probable que las rechace. Las actitudes corresponderán también a los valores con los que creció el individuo, algunos autores sostienen que, si aprecia más valores personales que sensaciones inmediatas como el vivir el momento, sexo, placer, experimentar y placer, serán más propensos a caer en el consumo.
- Habilidades o recursos sociales: “Las habilidades sociales son capacidades de interacción social, recursos para establecer relaciones adecuadas y adaptadas a la realidad, expresando las propias opiniones y sentimientos” (Laespada, et al, 2004; pg. 19). En este contexto, la persona que presenta conflicto en relacionarse con los demás, dificultad de diálogo, de expresarse, es más propensa a necesitar un estímulo que brinde seguridad y bienestar. La droga hace que la persona cohibida, apartada sienta confianza y poder para

relacionarse con los demás, y esto es más probable cuando el consumo es incentivado por un grupo social al que la persona quiere pertenecer.

- Autocontrol: Es la capacidad de cada persona de poder controlar sus pensamientos y sus acciones. La persona que tiene un buen nivel de autocontrol, no permitirá que comportamientos que le permiten sentir satisfacción de un momento, le afecten grave y negativamente a largo plazo. Por lo tanto, a un mayor autocontrol, menor será el grado de vulnerabilidad del sujeto al consumo de drogas.
- La experimentación: La búsqueda de nuevas vivencias es uno de los factores más importantes que llevan al consumo, ya que está comprobando que hay personas que desde la primera vez que prueban droga se vuelven adictas y no es necesario la repetición continua de esta conducta en todos los casos; por lo tanto, la experimentación es una grave amenaza a la sociedad en la que los jóvenes viven bajo pensamientos de vivir el día, sin importar las consecuencias que sus actos puedan traer.

Factores de riesgo relacionales: Se refieren a aquellos espacios dentro de los cuales se desarrolla socialmente el individuo.

- La escuela: Es el lugar en donde se recibe educación y es uno de los primeros puntos en los que socializa el ser humano, forma sus primeras relaciones interpersonales y se junta con sus similares. Todas las personas tienen diferentes intereses y valores, pero siempre coincidirán con personas de iguales pensamientos y esto los puede llevar a tomar actitudes positivas o negativas; la escuela así se transforma en un escenario en el cual si el sujeto tiene actitudes positivas se puede reflejar en reconocimientos, buen desempeño académico,

pacífica convivencia con los compañeros, y más, y si son actitudes negativas se refleja en faltas de asistencia, bajo desempeño académico, conductas desviadas que le llevan a meterse en problemas dentro de los cuales puede encontrarse inmerso el consumo de drogas y comportamientos delictivos.

- Grupo de pares o grupo de amigos: Son personas que rodean a cada individuo y que son elegidas por el mismo, por lo que serán personas con quienes siente confianza, integración y correspondencia.

El grupo proporciona sensación de pertenencia, comprensión, reconocimiento, etc., por lo que se constituye como un foco de grandes influencias. Los compañeros proporcionan información directa o indirecta sobre aquellas conductas que son aceptadas y reconocidas en determinadas situaciones sociales, diferentes a las que el sujeto vive en su medio familiar. El grupo establece sus propias normas y el sujeto que pertenece al grupo debe adoptarlas para ser valorado. En este sentido, si el grupo muestra una actitud favorable al consumo, el adolescente adoptará también estas mismas reglas en su repertorio de conducta (Laespada, Iraurgi, & Aróstegi, 2004).

- Ocio, noche, fines de semana, diversión, dinero: Las actividades que realizan las personas en el tiempo libre son actividades que o no se rigen por reglas ni normas de comportamiento, o son acordadas por el grupo; por lo que este tiempo es muy apreciado por los adolescentes y jóvenes. Muchas veces en estos espacios se presenta la oportunidad de consumo de alcohol, tabaco y muchas otras sustancias que son usadas como una forma de diversión. El alcohol y otras sustancias son variadas y son económicamente accesibles para adolescentes, jóvenes y adultos, en estos lugares es común encontrar proveedores de

sustancias que facilitan el consumo dependiendo de las posibilidades económicas de cada quien.

- Familia: La familia es el primer escenario en el que cada persona desarrolla capacidades relacionales y los factores más importantes son: las relaciones afectivas entre padres e hijos, las prácticas educativas ejercidas por las figuras parentales y la influencia de los padres como modelos de comportamiento. Las relaciones de familia son de tal importancia, al punto que pueden ser consideradas como factor de protección, si se desarrollan dentro de un ambiente pacífico, de seguridad y estabilidad; y también pueden ser consideradas como un factor de riesgo si son relaciones dañinas, tóxicas o es un ambiente hostil en el que vive. Si el caso es de una familia que representa un factor de riesgo, es probable que el querer escapar de los problemas o de la vivencia diaria guíe a la persona a tomar malas decisiones como el consumo de alcohol y drogas.

Existen tres modelos de prácticas educativas ejercidas por los padres: en primer lugar está el estilo autoritario que responde a la obligación de seguir normas y al castigo de la desobediencia, en segundo lugar el estilo permisivo en la que no se tiene claro límites ni quien tiene el mando, lo que causa desinterés hacia él, y en tercer lugar está el estilo democrático o con autoridad en el que predominan los padres el control pero explicado por reglas claras, que incluye la opinión y participación de los hijos al momento decidir sobre asuntos importantes y la adquisición de autonomía.

Factores de riesgo sociales: Depende del contexto social en el que se encuentre una persona, si la ingesta de sustancias tiene sentido o no; es decir saber si las sustancias

son accesibles, si son posibles de incorporar al estilo de vida, de qué manera es visto el consumo, qué tan aceptado es y qué tan permisiva es la sociedad.

- Conocimiento, accesibilidad y publicidad sobre las drogas. Percepción del riesgo que acarrea el consumo: En cuanto al momento de conocimiento de las drogas se dice que se da generalmente entre los 13 y 16 años y que la información que obtiene proviene de los medios de comunicación, la familia, los amigos y la escuela; pero es pasada la adolescencia en la que se da la búsqueda de la experiencia y vivencias propias para tener un conocimiento personal. La accesibilidad y publicidad de las drogas hace referencia a la facilidad de tener contacto con ellas, de los precios y el marketing que se maneja para que sean sustancias atractivas para el consumo. Los medios de comunicación dan la errónea idea de que consumiendo drogas se conseguirán efectos satisfactorios personales como placer y diversión, dejando de lado que se debe advertir sobre lo dañino de las sustancias. El consumidor se encuentra así vulnerable ante la incompleta información, ya que estudios han demostrado que la información real y veraz demuestran el riesgo y por la percepción del mismo, su consumo es menor.

Una vez explicados los factores de riesgo más influyentes para el consumo, cabe recalcar que la doctrina ha llegado a la conclusión unánime de que mientras más confluyan factores de riesgo, mayor es la probabilidad de consumo por la vulnerabilidad que causan a la persona.

1.1.3. Drogadicto

Para definir al drogadicto o persona con adicción a las drogas, es importante hacer una distinción entre los términos: uso, abuso y drogodependencia. Según María del Carmen Molina, uso hace referencia a un consumo ocasional, eventual, esporádico, que no supone implicaciones sociales ni clínicas. Abuso de drogas hace referencia por otra parte a un consumo potente y duradero en el tiempo, que refleja cambios en el estado mental y emocional debido a variaciones cerebrales que producen desorden permanente de la conducta. Por último, drogodependencia define al síndrome que conlleva un cuadro de comportamientos en el que la persona vive para consumir, su prioridad es permanecer la mayoría del tiempo bajo los efectos de determinada o determinadas sustancias por encima de lo que se considera habitualmente importante como el trabajo o familia (Molina, 2008).

Por lo tanto, este trabajo hará especial énfasis al abuso de drogas y drogodependencia o drogadicción; ya que son los consumidores problemáticos de los que el Estado tiene mayor preocupación porque traen problemas personales, familiares, económicos, laborales, son proclives a cometer delitos para su consumo, etc. Son personas que, si bien su consumo empezó siendo voluntario, después difícilmente dejarán de consumir sin ayuda.

1.1.4. Consumidor: clases

Luego de haber determinado las generalidades de la enfermedad de la adicción, surge desde luego la interrogante de sentido común, del saber por qué las personas a pesar de tener conocimiento de los efectos nocivos y dañinos que producen estas sustancias en el cuerpo humano, siguen consumiendo las mismas. “La respuesta está en el

cerebro: todas las drogas estimulan los mecanismos relacionados con el refuerzo positivo (facilita las conductas que llevan a sensaciones agradables, como la euforia) y algunas además reducen o eliminan las sensaciones desagradables” (Casino, 2003).

En palabras de Casino, las drogas estimulan la liberación de dopamina de las neuronas, lo cual provoca euforia y refuerzo de la conducta. Es decir, al consumir drogas, la persona tiene sensaciones placenteras que hace que olvide sus problemas y se aleje de la realidad, convirtiéndola vulnerable ante el deseo incontrolable, incluso involuntario de volver a consumir.

Los cambios bioquímicos y eléctricos que ocurren en el cerebro con la llegada de la droga se convierten a la larga en cambios estructurales duraderos y quizá definitivos. El cerebro se transforma de tal modo que, para los adictos, "los efectos inmediatos de las drogas son más potentes que el hecho de darse cuenta de sus consecuencias negativas a largo plazo” (Casino, 2003). De esta manera se busca ver a través de los ojos de los consumidores y explicar qué es lo que los atrae al consumo.

El artículo 364 establece que al Estado le corresponde ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. (Constitución de la República del Ecuador , 2008). Se hará referencia a estos tipos de consumidores, ya que son los que cuentan con acceso al derecho de tratamiento y rehabilitación.

Esta clasificación surge por la periodicidad o frecuencia del consumo, la clasificación deja fuera al consumidor experimental, que es aquel que ha probado drogas por curiosidad, búsqueda de placer, falta de información de los riesgos, presión, u otros, y

la ha consumido hasta tres veces en su vida, pero no lo volvió a hacer, lo abandonó o lo hace muy rara vez (Secretaría General de la Comunidad Andina, 2012).

Consumidor ocasional (uso): es considerado ocasional aquel que consume 1 o 2 veces al mes. Es un uso intermitente de una o varias sustancias, consume de manera no periódica, no planea su consumo y tiene la capacidad de abstenerse por periodos largos de tiempo. La motivación puede estar encaminada por la búsqueda de placer, satisfacción, relajación, para facilitar relacionarse y más. La persona consume sustancias en conjunto con otros consumidores y aunque conoce los efectos es capaz de abstenerse cuando lo desee, por lo que no es quien adquiere de un proveedor, sino porque le comparten (Secretaría General de la Comunidad Andina, 2012; p. 75-76).

Consumidor habitual (abuso): es considerado habitual aquel que consume cada semana o varias veces en la semana. Es un consumo más frecuente, en periodos seguidos de tiempo. Entre las motivaciones que tiene el sujeto están: "...vivencia de pertenencia al grupo y necesidad de reconocimiento dentro de éste, mitigar la soledad, el aburrimiento, la ansiedad, reafirmar independencia o aversión hacia la sociedad y reducir el hambre, el frío, la debilidad o el cansancio" (Secretaría General de la Comunidad Andina, 2012; p. 75). El sujeto busca las situaciones en las que consume generalmente drogas y se convence a sí mismo que aún puede abandonar la droga, pero no son sus deseos. Tiene contacto con proveedores porque se abastece él mismo.

Consumidor Problemático (dependencia o adicción): también llamado consumidor intensivo, es aquel que consume 1 o varias veces por día. Están incluidos dentro de esta clase el abuso de droga y los drogadictos. El uso es recurrente, ya está inmerso en los efectos que produce en la salud (físicos y mentales), problemas relacionales, laborales, familiares, y más (Secretaría General de la Comunidad Andina, 2012; p. 76).

Sufre dependencia, sus motivaciones ya no son las mismas que los demás consumidores, pues a éste a más de sentir el efecto de la droga, su cuerpo y mente le pide la ingesta de sustancias, causando el síndrome de abstinencia en caso de que se proponga dejar.

1.1.5. Diferencia entre adicto y consumidor: tolerancia y síndrome de abstinencia

La diferencia ente un adicto y un consumidor es la tolerancia.

La tolerancia es una consecuencia del consumo prolongado; es decir cuando el consumidor ingiere por primera vez una sustancia lo hace en cierta dosis que generalmente será mínima y obtendrá el efecto deseado, ya sea excitación, euforia, depresión del SNC, etc.; los siguientes consumos pueden ser iguales y pueden producir los mismo efectos; pero al pasar del tiempo, el organismo humano desarrolla cierta resistencia a la droga, el cuerpo se acostumbra a recibir esas sustancias y a asimilarlas, por lo que para que genere los efectos deseados la cantidad de la sustancia, la dosis tendrá que ser mayor y mayor cada vez. Además, el organismo del consumidor aumenta su capacidad para metabolizar la droga.

Consumiendo ya dosis altas, por la dependencia a la misma y la tolerancia que generan las drogas, posiblemente la persona ya no se sacie con un tipo de droga porque ya no le generará los mismos efectos; empezará a consumir diferentes tipos de drogas a la vez. Cuando una adicción es así de fuerte (adicción a varias sustancias) puede llegar a pensar que ya no puede vivir sin droga.

Por las consecuencias de la adicción como problemas de la salud, sociales, económicos, etc., la persona puede verse ante el intento de dejar de consumir, y es ahí

donde se presenta el síndrome de abstinencia que es aquel proceso psicofarmacológico que: "... se caracteriza por la aparición de síntomas físicos y psicológicos desagradables cuando se reduce abruptamente o se interrumpe el consumo de una droga. Los síntomas de abstinencia varían desde los más leves, como los que experimenta el bebedor de café que reduce o interrumpe la ingestión de cafeína, a los síntomas que ponen en peligro la vida" (Organización Panamericana de la Salud, 2009).

El síndrome de abstinencia es fisiológico y psicológico, es decir que además de que el cuerpo no soporta estar sin la administración de cierta sustancia, también existe un deseo mental que puede persistir por mucho tiempo después de que una persona esté desintoxicada. Es preciso reiterar que muy difícilmente un consumidor podrá por su propia voluntad y medios dejar de consumir hasta estar limpio, por lo general este proceso debe ir acompañado de la ayuda de profesionales de la materia.

1.2. Reseña histórica referente a la normativa que ha regido en el Ecuador en el tema de drogas

Una vez que se ha explicado de manera general lo que es droga, drogadicción y la problemática social, educativa, económica, de salud, etc. que trae consigo el consumo de drogas, se realizará la reseña histórica de la normativa que ha regido en el Ecuador, con el fin de comprender su evolución y el tratamiento que se ha dado a este fenómeno en el país.

Ecuador si bien no es un país principalmente productor ni ha pasado en su historia por perturbaciones de un mercado dinámico de sustancias, es un país importante para el tránsito de drogas ilícitas e insumos químicos y para lavado de dinero (Edwards, 2010,

p. 51). Existe en la historia del Ecuador una etapa de combate a las drogas y otra de prevención. En la primera etapa (en cuanto al consumo, punto central en esta investigación) no destaca ninguna norma que lo regule, pues estaba prohibido en su totalidad.

La ley en la primera etapa era sancionadora e intolerante porque respondía a presiones internacionales, principalmente por Estados Unidos. En la segunda etapa la ley trata de alejarse de la respuesta punitiva al problema, de la errónea creencia que todo se soluciona con el encarcelamiento e incorpora la prevención a las drogas por medio de proporcionalidad en las penas, indultos, construcción de umbrales para evitar la criminalización a los consumidores, entre otros.

Según Jorge Paladines (2016, p. 8) cualquier legislación depende de lo establecido en instrumentos internacionales y los más importantes en materia de drogas son: la Convención Única sobre Estupefacientes en 1961, el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1988. A base de estos instrumentos se desarrolla el Régimen Internacional de Control de Drogas (RICD), cuyos órganos son la Comisión de Estupefacientes, la Junta Internacional de Fiscalización de Drogas (JIFE) y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD).

Ecuador empezó a regular las conductas relacionadas con las drogas a inicios del Siglo XX y hasta la actualidad ha tenido 8 leyes específicas de la materia; se analizará de manera breve cada una con sus aportes y características más relevantes. Análisis basado en el texto “En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador” (Paladines, 2016), las leyes son:

1. Ley de Control del Opio de 1916: esta ley es el origen de la legislación antidrogas y surge poco tiempo después de la realización de la Comisión Internacional del Opio de 1909, comisión que fue propiciada por Estados Unidos y en la cual el país norteamericano asume el rol de rector del mundo contra el uso de ciertas sustancias. El consumo era totalmente prohibido y la persona que intentaba consumir era mal vista y criticada moralmente.

2. Ley sobre importación, venta y uso del opio y sus derivados y de los preparados de la morfina y de la cocaína de 1924: esta ley nació de la necesidad de regular otras sustancias diferentes al opio, sustancias que son iguales o más dañinas aún, entre esas la coca y la amapola. La pena para el delito de comercio ilegal podía variar de uno a tres meses de prisión.

3. Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes de 1958: esta ley no se limitó a regular el opio, morfina y cocaína, amplía a todo tipo de drogas y preparados estupefacientes, a precursores químicos y materia prima para elaborar las sustancias ilícitas. Un aporte importante de esta ley es que incluyó el término “tráfico”, que engloba los verbos rectores del actual delito de tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización. La pena era prisión de cuatro a ocho años.

4. Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes de 1970: esta ley agravó las penas, alentada por la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, planteó a las drogas como un riesgo social y económico mundial, como un peligro para el individuo y la causa del desastre de la sociedad, empezando así la llamada “Guerra contra las Drogas”, guerra que fue impulsada principalmente por los Estados Unidos. Reprimió el delito de tráfico con penas privativas de libertad entre ocho a doce años.

5. Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1974: esta ley surgió a partir de la Convención Única de 1961 en la que se usó de manera imprecisa términos como “sustancias estupefacientes”, “sustancias psicotrópicas” o “narcóticos” sin diferenciarlos de manera clara, lo que produjo que se utilice el término “droga” como el más común para describir este tipo de sustancias. La pena de prisión por tráfico de drogas era de ocho a doce años. Esta ley además diferenciaba al tráfico de drogas de la comercialización de marihuana, la pena por comercio de marihuana era menor, especial y de trato atenuado.

6. Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1987: esta ley entró en vigencia en el mandato del Presidente León Febres Cordero, desde esta ley se representa la desproporcionalidad y desbalance de las normas. La pena de prisión más dura que existía en el país era de dieciséis años para el delito de homicidio y esta ley equiparó las penas de tráfico de drogas con el de homicidio con penas de doce a dieciséis años; desde ese momento se marcó un esquema de penalidad. Se mantenía la diferencia con el tráfico de marihuana que era penado con prisión de ocho a doce años.

7. Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1990 (Ley 108): esta ley se dio como respuesta a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1988, Convención en la que establecieron que el problema de drogas era de “Seguridad Nacional”, por lo que leyes blandas eran sinónimo de inseguridad; los carteles de droga empezaron a representar una poderosa fuerza política con recursos económicos elevados, amenazando la seguridad de los Estados y de los individuos. Esta presión internacional produjo las reformas en Venezuela, Chile, Colombia, Bolivia, Paraguay, República Dominicana,

Argentina, Costa Rica y, finalmente Ecuador en 1990, teniendo la ley varias reformas posteriores.

Esta ley fue considerada una de las más represivas, según Edwards:

Se trata de una legislación extremadamente punitiva que produce sanciones desproporcionadas con el delito, contradice garantías al debido proceso y viola los derechos constitucionales del acusado. Su enfoque en la aplicación del orden público y las presiones de Estados Unidos llevaron a que el éxito de las políticas ecuatorianas sobre drogas se midiera por el número de personas encarceladas acusadas por delitos de drogas. Ello resultó en un considerable hacinamiento de las prisiones y el deterioro de las condiciones carcelarias (2010, p. 51).

La pena que podía ser de doce a dieciséis años, podía llegar con esta ley a agravarse hasta los veinticinco años (reclusión mayor especial), equiparando la penalidad a la de los delitos de homicidio agravado y violación, siendo completamente desproporcional, pues la pena de homicidio simple era de ocho a doce años. Tampoco la ley tomaba en consideración el peso (gramos, kilos, toneladas) y tipo de la sustancia incautada (marihuana, cocaína, heroína, éxtasis, etc.). Por ejemplo, una persona a la que detenían con 1gr. de cannabis recibía la misma pena, de doce a dieciséis años, que una que era detenida con 1000gr. de cocaína.

La visión del Estado contra las drogas fue extremadamente intolerante, con penas excesivamente altas e irracionales. En el 2008, entra en vigencia la Constitución de la República del Ecuador y establece que:

Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales. El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco. (art. 364)

La Constitución con este artículo, marcó un cambio drástico de la visión del Estado frente a las drogas, evolucionó y modificó el propósito que deben buscar las leyes y las políticas públicas; ya no deben estar encaminados a combatir el narcotráfico sino a prevenir el consumo de drogas. Esta es la visión que los Estados debieron tener desde un inicio ya que sin consumidores no existiría el narcotráfico ni todos los graves fenómenos que envuelven a la droga como: violencia, terrorismo, corrupción, degradación de la humanidad, etc.; se trató de frenar el comercio o tráfico ilegal de drogas, pero se dejó de lado el verdadero problema: el consumo.

El artículo 364 señaló la primera pauta para la distinción legal entre consumidor y traficante, así otorgó el derecho a los consumidores de no ser criminalizados; es decir, apartó esta conducta de aquellas que tienen una sanción penal, el consumo dejó de ser un delito, un problema de seguridad, para pasar a ser tratado como un problema de salud pública, como una realidad que perjudica grave y negativamente a la salud y vida de los individuos y que el Estado debe proteger.

Por lo expuesto, la Ley 108 pasó a ser anacrónica porque entró en vigencia en 1990 y la Constitución en 2008, contradictoria porque a la vez que la Constitución consagraba el derecho de no criminalización, la ley está establecía que la tenencia o posesión de

drogas era un delito. La ley requería ser reformada por ser represiva y porque las cárceles estaban congestionadas, posiblemente con una gran cantidad de privados de libertad por su consumo, más no por ser expendedores o productores de drogas, la ley no los diferenciaba; como resultado se tuvo toxicómanos o dependientes encerrados en un sistema penitenciario sin recibir ningún tipo de tratamiento para su enfermedad.

En el 2013 se publicó un informe de la Organización de Estados Americanos (OEA) denominado “El problema de las drogas en las Américas”, informe que tenía la finalidad de exponer hechos que sirvan posteriormente para la toma de decisiones y señalaba que:

-Las regulaciones y prohibiciones, crean oportunidades para que haya lucro ilícito y por lo tanto la creación de empresas delictivas organizadas, con los correspondientes riesgos para la seguridad ciudadana.

-La aplicación estricta de las prohibiciones puede contribuir al encarcelamiento masivo y al aislamiento social y generar abusos de derechos humanos (Organización de los Estados Americanos, 2013).

Este informe, aunque no brinda soluciones, recomienda a los Estados que debatan sobre el tema y analicen ciertas alternativas para tratar el problema de las drogas. Se manifestó el hecho de que en algunos Estados ya tenían una inclinación hacia la despenalización o reducción de las sanciones por tenencia o posesión de sustancias ilícitas sujetas a fiscalización.

Bajo este contexto, poco después de la publicación de este informe, el CONSEP publicó la Resolución No. 001-CONSEP-2013 que contiene los umbrales de cantidades permitidas para el consumo personal; si la posesión es para el consumo, la

conducta es atípica. No dejan de ser penadas las acciones de tráfico de drogas y en el caso de que el uso o consumo esté por encima de los umbrales se invierte la carga de la prueba, se debe demostrar que la posesión no deviene para el tráfico ilícito y que existe una relación sustancia-consumo. Por otro lado, sería la Fiscalía la institución encargada de probar la posesión para el eventual tráfico:

Para estos casos, es la persecución penal la que debe demostrar que las cantidades “en exceso de los umbrales” están destinadas al tráfico; de lo contrario, es decir, de no probarse tráfico alguno, se reputa que, aunque en exceso las sustancias están destinadas al uso o consumo, provocando una inmediata exoneración de cargos penales. Los umbrales son siempre marcos referenciales a la organización judicial. Con ello, son las agencias de investigación del delito las que deben demostrar la existencia de tráfico, sea por encima o debajo de los umbrales. (Pazmiño, Paladines, & Brito, 2014)

Con la entrada en vigencia del COIP en el 2014 se derogó en la Ley 108 en lo referente a delitos y a trámite ya que este código es completo y abarca normas sustantivas, procesales y ejecutivas.

8. Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización de 2015: esta ley nace en principio para cumplir con el fin de prevención del Estado, para alejar al sistema penal represivo y adoptar uno social que contemple los métodos para prevenir el consumo y por otro lado que garantice al consumidor el derecho de no ser criminalizado. El objeto de esta ley no se cumple ya que en un principio cuando entró en vigencia el COIP las penas de mínima escala oscilaban entre dos a seis meses y en mediana escala entre uno a tres años; y en la Disposición Reformatoria Primera

de la ley, se sustituyeron las penas privativas de libertad de mínima escala a uno a tres años y mediana escala de tres a cinco años.

Este cambio se dio posterior al pronunciamiento del expresidente Rafael Correa el 5 de septiembre del mismo año, en el que estableció que para acabar con la droga entre los jóvenes se debe meter presos a los micro traficantes; un mes posterior a este pronunciamiento, el bloque de Alianza País frente al pedido de Rafael Correa, propusieron penas más duras (Ortega, 2015). Entre las motivaciones para endurecer las penas y establecer la pena mínima de un año, estaba el hecho de que no era posible dictar prisión preventiva en el delito de tráfico en mínima escala ya que el COIP en su artículo 534 establece dentro de los requisitos para dictar prisión preventiva que se debe tratar de “una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año” (2014). Siendo totalmente contradictorio con el enfoque de prevención y causando que la frontera entre consumo y tráfico sea menor, ya que, un consumidor que haya sobrepasado la cantidad de la tabla de consumo, además de que está llamado a probar que es consumidor y someterse a todos los exámenes, puede ya ser encarcelado por la aplicación de la prisión preventiva; con lo cual claramente se vulneran sus derechos y se lo criminaliza.

De lo analizado, se observa que en la primera etapa el derecho del consumidor de libertad sobre su vida es inexistente porque todo tipo de consumo de droga ilegal era prohibido. En la segunda etapa se observa que, aunque existe norma constitucional, aunque existe el intento de cambiar de enfoque, los rezagos de represión y cero tolerancias siguen vigentes en los poderes del Estado, siendo su actuar contradictorio, afectando y obstaculizando la aplicación de la normativa sin permitir el cambio de paradigma que se planteó en la Constitución del 2008.

1.3. Principios fundamentales para la toma de decisiones judiciales relacionados con las drogas

A pesar de la existencia de umbrales (tabla de consumo y tabla de escalas de tráfico ilícito), en ciertos espacios de la administración de justicia no se los dio a conocer con claridad, lo que produjo erróneas interpretaciones de las tablas, llegando a confundir entre las dos, “pues se creía que los umbrales que diferenciaron los niveles de tráfico eran, a la vez, los mismos que protegían al consumidor del sistema penal” (Paladines, 2016, pág. 36).

Además: “Hay un pánico social construido sobre la falsa relación consumidor-dependiente-delincuente. Todo consumidor es un dependiente y todo dependiente es un delincuente. Es una asociación que además de construir imaginarios sociales produce políticas públicas fáciles de ser atrapadas por el poder punitivo” (Paladines, 2016, pág. 6).

De ahí deviene precisamente la importancia de comprender los principios fundamentales que consagra el derecho, y en esta investigación en concreto los principios del proceso penal, proceso en el que se vería envuelto el consumidor en caso de sobrepasar los umbrales de la tabla de cantidades de drogas para el consumo personal; porque como hemos visto en líneas anteriores, la impresión social que se tiene de los consumidores relacionándolos con delincuentes, y, el hecho que la norma llamada a resolver no es precisa ni clara que ha llevado a la errónea interpretación de ley, ha producido injusticias en la toma de decisiones judiciales.

Los principios, según Robert Alexy son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y reales

existentes, convirtiéndolas en mandatos de optimización, que se caracterizan por lo que pueden ser cumplidos en diferentes grados” (Vallejo, 2014, p. 6). Los principios comprenden la generalidad de posibilidades jurídicas, lo que permite que se puedan aplicar a los diferentes casos, sirven para colmar lagunas jurídicas (anomias) y para resolver cuando dos leyes contrarias entren en colusión (antinomias).

Los principios son normas ambiguas, generales y abstractas que les sirven para resolver y para aplicar los derechos. De las normas-principios devienen las normas-reglas que son mandatos definitivos, es decir que se debe realizar lo que ella exige; en la regla se identifica en el caso genérico, a las personas, acciones, objetos o estado de las cosas. Si bien los juzgadores no tienen siempre una norma-regla que les permita subsumir exactamente las circunstancias o particularidades de cada caso en concreto, tienen las normas-principios; “...el principio es una norma que, al no tener una hipótesis ni una obligación concreta, no establece un régimen objetivo, claro, concreto de cómo aplicar ese principio en la vida práctica. Está la norma absolutamente al arbitrio del intérprete” (Ávila R. , 2012, p. 8).

Ávila establece también que los principios resuelven los problemas que provocan las leyes injustas:

Ubiquémonos históricamente en nuestro continente para entender estos problemas. ¿Qué pasó con todos los jueces en Latinoamérica cuando, en un contexto de aplicación de normas que promovían la seguridad nacional, aplicaron un derecho que era injusto? Nadie se atrevió a sancionar una ejecución extrajudicial, una tortura por parte de un agente del estado, un genocidio o cualquier otro delito de lesa humanidad. La justificación de los jueces era que no existían normas. Por otro lado, cuando realizaron los agentes

de estado actos violatorios a los derechos, argumentaban que estaban cumpliendo con la ley. No existían reglas, como tipos penales adecuados, y existían normas injustas, como el juicio de civiles por parte de militares en casos de estado de excepción. La lógica del derecho por principios ha contribuido a resolver estos problemas históricos. El principio desata las manos del juez y permite hacer justicia en el caso cuando la regla es injusta (2012, p. 8).

Es por esto, que un juez y toda la administración de justicia tienen la obligación de aplicar racionalmente los principios que están establecidos en constituciones, el Ecuador tiene una Constitución rica en derechos y establece que los principios son de directa aplicación; los jueces no deben estancarse en la aplicación de las normas-regla. Los jueces tienen la capacidad jurídica de resolver, aplicando principios, aquellas violaciones de derechos, que vulneren en este caso la salud, la seguridad, la integridad, la no descriminalización de los consumidores, etc., se hará alusión a los principios más relevantes que se deben tomar en cuenta al momento de toma de decisiones.

1.3.1. Objetividad:

El COIP recoge este principio en el artículo 5, numeral 21:

...en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan (2014).

Naturalmente, la Fiscalía es el órgano oficial de persecución del Estado y debe recoger todos los elementos de prueba, sin importar que algunos puedan coadyuvar a eximir la responsabilidad del procesado, ya que la función del fiscal es investigar para encontrar la verdad.

En el caso del consumo, es importante que los fiscales tengan presente este principio porque si encuentran indicios de que una persona está en tenencia o posesión de drogas para su consumo y no para traficar, deben inmediatamente tener un trato diferenciado ya que es consumidor y no ha cometido delito alguno (si no ha sobrepasado la cantidad de la tabla de consumo), deben reunir los elementos de prueba que sean necesarios y si no los encuentra debe desistir de la acusación para evitar que se judicialice el asunto y se criminalice al consumidor.

El hecho de envolver al consumidor en un proceso penal ya es criminalizarlo, el fiscal cuenta con todos los medios necesarios para poder determinar si una persona es consumidor o no; el fiscal debe aplicar la ley de manera objetiva pero aquí nuevamente se presenta otro problema en la aplicación; el fiscal está llamado a considerar inmediatamente como traficante a la persona que posea excedente de lo permitido por la tabla de consumo, atacando nuevamente al consumidor, sin darle la posibilidad de que pueda tratar su enfermedad y sancionándolo con una pena privativa de libertad. Ecuador necesita desarrollar su normativa para que se pueda lograr los objetivos del Estado.

Por otro lado, cabe mencionar que este principio está ligado al principio de imparcialidad que debe ser observado por la administración de justicia y con especial atención los jueces y fiscales. El principio de imparcialidad es la valoración neutral del conjunto de hechos y acciones, que son tomados en cuenta para pronunciar una

decisión, en la que no deben influir ningún tipo de interés o prejuicios; el principio facilita que se dicten pronunciamientos motivados y el acercamiento a una decisión justa de conformidad a los hechos ocurridos (Freire, 2017). Es importante hacer mención a este principio porque los jueces tienen la obligación de resolver los procesos penales con un criterio objetivo e imparcial, sin dejarse llevar por prejuicios o ideologías, como se había mencionado anteriormente, la sociedad erróneamente relaciona al consumidor con un delincuente; pero el juez debe tener independencia de opinión y enfocarse únicamente en la evidencia que le es presentada.

1.3.2. Economía procesal:

Este principio "...se define como la aplicación de un criterio utilitario en la realización empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional" (Pomboza, 2016). Es decir, con este principio se busca la mayor cantidad posible de resultados con la menor cantidad posible de actividad de la administración de justicia, a fin de optimizar los recursos y obtener el máximo rendimiento.

Lara en Freire:

... no solo depende de las partes procesales buscar la manera más rápida y económica de ventilar el proceso, sino depende mucho del juzgador, quien va a ser el responsable de dictar aquellas medidas que dilaten el proceso e impliquen la realización de diligencias, o, por el contrario, den fin de manera rápida y oportuna al proceso. Pues entonces, se debe ponderar la economía de esfuerzo, ahorro de tiempo, la minimización de actos o diligencias, la disminución de recursos monetarios en los que el Estado y las partes deban

incurrir y el llamado coste social de los procesos, referido a cuanto le cuesta a la sociedad la situación de litigio de los ciudadanos (2017, p. 18).

Es deber del juez incorporarlo en el proceso; hay tiempos de duración y costos del proceso que no pueden ser obviados y este principio no pretende ir por encima de éstos, sino que busca que no afecten a los derechos del procesado.

El principio de economía procesal no se encuentra establecido exactamente en un artículo de la Constitución ni del COIP, pero se encuentra implícito en varias situaciones que contempla la normativa como: la conciliación que trata de impedir un litigio, la transacción con el fin de dar por terminado un litigio, la acumulación, entre otros.

Este principio es importante en los procesos que envuelven a los consumidores, porque lo que se trata de evitar es que se los criminalice; sin embargo, no se puede dejar de sancionar a los micro traficantes que son con quienes se los confunde generalmente, y por esto mientras duran las investigaciones para poder determinar si es un traficante o un consumidor, se debe aplicar este principio para que los procesos sean lo menos complejos posibles, ahorrando las diligencias inútiles, para evitar el agobio de un proceso largo y demorado para el procesado.

1.3.3. Celeridad:

Este principio está íntimamente ligado al principio de economía procesal, juntos buscan que se imparta pronta y cumplida justicia; como está establecido en la Constitución, son principios que deben recoger las normas procesales y que están llamados a hacer efectivas las garantías del debido proceso (2008, art. 169).

Está recogido también en el artículo 75 de la Constitución, dentro de los derechos de protección: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión” (2008). Este principio obliga a los servidores públicos a respetar plazos, a no dilatar indebidamente los procesos y a resolver los conflictos a la mayor brevedad posible.

En cuanto a los consumidores permite que una persona en caso de ser detenida, después de las investigaciones necesarias para determinar que su conducta no está encaminada a ser delictiva, mantenga su estado de inocencia y la persona pueda ser liberada lo más pronto posible.

1.3.4. Mínima intervención penal:

Este principio considera que el Derecho Penal solo debe intervenir ante aquellas conductas que amenacen gravemente a los bienes jurídicos de mayor valor para la sociedad. El principio de mínima intervención es una garantía frente al poder punitivo del Estado.

Según la doctrina, de este principio se desentrañan tres caracteres:

Subsidiaridad o *ultima ratio*: “consiste en recurrir al Derecho penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes, es decir, cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho” (Milanese, 2007). El derecho penal solamente se debe aplicar en aquellos casos en los que fracasan las demás opciones para la solución de conflictos, en cuanto al consumo como se ha señalado históricamente, las leyes han sido punitivas y al Ecuador le falta mucho por desarrollar como programas,

métodos y alternativas para abarcar este problema social, tanto así que se puede que considerar que en relación al consumo el derecho penal siempre se ha visto como la primera salida, el único control.

Fragmentariedad: “Consiste en limitar la actuación del Derecho penal a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes” (Milanese, 2007). Como se dijo anteriormente, solo protege aquellos bienes que son intereses sociales; por consiguiente, si una norma no protege un bien jurídico, se vulnera el principio y acarrea la nulidad de la norma. Además, es necesario que estén presentes dos elementos para que el Derecho penal actúe: que el bien jurídico sea importante para la sociedad y que la lesión a este sea violenta, ya que no toda lesión debe ser sancionada por el derecho penal.

La Constitución hace referencia a este principio en su art. 195, al establecer que la Fiscalía es el órgano encargado de dirigir la investigación pre procesal y procesal penal, y que “...durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas” (2008, p. 105). El COIP recoge también este principio: “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales” (2014, art. 3).

En cuanto al consumo, este principio adquirió vital importancia en la Constitución del 2008, en el artículo 364 que establece la prohibición de criminalizar el consumo; es decir, la administración de justicia y con especial atención fiscales y jueces, deben observar y delimitar cuidadosamente cuáles son las conductas que son penalmente relevantes y cuáles no; y, sobre las que no son penalmente relevantes (consumo)

realizar las debidas diligencias para que el enfermo adicto pueda recibir tratamiento y rehabilitación.

1.3.5. Proporcionalidad:

En sentido amplio, Alexy en Vallejo: “Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un derecho, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro” (2014, p. 9).

Según jurisprudencia constitucional este principio está compuesto por tres sub principios: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sí mismo; este principio y sub principios se pueden trasladar al ámbito penal, en el ámbito penal el principio busca el equilibrio entre una infracción y sanción.

Adecuación o Idoneidad: Cuando hay dos derechos en conflicto, el que se elija debe tener un fin válido a la luz de la Constitución, un fin constitucionalmente legítimo. En el ámbito penal significa que “... si la intención del legislador es proteger un cierto bien jurídico mediante la sanción de su vulneración, la tipificación de ese delito debe ser de tal manera que cumpla con la función de garantizar la adecuada protección de un bien” (Vallejo, 2014, p. 12).

Necesidad: Frente a una pluralidad de medidas, se debe elegir la que menos perjuicio cause, comprobando que no exista otra medida menos gravosa y que sea adecuada para cumplir con el fin legítimo constitucionalmente; es decir, que sea necesaria. En el ámbito penal significa, Vallejo citando a Lopera: “verificar que no exista otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para proteger el bien jurídico y al mismo tiempo menos lesiva para el derecho fundamental afectado por la prohibición penal” (2014, pp. 13, 14). No está demás mencionar que el derecho penal es de *ultima*

ratio o mínima intervención, con lo que se justifica que una sanción penal se aplica solo cuando sea estrictamente necesario.

Proporcionalidad en sí mismo: La afectación o el menoscabo de un derecho debe recompensar la satisfacción o reparación de otro derecho. Autores comparan la proporcionalidad con la ponderación, que parte de la igualdad jerárquica de los derechos; esto para llegar a definir qué derecho tiene más peso en determinado caso en específico, y qué derecho se debe sacrificar y debe ser afectado con la menor lesión posible. En el ámbito penal significa que “si se considera que una conducta es penalmente relevante, se debe investigar cuales son los valores o bienes a proteger y, luego, determinar si la descripción penal de la conducta y su sanción tienen relación con la relevancia de esos valores o bienes” (Vallejo, 2014).

En derecho penal, este principio “... se enfoca tanto en la determinación de conductas que se deben considerar como penalmente relevantes, así como el establecimiento de un criterio para determinar la adecuada relación entre gravedad del delito y la dureza de la ley penal” (Vallejo, 2014, p. 10).

Por lo tanto, el jurista tiene la tarea de valorar si el acto que fue realizado por un sujeto debe ser sancionado; y si debe, valorar si esta sanción es proporcional con el acto. Este principio se encuentra recogido en el artículo 75, numeral 6 de la Constitución dentro de los derechos de protección, en el artículo 12, numeral 16 dentro de los derechos y garantías de las personas privadas de la libertad y en el artículo 725 dentro de las sanciones del régimen disciplinario para las personas privadas de libertad del COIP.

En cuanto al consumo este principio es de suma importancia, se ha evidenciado como en la historia del Ecuador se ha lo ha inobservado a pretexto de proteger otros bienes

jurídicos, sin haber realizado los legisladores ni jueces una racional valoración o ponderación de los derechos que se afectaban, en este caso la vida, salud, libertad sobre el cuerpo, entre otros derechos de los consumidores y de los infractores mismo; derechos que hoy pesan más y que merecen especial protección por ser de un grupo vulnerable de la sociedad.

1.3.6. Favorabilidad:

Este principio establece que en un conflicto si dos normas de la misma materia, con diferentes sanciones, están llamadas a solucionar, se debe aplicar la norma que contenga la pena menos severa.

Se aplica la norma de menor rigor aun cuando la ley que la contenga sea de posterior promulgación al cometimiento de la infracción o en este caso a la detención de una persona por tenencia o posesión de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización cuando es consumidor. Además, como consecuencia de este principio, no se puede afectar o agravar la situación jurídica de ninguna persona encarcelada si una ley posterior contiene una pena mayor.

La Defensoría Pública del Ecuador tiene la función constitucional de velar por los derechos y garantías de todas las personas privadas de la libertad por ser grupos de atención prioritaria, tal como lo reza el artículo 191 de la Constitución de la República. Por ello, las y los defensores públicos tienen la misión de accionar el principio de favorabilidad o de ley posterior más benigna en beneficio de las personas privadas de la libertad, sobre quienes la Ley 108 se encuentre menoscabando sus derechos frente a la nueva legislación penal: el COIP. (Pazmiño, Paladines, & Brito, 2014)

Este principio es sumamente importante en el caso de los delitos relacionados a drogas, ya que la Ley 108, la “causante de haber detenido a más de 60.000 personas desde su vigencia el 17 de septiembre de 1990 hasta su derogatoria el 10 de febrero de 2014” (Pazmiño, Paladines, & Brito, 2014), ya no está vigente y en su lugar existe una ley posterior, COIP, que ha readecuado ciertas conductas que contenía la ley, pero las sanciones son menos represivas. La administración de justicia tiene la humanitaria misión de aplicar este principio que está contenido en el artículo 76, numeral 5 de la Constitución de la República dentro de los derechos de protección y en el COIP en el artículo 5, numeral 2 dentro de los principios procesales, también en el artículo 16, numeral 2 en el ámbito temporal de aplicación, y por último en el artículo 72, numeral 2 dentro de las formas de extinción de la pena.

**CAPÍTULO II: TRATAMIENTO DEL CONSUMO DE DROGAS A
PARTIR DEL ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 364 DE LA CONSTITUCIÓN
DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

Ha pasado más de una década desde la entrada en vigencia del artículo 364 de la Constitución, desde la implementación del enfoque de prevención en el Ecuador, y es menester que una vez que se ha abordado de manera general el concepto de droga y drogadicción, se ha comprendido la historia que ha vivido el Ecuador en el tema de drogas y los principios fundamentales que se deben tener en cuenta al momento de emitir decisiones, se realice un análisis de la realidad del Ecuador en la actualidad en el tema relativo al consumo de drogas. Para esto se analizará el rol que cumple el Estado para afrontar el fenómeno social de drogas, sus deberes, y las garantías que ofrece el sistema para proteger al consumidor de no ser criminalizado y pueda gozar del tratamiento y rehabilitación que el servicio público de salud llamado a brindar. Por su parte también es sustancial explicar la importancia de la función de Fiscalía al momento de la investigación previa ya que es el órgano que tiene la potestad de acusar y someter a un consumidor a un proceso penal. Por último, se hará referencia a la tabla de cantidades emitida por el CONSEP con el fin de determinar las consecuencias que ha traído consigo la implementación de la misma.

Todo esto con el fin de determinar si el Estado está concediendo un tratamiento adecuado y pertinente a la problemática de drogas y si está logrando su objetivo de no criminalizar el consumo y de tratarlo como un problema de salud pública.

2.1. Deberes del Estado ecuatoriano frente al consumo de drogas

En consideración a los efectos negativos asociados al uso y consumo de drogas en la sociedad, en la comunidad y en los individuos, es deber del Estado asumir el reto

de estudiar, entender y elaborar estrategias para enfrentar esta problemática (Plan Nacional de Prevención Integral y Control del Fenómeno Socio Económico de las Drogas 2017-2021, 2017).

El artículo 364 de la Constitución marcó el cambio de modelo o paradigma de combatir a las drogas, a prevenir y tratar el consumo, establece cuatro puntos fundamentales con respecto a los fines que persigue el Estado frente al consumo de drogas (2008):

1. Las adicciones son un problema de salud pública.
2. Al Estado le corresponde desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo sustancias estupefacientes y psicotrópicas.
3. Al Estado le corresponde ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos.
4. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.

De lo anterior se puede desentrañar que los consumidores gozan de derechos como: derecho a la salud, derechos humanos, a la información, a la educación, al debido proceso y a no ser discriminados y criminalizados; derechos que nos sirven como punto de arranque para poder determinar cuáles son los deberes del Estado y qué normativa ha desarrollado el mismo para proteger estos derechos. Por lo tanto, se considera dentro de esta investigación que hay tres pilares fundamentales a analizar:

1. Salud y tratamiento de la adicción: en cuanto a las adicciones como un problema de salud pública se hará un análisis más adelante.
2. Información, prevención y control del consumo.
3. No criminalización y vulneración de derechos constitucionales.

Con la implementación del artículo 364 de la Constitución, el Estado debió realizar algunos cambios normativos, se implementó el COIP, código que contiene penas reducidas y proporcionales, se implementó la tabla de tenencia elaborada por el CONSEP, la Ley de Prevención y su Reglamento; y además en el año 2017, se elaboró por parte de la Secretaría Técnica de Prevención Integral de Drogas (SETED) el Plan Nacional de Prevención Integral y Control del Fenómeno Socio Económico de las Drogas 2017-2021 (Plan de Prevención), plan basado en aportes técnicos, científicos y empíricos; con el “objetivo principal evitar, retrasar y reducir los efectos adversos que ocasiona dicho fenómeno en toda la sociedad” (p. 1).

En el Plan de Prevención se señala de base legal el artículo 364 y 45, numeral 5 de la Constitución; los cuales hacen referencia a derechos como: acceso a la salud y atención integral, derecho a la información, libertad individual, no criminalización de usuarios o consumidores de drogas y atención prioritaria (2017, p. 6). Y por su parte la Ley de Prevención, en su artículo 5 establece que se garantizará el ejercicio de los siguientes derechos: derechos humanos, debido proceso, salud, educación, información, no criminalización, no discriminación y estigmatización (2015). Es decir, el Plan y la Ley buscan en teoría la protección de derechos de los consumidores y la prevención del consumo; el plan es temporal y la ley permanente.

Por lo tanto, una vez reconocidos los derechos, se analizará la Ley de Prevención y el Reglamento a la Ley de Prevención para evidenciar las acciones y medidas que el Estado está llamado a realizar para enfrentar este problema, se hará alusión a los tres pilares fundamentales que se han nombrado anteriormente para evidenciar si efectivamente el Estado cumple con su deber de proteger los derechos de los consumidores:

2.1.1. Salud y tratamiento de la adicción.

El tratamiento es solamente una etapa del proceso de atención de salud, que consiste en la intervención voluntaria de la persona que sufre de una adicción a drogas con el que se busca mejorar la salud integral del sujeto (Plan Nacional de Prevención Integral de Drogas 2012-2013, 2012).

La Ley de Prevención al respecto establece que será la Autoridad Sanitaria Nacional, en este caso el Ministerio de Salud Pública (MSP) el órgano encargado de dictar las medidas necesarias para prevenir el uso y consumo de drogas, y de promover ambientes, prácticas y hábitos saludables para toda la población (2015, art. 8). Por su parte, el Reglamento desarrolla la normativa y establece que entre las competencias de la autoridad de salud están: desarrollar políticas enfocadas a la promoción de salud, prevención, tratamiento, rehabilitación y seguimiento, así como regular y controlar los establecimientos que prestan estos servicios, también está diseñar, planificar y ejecutar estrategias de educación y sensibilización del uso y consumo, reducción de los efectos nocivos y de los riesgos, entre otros que la autoridad considere necesarios (2016, art. 8).

Por lo tanto, como se puede observar la ley y el reglamento no desarrollan los métodos para cumplir con los fines del Estado sino que se limitan a derivar al órgano o institución correspondiente; es el MSP el encargado de desarrollar todos los programas destinados a brindar salud, tratamiento y rehabilitación pero como se explicará más adelante, este órgano se enfrenta a inconsistencias normativas que dificultan la creación de políticas públicas que desarrollen el enfoque de prevención.

2.1.2. Información, prevención y control del consumo.

Paladines sostiene que la información sobre los efectos ofensivos y riesgos que pueden causar las sustancias estupefacientes y psicotrópicas es el primer eslabón

dentro de las políticas sociales de prevención de drogas (2014).

El Estado conjuntamente con instituciones desarrollará procesos comunicacionales sistemáticos y permanentes “en todas las áreas geográficas de influencia, con pertinencia cultural y lingüística, que difundan los beneficios de la prevención del uso y consumo de drogas y establezcan estrategias informativas y de comunicación con la participación de la comunidad (2015, art. 14). El artículo 5 del Reglamento a la Ley de Prevención (2016) indica las acciones en el ámbito comunicacional y de información y establece que la SETED, es el órgano encargado de realizar el “asesoramiento, revisión, seguimiento y evaluación de las campañas comunicacionales y de las estrategias informativas y de comunicación, con el objeto de garantizar una difusión clara y oportuna con contenidos orientados a una efectiva prevención integral del fenómeno socio económico de las drogas.” En la actualidad la SETED ha sido suprimida y éstas competencias le corresponden al Ministerio de Salud y al Ministerio del Interior, por lo que es necesario reformar ésta normativa con el fin de tener el panorama claro en cuanto a las funciones que cumple cada órgano.

El Plan Nacional de Prevención Integral de Drogas 2012-2013 contiene el glosario de términos referentes a drogas y según este, prevención integral: “Es el conjunto de acciones orientadas a construir una conciencia individual y social respecto de los diversos ámbitos de intervención que conforman la problemática de drogas” (2012, p. 7), y la Ley de Prevención complementa estas acciones en el marco del Buen Vivir, bajo un enfoque de derechos humanos, priorizando las capacidades del ser humano, su familia y su ambiente (2015, art. 7).

Prevención al uso de drogas:

Implica promover en el desarrollo integral, individual y social capacidades y

destrezas que permitan anticiparse a la aparición de problemas, la capacidad para resolverlos y evitar conductas asociadas al consumo de drogas, para contribuir al buen vivir en el marco del respeto de los derechos humanos (2012, p. 7).

La Ley de Prevención (2015) tiene como objeto la prevención integral del fenómeno socioeconómico drogas, así como también el control y regulación de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Así mismo, establece que los Gobiernos Autónomos Descentralizados serán los encargados de implementar planes y programas destinados a la prevención integral, y se interviene en distintos ámbitos como: salud, educación, laboral, comunitario-familiar, cultural, recreativo y deportivo, comunicacional y de información y desarrollo alternativo. Se mencionará ciertas acciones que se deben realizar en cada uno de los ámbitos, que están determinados en la Ley de Prevención (artículo 7 al 14) y su reglamento (artículo 9 al 15).

- Prevención en salud: como se mencionó ya, se establece que la Autoridad Sanitaria Nacional la encargada de adoptar las medidas necesarias para prevenir el uso y consumo de drogas.
- Prevención en el ámbito educativo y educación superior: el Sistema Nacional de Educación, en conjunto de otras instituciones es el encargado de desarrollar políticas y programas pedagógicos participativos encaminados a la formación de conciencia social y personalidad individual para la prevención del uso de drogas; además, la autoridad educativa nacional deberá incluir en sus procesos la materia de prevención integral de drogas y los docentes deberán ser capacitados y orientados continuamente. En el ámbito de la educación superior la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación se asegurará de promover el

conocimiento de acciones de prevención del uso y consumo de drogas, así como programas de investigación y estudio de este fenómeno. El Estado garantizará la educación para los estudiantes que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

- Prevención en el ámbito laboral: la Autoridad Nacional del Trabajo regulará y controlará el cumplimiento de programas de prevención que deben ser desarrollados por las entidades públicas y privadas con el fin de fomentar un ambiente saludable y de bienestar laboral. El incumplimiento de éstas obligaciones será sancionado de conformidad con el Código de Trabajo, al igual que será la autoridad laboral la encargada de control el cumplimiento.
- Prevención en el ámbito comunitario-familiar: le compete a las Autoridades Nacionales de Desarrollo Social y a los Gobiernos Autónomos Descentralizados ejecutar las políticas y programas definidos por el Comité Interinstitucional sobre prevención del consumo de drogas, teniendo en cuenta las diferencias específicas de género, etnia y cultura.
- Prevención en el ámbito cultural, recreativo y deportivo: las Autoridades Nacionales de Cultura y del Deporte, y los Gobiernos Autónomos Descentralizados son las encargadas de ejecutar programas para el fomento y desarrollo de actividades para impulsar la formación y desarrollo integral de las personas, como: fomentar el acceso de consumidores a información sobre arte, creatividad, patrimonio cultural, organizar emprendimientos culturales para consumidores que les permitan obtener productos y beneficios económicos, capacitaciones, etc.
- Prevención en el ámbito comunicacional y de información: en este punto se hizo referencia anteriormente dentro del segundo pilar fundamental para

evidenciar las acciones del Estado: Información, prevención y control del consumo.

- Desarrollo Alternativo Preventivo: los organismos y entidades del Gobierno Central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados cumplen con la obligación del Estado de poner en funcionamiento medidas que fortalezcan su presencia en zonas vulnerables por el dominio de actividades ilícitas relacionadas a las drogas, con el fin de incorporarlas al desarrollo socioeconómico. El reglamento señala a la SETED como la encargada de la coordinación, seguimiento y evaluación de los programas mencionados anteriormente; aunque se reitera que esta secretaría fue suprimida.

2.1.3. No criminalización del consumo y vulneración de derechos constitucionales.

La Ley de Prevención reconoce como derechos el de no criminalización y de no discriminación y estigmatización, con el fin de proteger a las personas por su condición de usuarias o consumidoras de cualquier tipo de droga (2015, art. 5, literal f., g.).

En cuanto a las acciones que debe realizar el Estado para protegerlos, la ley ni el reglamento no menciona ningún tipo de mecanismo en definitiva, lo que sí se puede rescatar es la inclusión social que recoge la Ley en su artículo 19, al establecer que es obligación del Estado implementar programas de inclusión económica y social con la visión de mantener o recuperar "...el ejercicio de derechos y obligaciones de las personas que se encuentren o hayan concluido procesos de tratamiento y rehabilitación, facilitando el relacionamiento con su familia, comunidad y entorno educativo o laboral" (2015).

Si bien el Estado no desarrolla los mecanismos para los derechos que debe proteger,

sí se ha preocupado por brindar apoyo a las personas que han pasado por un proceso de tratamiento y rehabilitación; pero, lo que es preocupante es el hecho de que la ley no desarrolla la manera en que se debe proteger el derecho de no ser criminalizado, es decir establecer la manera de proteger que un consumidor no se vea envuelto dentro de un proceso judicial penal.

Por lo tanto, concluyendo la revisión de los deberes del Estado frente al consumo, la labor de difusión del mensaje de prevención que se quiere transmitir, es delegada a las instituciones y órganos nombrados, así el mensaje se diversifica en las diferentes ramas, pero no se puede tener una idea clara del enfoque estatal para combatir el problema.

Una vez que hemos nombrado todas aquellas actividades que realiza el Estado para cumplir con sus fines de prevención, se reiterará y reconocerá también aquellas acciones legislativas, que se han implementado anteriormente con el objeto de dar cumplimiento al artículo 364 de la Constitución de la República, como:

- Racionalización de penas: en primer lugar, es importante nombrar que con la Constitución del 2008 se hizo un llamado legislativo para implementar penas que sean proporcionales al desvalor de acto realizado, porque el enfoque de cero tolerancias a las drogas se modificó por uno de prevención. Con la entrada en vigencia del COIP se diferenció a grandes, medianos y pequeños traficantes, se diferenció a traficantes y cultivadores, y, la distinción que interesa en esta investigación: entre traficantes y consumidores.
- Implementación de umbrales de tenencia: mediante la tabla de cantidades de la Resolución No. 001 CONSEP-CD-2013 que establece las cantidades máximas para la posesión y tenencia para el autoconsumo.

- Implícitamente se permite el cultivo o siembra para el autoconsumo, ya que el artículo 222 del COIP castiga solamente a la persona que siembre, coseche o cultive con fines de comercialización (2014).

Por lo tanto, quedan evidenciadas cuáles son las acciones estatales que se deben realizar para prevenir el consumo de drogas, y quedan evidenciado que no se puede tener un panorama completo ni claro de las actividades que realiza cada órgano e institución por la falta de normativa. Queda expuesto entonces que la función legislativa tiene una ardua labor que realizar.

2.2.Garantías del consumidor de drogas

Se empezará por definir lo que es una garantía constitucional con el fin de establecer su importancia para la protección de los derechos de los consumidores, según Ramiro Ávila:

...son los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución. Sin la garantía, los derechos serían meros enunciados líricos que no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad (Ávila R. , 2010, p. 78).

El mismo autor citado, realiza un símil entre un contrato privado y la Constitución, establece que, así como en los contratos las partes pactan que como garantía en caso de incumplimiento se realice alguna actividad, la Constitución se podría considerar un pacto social que consiste en que: por un lado el Estado tiene obligaciones de establecer los derechos fundamentales y por otro lado las personas tienen responsabilidades de no violar esos derechos protegidos, con la garantía de sanciones ante la violación. Señala que las garantías frente a los derechos, podrían encontrarse en tres diferentes situaciones jurídicas:

- 1) no hay garantías, pero hay derechos;
- 2) hay garantías, pero deficientemente diseñadas, y derechos;
- 3) hay garantías adecuadas para cada derecho.

También explica que históricamente los derechos han sido reconocidos sin garantías constitucionales, los únicos que se podían exigir eran aquellos derechos regulados por el derecho ordinario; por lo tanto, si no existía garantía no existía derecho porque es un derecho que no es posible cumplir, esta característica es propia de los Estados legales de derecho. Por otro lado, explica que en la teoría garantista de Ferrajoli cada derecho requiere la creación de una garantía adecuada, estas garantías adecuadas son propias de los Estados constitucionales y sociales de derecho, y, según el artículo 1 de la Constitución “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social...” (2008).

Estas garantías adecuadas son aquellas que están diseñadas para asegurar el cumplimiento eficaz de todos los derechos, y, son eficaces porque reparan la violación de derechos. Ávila añade que en la teoría garantista de Ferrajoli si no existe la garantía para proteger un derecho, debe considerarse una inconstitucionalidad por la omisión por parte del Estado. Cada garantía debe observar procedimientos completos, sencillos y ágiles.

Nuestra constitución ha diseñado una exhaustiva categorización de derechos y una vez que ya han sido reconocidos es necesario que se piense en la forma de garantizarlos; y aunque hay garantías en nuestro sistema, éstas son deficientes porque no logran reparar las violaciones a todos los derechos. En el caso del derecho de los consumidores y su derecho de no ser criminalizados, resulta que nos encontramos en la segunda situación y se explicará más adelante.

En el Ecuador tenemos tres tipos de garantías constitucionales: normativas,

políticas y jurisdiccionales, y su finalidad es que todos los poderes del Estado protejan los derechos y permitan que éstos sean exigidos. Dentro de las jurisdiccionales se encuentran acciones que en teoría protegen todos los derechos: la acción de protección, acción de acceso a la información pública, hábeas corpus, hábeas data, acción por incumplimiento, acción de incumplimiento, acción extraordinaria de protección y medidas cautelares.

Sin meternos a analizar cada una de las garantías, que no es el punto de esta investigación es preciso aclarar que éstas si bien están llamadas a cesar o reparar un daño, no son procedentes por los requisitos legales que son necesarios o porque los casos en los que deben ser presentadas son distintos; por lo tanto, no existe garantía expresa que evite la criminalización, que prevenga que una persona consumidora de drogas se vea envuelta en un proceso penal por el hecho de portar cantidades que sobrepasen el gramaje permitido por la tabla de cantidades, no existe garantía que proteja a los consumidores de que no sean criminalizados ni les vulneren sus demás derechos constitucionales al momento en que un juez dicte prisión preventiva por haber sido detenido con exceso de la sustancia que consume. En definitiva, la inexistencia de una garantía para los consumidores da como consecuencia que no se establezca un límite de poder para los poderes del Estado, siendo, desde siempre, el Estado el principal vulnerador de derechos. El derecho de no ser criminalizado puede confundirse con una garantía, por eso es importante que el legislador separe el derecho y la garantía, como lo ha hecho con las demás garantías antes mencionadas, que incluso lo ha hecho en un nuevo apartado dentro de la Constitución.

Por otra parte, uno de los principios fundamentales que debe ser respetado en todo proceso, el principio de presunción de inocencia, se podría considerar como una

garantía que respalda al consumidor en los procesos relativos al consumo de drogas, porque este principio consiste en que para que el juez condene al acusado, debe estar completamente convencido de su responsabilidad, responsabilidad que debe estar construida en base a la evidencia y plasmada finalmente en la prueba, de forma que si no está convencido en la totalidad debe absolverlo, sin necesidad de que se construya la inocencia, ya que es un estado, no una presunción (Andrade, 2006).

Se podría considerar que funciona como una garantía porque hasta que no se pruebe la responsabilidad del procesado (consumidor), es inocente y debe ser tratado como tal; es decir, el consumidor debería sentirse protegido por este principio, pero esto no sucede y para exponer este punto de vista se propondrá un ejemplo:

En el hipotético caso de una persona consumidora que busca abastecer su adicción una semana, compra 10 gramos de cocaína y es detenida con los 10 gramos (cuando según la tabla de cantidades para el consumo personal el máximo permitido es 2 gramos), sucede lo siguiente: la persona consumidora es llamada a justificar que el exceso de la dosis “recomendada” era para su propio consumo, es decir, debe justificar que el excedente, los 8 gramos, eran destinados para el autoconsumo y no para la venta, no para el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Aquí surge el problema del porqué este principio no funciona como una garantía: se invierte la carga de la prueba y el consumidor debe romper la presunción implícita legal y probar que es para el consumo; las interrogantes son: ¿cómo lo hace?, ¿cómo espera el sistema legal que se pruebe tal cosa?, ¿cómo prueba un consumidor que existen diferentes factores que lo llevan a sobrepasar las cantidades de la tabla? Factores como la tolerancia, el síndrome de abstinencia, como el hecho de que debe abastecer su enfermedad por medio de la adquisición de una sustancia ilícita, por medio de personas que puede ser peligrosas, y una infinidad de factores

que lo llevan a alejarse de las tablas, tablas que más adelante se analizará la falta de correspondencia a la realidad.

Así, la persona puede llegar a demostrar que es consumidora, que es una consumidora problemática, que tiene una enfermedad, pero ¿cómo prueba que el exceso era para su consumo? Es un mandato legal difícil de satisfacer y por el hecho de que es algo irrealizable, a la final la decisión depende de la apreciación que tenga el juez del caso; pero, el principio de presunción de inocencia no cumple con su finalidad, pues los consumidores desde el inicio de un proceso son tratados como culpables, son objeto de noticia de crónica roja y del sistema penal, y son vinculados a otras actividades delictivas.

Por lo tanto, es una contradicción que personas que son tratadas de esta manera, luego pretendan que sean sujeto de políticas públicas de salud, “donde nuestros Estados tampoco han sido hábiles para desmontar la matriz punitiva que puede estar en la rehabilitación a través de internaciones compulsivas, terapias o tratamientos vejatorios, asistencias cuasi-profesionales, privatización de los servicios y ausencia del control estatal” (Paladines J. V., 2016, p. 5). Para alejarnos de la matriz punitiva, más adelante se analizarán alternativas aplicables al problema.

Por último, cabe mencionar que el futuro del consumidor queda en manos del fiscal, porque solo si el fiscal tiene indicios de que es consumidor y solicita las pruebas pertinentes puede salir librado, pero de no ser así, no hay forma de que el consumidor pueda probar que el exceso era destinado a su consumo, y menos en un sistema de simplicidad de imputación, en el que:

La posibilidad de ser condenado en una investigación de delitos relacionados con las drogas es muy alta debido a la fortaleza de este instrumento, que se constituye casi en el único elemento de prueba para el juicio, toda vez que

las verdaderas evidencias fácticas son destruidas. Además, en la mayoría de los partes policiales sobre drogas se usan significantes vacíos como “cruce de manos”, “llamada telefónica anónima”, “operaciones básicas de inteligencia” o el afamado “actitud sospechosa”, los cuales se convierten en categorías de difícil explicación óptica que, sin embargo, justifican el origen y la legalidad de cualquier detención (Paladines J. V., 2016, p. 21).

Entonces, depende de la conciencia, la ética y la moral del fiscal el futuro del consumidor, y a falta de esto, depende de la sana crítica del juez. El consumidor está desprotegido por la falta de garantías.

Es importante mencionar que cuando hablamos de la responsabilidad del juez de tomar una decisión respecto al tema de drogas, puede influir mucho la presión que se ejerce por la sociedad. Cuando se detiene a una persona por tenencia de drogas, los medios de comunicación alarman como si se tratase de una noticia de crónica roja, causando que las familias, las escuelas, la religión, las clases sociales conservadoras, como es natural, presionen a la administración de justicia a la “búsqueda de la verdad”. Sabiendo desde un inicio que se tiene en la sociedad el erróneo pensamiento de vinculación consumidor-delincuente, los jueces respondiendo a esta sed de justicia de la sociedad pueden llegar a ejercer poder punitivo que otorga el derecho penal y crear injusticias como el resultado de la presión.

2.3.El consumo de drogas como un problema de salud pública

El problema de las drogas puede considerarse como de justicia criminal, de seguridad nacional o de salud pública; varía según la visión o enfoque del problema que tenga cada país para enfrentarlo. En Ecuador, “Las adicciones son un problema de salud pública” (Constitución de la República del Ecuador , 2008, art. 364) y

considerar de esta manera a las adicciones, es evolucionar y alejarse del sistema punitivo que plantea que frente a las drogas deben verse sanciones como el decomiso y la detención de personas; considerar como un problema de salud pública es valorar los efectos que produce en los consumidores, los factores de riesgo y el contexto en el las personas consumen, la vulnerabilidad de los consumidores, la dependencia; en fin, es valorar a la adicción como una enfermedad y encontrar la solución en el tratamiento y rehabilitación, no en el encarcelamiento de los enfermos (Medina-Mora, Villatoro, & Natera, 2012). Se realizará un análisis de la normativa que se ha desarrollado en cuanto a la valoración de las adicciones como un problema de salud pública.

La Constitución contempla que el Estado garantiza el derecho a la salud, derecho que está vinculado al ejercicio de otros derechos como el derecho al agua, alimentación, educación y otros que ampara el buen vivir; y contempla que lo hará mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales. Establece que se garantizará el acceso a la salud de una manera permanente, oportuna y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud (2008, art. 32).

Por su parte, la Ley de Prevención en su artículo 5, literal C establece en cuanto al consumo que:

Toda persona en riesgo de uso, que use, consuma o haya consumido drogas, tiene derecho a la salud, mediante acciones de prevención en sus diferentes ámbitos, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación e inclusión social, respetando los derechos humanos, y a recibir atención integral e integrada que procure su bienestar y mejore su calidad de vida, con un enfoque bio-psico social, que incluya la promoción de la salud (2015).

Es decir, la Constitución y la Ley de Prevención, la norma máxima y la ley especializada en la materia de drogas, desarrollan la normativa al parecer pertinente para cumplir con los fines del Estado, en teoría. Y, por otro lado, la ley especializada en materia de salud hasta la fecha, la Ley Orgánica de Salud, prohíbe en su artículo art. 51 la producción, comercialización, distribución y consumo de estupefacientes y psicotrópicos y otras sustancias adictivas (2006). Con esta norma se presenta una incongruencia con lo que establece la Constitución porque por una parte existe la prohibición de criminalización del consumo de drogas y por otra la prohibición del consumo; por lo tanto, mientras que los primeros emplean una política sanitaria, la Ley Orgánica de Salud mantiene aún algunas funciones del prohibicionismo penal (Paladines J. , 2014).

Paladines explica que la prohibición del consumo ilícito desarrolla un marco político cultural de prevención, y que:

...la prevención basada en el abstencionismo o la evitación total del consumo ilícito niega el reconocimiento de los derechos que como consumidores tienen los usuarios de sustancias sujetas a fiscalización, al enviar los únicos mensajes a las mayorías y no también a quienes se encuentran en las distintas situaciones de uso ilícito (2014).

Explica que el prohibicionismo envía el mensaje de prevención solo a la población no consumidora porque persuade del riesgo a quienes no deben consumir; pero no para aquellos que ya son consumidores, ocasionales, habituales o problemáticos, cuando en primer lugar la información de prevención debería estar enfocada a los mismos consumidores para que se beneficien de las campañas para la interrupción de su consumo. Las campañas de prevención deben buscar evitar e interrumpir el consumo para disminuir los efectos y aumento de riesgos.

La última reforma a esta ley se realizó el 12 de abril del 2017, sin embargo, no se reformó nada del tema del consumo de drogas, sigue siendo prohibido según esta ley, a pesar de ser una norma totalmente inconstitucional, regresiva y que según Paladines excluye en la prevención a las personas que usan ilícitamente drogas y que están dentro del grupo de atención prioritaria según el artículo 52 de la Constitución, sin reconocer sus derechos y “negando otras subjetividades y modelos de intervención que hubiesen incorporado de forma integral y conjunta diversos procesos de información en aras de hacerlos más inclusivos” (Paladines J. , 2014), aunque este punto es debatible porque parece ser que el artículo 52 no se refiere a ese tipo de consumidores, por lo tanto los consumidores de drogas no se consideran dentro de esta investigación que son un grupo de atención prioritaria, sino que solamente podrían llegar a serlo en casos extremos en los que se vean inmersos ya en alguna enfermedad grave o catastrófica. Además, Paladines sostiene que a los consumidores se los excluye del Buen Vivir, que “es un mandato constitucional en Ecuador por el cual ninguna persona debe ser excluida de las políticas, planes y programas gubernamentales” (Paladines J. , 2014).

El Ministerio de Salud Pública es el órgano encargado de desarrollar las políticas públicas para tratar este fenómeno, y las políticas públicas deben estar acorde a la normativa, pero al tener dos normas con enfoques distintos imposibilita la labor de este órgano de prevenir y brindar el tratamiento y rehabilitación debida. Entre las funciones del Ministerio de Salud están regular, coordinar y controlar la marcha de procesos de prevención del consumo, también “... articular con programas de prevención integral de la red pública y privada de atención. En este último están los 12 Centro Especializado en el Tratamiento a personas con consumo problemático de Alcohol y otras Drogas (CETAD), 743 centros ambulatorios y 45 intensivos” (Heredia, 2018).

Aunque el Estado se ha preocupado de crear una red pública de centros terapéuticos, la mayoría se han implementado por la iniciativa privada como resultado de la despreocupación del Estado, existen otros tantos que funcionan en la clandestinidad (Álvarez, 2014). De lo dicho anteriormente, se puede pensar que esta red podría funcionar para quienes acudan voluntariamente para tratar su adicción; sin embargo, para aquellos que han sido detenidos por posesión de drogas y judicializados se cree que no, ya que existen aún rezagos de punición del Estado y a estos se les encierra en centros de rehabilitación penitenciaria.

Por lo tanto, en definitiva, no se ha implementado ni reformado normativa que desarrolle el mandato constitucional de considerar a las adicciones como un problema de salud pública, incluso en el proyecto de Código de la Salud se sigue la misma línea prohibicionista, ya que repite casi el mismo artículo 51 de la Ley de Salud Pública.

2.4. Importancia de la investigación previa, pruebas de cargo y descargo

Para entender la importancia de la función del fiscal al momento de investigar hechos, se explicará brevemente el procedimiento llamado a seguirse al momento en el que a una persona se le inicia un proceso por tenencia o posesión de drogas.

Fiscalía puede realizar una investigación previa cuando llega a tener noticia de un delito del que tiene conocimiento (por una denuncia, por partes policiales, o providencias judiciales), y, si llega a tener elementos de convicción solicitará una audiencia de formulación de cargos. Por otro lado, puede darse la detención por flagrancia (cuando la Policía Nacional realiza operativos), se da la detención y en las veinte y cuatro horas posteriores debe realizarse la audiencia de formulación de cargos, de nuevo, si el fiscal cuenta con los elementos de convicción necesarios.

El proceso inicia entonces con la audiencia de formulación de cargos y es importante en este punto, recordar que desde la reforma que se realizó al artículo

220 del COIP, la pena privativa de libertad mínima para los casos de tráfico ilícito, delito del que puede ser acusado erróneamente un consumidor, es de un año; por lo tanto, todo detenido por el delito de drogas, que esté superando las cantidades permitidas por la tabla del CONSEP obviamente, puede ser sometido a prisión preventiva si el fiscal lo solicita y el juez determine necesario, aunque esta medida puede ser sustituida por otras medidas que establece el Código.

Cuando se trata de flagrancia, o cuando una persona es detenida por orden de prisión preventiva, como en todo proceso, se debe cumplir con el examen obligatorio de salud que establece el artículo 683 del COIP: “Toda persona se someterá a un examen médico antes de su ingreso a los centros de privación de libertad y se le brindará, de ser necesario, atención y tratamiento. Este examen se realizará en una unidad de salud pública” (2014, pág. 113). Cabe recalcar que este examen solamente está dirigido a precautelar la salud e integridad del detenido, no es un examen enfocado a proteger los derechos de los consumidores en sí.

Ahora, en la audiencia de formulación de cargos el fiscal debe señalar el tiempo de instrucción fiscal, en el que recogerá los elementos de convicción para ser judicializados en la siguiente etapa preparatoria de juicio. En la instrucción fiscal tiene el deber de investigar a cargo y descargo, no debe limitarse a aquellos elementos que pueda utilizar solo para acusar. Aquí es donde se le deja en manos del fiscal la situación del acusado, porque es quien dirigirá la investigación y las pruebas de examen y detección del consumo en estos casos serán consideradas más de descargo que de cargo, pues éstas son las únicas que pueden librar al consumidor.

Como se vio anteriormente, el consumidor no cuenta con ninguna garantía que evite su criminalización; porque, aunque es verdad que en la audiencia preparatoria de

juicio se pueden formular solicitudes de éstos exámenes, ¿qué sucede con el tiempo que se investigó a una persona presumiéndola criminal cuando la criminalización por su conducta está prohibida?

Se dijo ya que el único elemento de prueba con el que se cuenta en muchos casos es el parte policial, por lo que es deber del fiscal llegar al fondo del asunto y actuar con ética, desistiendo de la acusación cuando no llega a conseguir más elementos de convicción de que esa conducta es un delito. Debe solicitar también aquellas pruebas de descargo que permitan valorar y detectar que la persona es consumidora, pruebas que detecten por ejemplo: la cantidad de droga en la sangre, en orina de la persona, la tolerancia que tenga a cierta o ciertas drogas, los exámenes psicológicos para establecer qué tan relevante es una droga en la vida de una persona, en fin, exámenes físicos y psicológicos para determinar los cambios que sufre el organismo de un consumidor al estar asimilando altas cantidades de droga.

Este es un grave problema, sin meterse a analizar, que no es materia de esta investigación, otra cuestión que se presenta cuando en esta misma audiencia se le propone al consumidor acordar un procedimiento abreviado, al respecto Ramiro Ávila sostiene que:

El juicio abreviado rompe y viola todas las garantías del debido proceso conquistadas en más de doscientos años de derecho penal liberal. Ahora se puede condenar en un juicio sumario, se admite la famosa máxima que era propia del derecho civil: “a confesión de parte, relevo de prueba”, se atenta contra el principio que fue la principal arma contra la tortura en el proceso, que es la prohibición de autoinculpación (2010, p. 11).

La situación en la que se le coloca al consumidor es gravísima, pues debe aceptar voluntariamente los cargos para negociar la pena, frente a la dificultad de probar su

coartada y justificar su calidad de enfermo de la adicción; se le obliga prácticamente a auto inculparse.

2.5. Referencia a la tabla de sustancias de la resolución No. 001-CONSEP-CO-2013

Paladines explica que la despenalización del consumo de drogas, el encasillar a las adicciones como un problema de salud pública y el reconocimiento de los diferentes niveles de consumo por medio de la Constitución en el Ecuador, fue un gran avance y desarrollo histórico porque no todas las movilizaciones sociales alrededor del mundo han conseguido con sus luchas el reconocimiento de estos derechos en su norma superior, en su Carta Magna; han logrado conseguir fallos favorables de sus más altas cortes pero no como en Ecuador, en el más alto estándar normativo (2016, p. 27).

Antes de hacer referencia a la tabla de sustancias de la resolución No. 001-CONSEP-CO-2013, se recordará de manera cronológica la sucesión de la entrada en vigencia de las normas, para hacer mención a la mayor crítica que ha tenido esta tabla: la falta de criterios en su elaboración. La Ley 108 entra en vigencia en 1990, la actual Constitución de la República en el 2008 y la resolución de No. 1 del CONSEP en el 2013.

Paladines explica que a pesar de que la Constitución en el 2008 enviaba un mensaje claro a la política, la práctica judicial se resistió a aplicar este mandato por la existencia de una norma anterior (Ley 108), que seguía vigente y que estaban acostumbrados a aplicar. Por eso, se vio la necesidad de reforzar la política pública, de manera que cuatro días después de la publicación del informe “El problema de las drogas en las Américas” por la OEA en el 2013, el 20 de junio del 2013, el CONSEP emite su resolución No. 001 estableciendo los umbrales para evitar la

criminalización de los consumidores de drogas ilícitas.

No obstante, los umbrales son medidas técnico-políticas que no gozan necesariamente de un respaldo científico total, puesto que no existe un estándar a nivel mundial que justifique la cantidad de sustancia que una persona pueda tener o poseer para su consumo e ingesta. Por el contrario, su respaldo se sustenta en las diversas y exitosas experiencias de la política de drogas de otros países, cuya implementación no hace más que proteger el libre desarrollo de la personalidad de quienes por su propia voluntad deciden usar drogas (Paladines J. V., 2016, p. 28).

No obstante, el mismo autor explica que los umbrales de uso son variados en los diferentes países, tanto así que, en cuanto al consumo de cannabis, el umbral para el consumo en Paraguay es de 5 gramos, en Colombia 20 gramos y España 40 gramos. Por lo tanto, queda comprobado que las tablas no tienen un respaldo científico que sea aceptado y uniforme internacionalmente.

Por otra parte, también es importante recalcar que la tabla solo regula la cantidad en anfetaminas, metilendioxifenetilamina, éxtasis, heroína, pasta base de cocaína, clorhidrato de cocaína y marihuana. Por lo tanto, queda la interrogante de qué pasa con aquellas que no están incluidas en la tabla, no se especifica si se debería entender que son drogas ilícitas y que su consumo está penado, pues no sorprendería ver un fallo en este sentido, aunque la Constitución prohíba la criminalización del consumo. O, si por el otro lado, queda a juicio del fiscal y del juez.

Otra reflexión frente a la resolución del CONSEP que contiene la tabla, es que no existen criterios de valoración para distinguir a los consumidores de los traficantes; es decir, no se menciona ninguna circunstancia específica en la que se deba encontrar a

una persona consumidora y que deba ser detenida por el hecho de que presente algún indicio de ser micro traficante, “...un adicto a las drogas no necesariamente portará cantidades que excedan la tabla por un deseo deliberado de infringir la ley, sino porque se encuentra inmerso en un trastorno orgánico de la salud que le obliga a portar y consumir cantidades elevadas de droga” (Freire, 2017). Los criterios de distinción se deberían establecer para que se pueda aplicar correctamente la norma tanto por policías, fiscales, jueces y demás operadores de justicia.

Esto se convierte en un verdadero problema, como lo explica Álvarez, para la institución policial los umbrales para el porte y tenencia para el consumo es una regla que no merece ningún tipo de interpretación, por lo que la persona que exceda la cantidad de la tabla podría ser “potencialmente vulnerable a ser considerada como un micro traficante” (2014, p. 9). Añade que la policía tiene gran peso y autoridad en el sistema penal ecuatoriano, los partes policiales son muy importantes y considerados por los jueces dentro de los procesos, sin olvidar que constituyen en la mayoría de los casos el único elemento de prueba, aunque pueden llevar consigo criterios parciales marcados por el paradigma represivo con el que han sido educados, además ambigüedades respecto a lo que presencian; por lo mismo, Álvarez afirma que es muy factible en los casos de drogas tener una sentencia condenatoria a un proceso justo.

Por último, se reitera que el derecho penal es de ultima ratio, el Estado debe agotar todas las medidas necesarias para asegurar la integridad de las personas antes que enviarlas a cumplir una condena en una cárcel, por una enfermedad. El debate y diálogo sobre la utilidad y efectividad de los umbrales ha sido inexistente en el país, a pesar de que constituye un logro en la norma, esta herramienta lleva consigo riesgos y complicaciones como las que se mencionó anteriormente. Así mismo, Álvarez

recomienda que “las cantidades umbral sean flexibles, viables, revisadas periódicamente y que se mantengan como un instrumento para determinar la intención, la culpabilidad y el daño” (2014, p. 12). Esto, para evitar que una resolución sea una obligación de cumplir a la vez que es irreal, no acorde al tiempo y a las circunstancias.

CAPÍTULO III: TRATAMIENTO DE LA DROGADICCIÓN EN DERECHO COMPARADO Y ALTERNATIVAS AL PROBLEMA

Una vez que hemos analizado la normativa que rige el consumo de drogas en el Ecuador y hemos nombrado los desaciertos, obstáculos y contrariedades que presentan, tanto sociales como jurídicos, es oportuno analizar legislación comparada con el fin de reconocer y determinar alternativas que podrían ser adoptadas por la normativa nacional, alternativas que permitan el cabal cumplimiento del artículo 364 de la Constitución.

3.1. Análisis de la normativa que regula el consumo de drogas en Bolivia y Chile

Según el Informe del Estudio Nacional a Hogares sobre el consumo de drogas realizado por el CONSEP (2007, p. 36), (no ha sido posible analizar cifras actualizadas), en el Ecuador se estima que el nivel de consumo a nivel nacional es del 4.9%. En Bolivia el nivel de consumo de drogas en el año 2005 ha sido de un 4,51% de la población (Achá, 2014) y, en Chile el nivel ha sido del 5.68% (Faúndez, 2005). Las cifras de los dos países son similares a las del Ecuador, pese a que Bolivia tiene menor población y Chile mayor población.

En esta investigación se ha escogido un país principalmente productor de droga y otro que ha servido para el tránsito de drogas. Bolivia es productor de coca y cocaína y Chile al estar al límite con Bolivia y Perú (otro gran productor de cocaína), se ha transformado en un país de tránsito de droga. Se ha escogido estos dos países porque tienen los más altos índices de consumo no solo de Sudamérica sino América y Latinoamérica, siendo Chile el tercer país consumidor de marihuana del mundo. Chile se ha escogido también porque ha sido siempre un referente normativo para Ecuador.

Se analizará la normativa que regula el consumo para determinar sus aciertos y desaciertos, y la respuesta institucional que se ha dado para abarcar el problema de las drogas.

Es preciso recalcar que se analizará exclusivamente normativa, dejando de lado su aplicación y eficacia, pues como sostiene Achá, para reducir el consumo de drogas y abarcar el problema de las drogas es necesario la cooperación y el cambio de comportamiento de la sociedad en sí, y de la fortaleza del Estado frente a narcotraficantes, sicarios, paramilitares, etc. (2014, p. 28); por lo que para determinar la eficacia de una ley se deberían analizar factores como los mencionados, además, del hecho de que cada país tiene particularidades sociales, económicas y culturales que deben ser tomadas en cuenta al analizar la eficacia de las leyes.

3.1.1. Bolivia

El consumo en Bolivia está regulado por la llamada “Ley 1008”, bajo esta ley ni el consumo ni la posesión de sustancias ilícitas para el consumo está penado, esta ley define al consumo como aquel uso ocasional, periódico, habitual o permanente; por lo tanto, al igual que la legislación ecuatoriana, no hace ningún tipo de distinción entre consumidores ocasionales, habituales y problemáticos, sino que se considera también que todos deben recibir tratamiento y rehabilitación para ser reincorporados en la vida en sociedad. (Achá, 2014). Todo tipo de consumo es considerado problemático, incluso el ocasional porque es considerado contrario al orden y a la convivencia armoniosa, por lo que es dañino y se debe corregir.

El artículo 49 establece que todo consumidor sorprendido en posesión de cantidades mínimas, que se suponga que son destinadas a su autoconsumo, será internado en un instituto hasta que se rehabilite.

Además, el mismo artículo establece lo siguiente:

La cantidad mínima para consumo personal inmediato será determinada previo dictamen de dos especialistas de un instituto de farmacodependencia público. Si la tenencia fuese mayor a la cantidad mínima caerá en la tipificación del artículo 48° de esta ley.

A los ciudadanos extranjeros sin residencia permanente en el país que incurran en la comisión de estos hechos se les aplicará la ley de residencia y multa de quinientos a mil días (Ley Del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas, 1988).

Lo importante de destacar, es que la ley al referirse a “cantidades mínimas”, no queda al arbitrio de la autoridad establecer qué cantidad debe ser considerado como tal, sino que lo determinan profesionales, dos especialistas en la materia son los encargados de establecer cuál es la dosis que tolera la persona, con lo cual se evitaría que se criminalice al consumidor y se lo someta a engorrosos procesos penales, pues al determinarlo inmediatamente expertos, se procedería a dejarlos en libertad al momento en que se establezca que las cantidades son destinadas para el consumo, es decir, que realmente esa persona consume la cantidad que porta.

El problema en esta ley es que de sobrepasar estas “cantidades mínimas”, cae en la tipificación del delito de tráfico de drogas y las penas para este delito oscilan entre diez a veinticinco años de prisión; son penas altas y totalmente desproporcionadas, pues no se toma en cuenta las cantidades de la sustancia ni el tipo de sustancia.

Por lo tanto, lo que se puede rescatar de la legislación boliviana es que el Estado está protegiendo a todo tipo de consumidor y ofreciendo el tratamiento; el Estado ecuatoriano está llamado a brindar tratamiento, pero no tiene una norma que obligue a brindarlo en el momento inmediato de aprehender a una persona con una

cantidad mínima, es decir en el caso que no sobrepase la tabla de cantidades, se mantenga dentro del gramaje permitido para consumo personal.

También, se podría pensar que el someter a un consumidor al examen y evaluación de dos profesionales al momento de ser aprendidos, es mucho más beneficioso que someterlo a un proceso penal, que meterlo a una cárcel en la que no recibe tratamiento, pues tampoco dejará de consumir y empeorará su enfermedad, pues dentro de la cárcel ecuatoriana los privados de la libertad tienen acceso a todo tipo de droga.

Baratta sostiene que se cumplen dos objetivos en un régimen de encierro: se aprende a ser un buen criminal frente a la sociedad y un buen detenido frente a las autoridades penitenciarias. Si entendemos al crimen como un hecho violento que debe ser combatido, entonces el sentido común en este aspecto acierta. La única forma de soportar el encierro es aprendiendo formas violentas de sobrevivencia o consumiendo sustancias estupefacientes para evadir su realidad. La consecuencia es que las personas en el encierro se tornan más violentas y corren el riesgo de caer en una adicción. Mientras más tiempo encerradas, más agudos los problemas personales. Esta persona, tarde o temprano, tiene que salir de la cárcel. Fuera de la cárcel encontramos a una persona más violenta que no hará otra cosa que reproducir la violencia aprendida en el encierro (Ávila R. , 2010).

Al parecer resulta beneficioso para el consumidor porque no va a ir a una cárcel y recibirá tratamiento, previniendo en ciertos casos el síndrome de abstinencia y demás efectos que produce la falta de consumo; y para el sistema penal mismo porque se evitaría el hacinamiento de cárceles y la congestión de la administración de justicia.

3.1.2. Chile

En Chile la Ley No. 20000 sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; las penas privativas de libertad para el delito de tráfico oscilan entre 5 y un día a 15 años, además de multa pecuniaria (2015, art. 1.). Se puede observar que son penas similares a las ecuatorianas, sin embargo, en Ecuador se tiene la ventaja de que la ley expresamente diferencia entre mínima, mediana, alta y gran escala, y señala las cantidades en la normativa correspondiente; mientras que, en Chile al omitir estos detalles corresponderá a jueces establecer la pena según su criterio, sin tener referentes en los cuales basarse.

Lo que la Ley 20000 sí hace es diferenciar el tráfico con el micro tráfico, estableciendo para el micro tráfico penas entre 541 días a 5 años de presidio, en su artículo 4 establece lo siguiente:

El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro. Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga

poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título (2015).

Es decir, la Ley 20000 diferencia al tráfico del micro tráfico cuando se refiere a la segunda actividad en “pequeñas cantidades”. Y dentro de este artículo que sanciona el micro tráfico se determina que la conducta de los consumidores es irrelevante y excluida penalmente cuando es destinado al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, además de manera privada, es decir que todo consumo en público es prohibido y por lo tanto penado.

La legislación chilena al prohibir el consumo en público busca prevenir el cometimiento de otros ilícitos como accidentes vehiculares, delitos violentos, violencia intrafamiliar, etc., delitos que muchas veces son protagonizados por personas que sufren de un consumo problemático. Posterior a la promulgación de esta ley se ha mostrado un decrecimiento del consumo, algunas sustancias en mayor cantidad (Greene, Fynmore, & Vinagre, 2018). En Ecuador se ha debatido un proyecto con enfoque similar para prohibir el consumo en público, pero hasta la fecha no se ha concretado en nada.

Según el sitio web del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA), el consumo no es considerado un delito sino una falta y no se prevé medidas privativas de libertad (Gobierno de Chile , 2019). Así mismo en el artículo 8 de la Ley 20000 se prevé la pena privativa de libertad y multa para la siembra, plantación, cultivo y cosecha de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, y, se excluye la sanción cuando se justifique que la actividad está destinada al uso o consumo personal y próximo en el tiempo, en el

cual se aplicarán las sanciones establecidas en el artículo 50 que son: multas, asistencia a programas de prevención, tratamiento o rehabilitación obligatoriamente, participar de programas en beneficio a la comunidad o cursos de capacitación de la técnica o arte, etc. y el juez es el encargado de indicar que tipo de actividad realizará y el organismo que debe supervisar la actividad, respetando su jornada educacional o laboral.

Además, como pena accesoria se puede dar la suspensión de la licencia de conducir, que es una medida acertada porque protege a la sociedad del peligro de un conductor bajo efectos de drogas.

En cuanto al término del consumo “próximo en el tiempo”, parece ser otro acierto de la legislación chilena, pues así se podría evitar que consumidores que pueden tener a la vez la calidad de micro traficantes se excusen y queden libres de sanción; podrían justificar que son consumidores, también al hablar la ley de “pequeñas cantidades” da a pensar que no se está tomando en cuenta un gramaje solo para el diario, para el día que la persona es aprehendida, sino que se podría aceptar una cantidad que sea destinada para el consumo de días posteriores.

Esto resulta ser un avance, se considera dentro de esta investigación que la legislación ecuatoriana no está tomando en cuenta ciertos factores externos a la voluntad del consumidor como el hecho de que el consumidor no se abastece de sustancias a diario, sino para su consumo “próximo en el tiempo”; porque así se manejan comúnmente por razones como las que se mencionó con anterioridad: el miedo del consumidor de ser aprehendido con la sustancia, el miedo de ser aprehendido el momento de la compra y vinculado a otros delitos, el miedo de ser socialmente juzgado, etc.

Y ésta línea de delimitar umbrales de tenencia de consumo para los próximos

consumos, se ha seguido también en Portugal en donde se delimita para el consumo de hasta diez días según la Ley No. 30 del país. Paladines explica que la política del gobierno de Portugal ha sido eficiente en reducir los riesgos del consumo y asumir el tratamiento y rehabilitación de los consumidores, "...con lo cual este país no se convirtió precisamente en un destino turístico para el consumo, alejando además un incremento significativo de las dependencias" (Paladines J. V., 2016). Es decir que este país ha logrado de esta manera que se mantenga el nivel de consumo, sin incrementarlo y respetando el derecho de los consumidores. Esto podría ampliar la frontera entre tráfico y consumo.

3.2. Alternativas que se podrían adoptar en la legislación nacional para regular el consumo de drogas

Según las legislaciones analizadas (Bolivia y Chile), se establecerán las alternativas que se consideran aciertos dentro de esta investigación y que son posibles de ser adoptadas dentro de la legislación ecuatoriana.

1. De la legislación boliviana lo que se puede rescatar es el procedimiento que se debe llevar a cabo al momento de una detención. Cuando una persona es aprehendida en Bolivia, queda a cargo de dos profesionales de fármaco dependencia determinar la cantidad mínima personal que la persona portaba; la cantidad mínima personal es diferente para cada persona, por ejemplo, no hay ninguna prueba que demuestre muertes a causa del consumo de marihuana, por lo tanto, es importante que profesionales determinen la cantidad mínima personal que cada persona tolera.

Esto se podría incluir dentro de la legislación ecuatoriana, porque como se explicó, es beneficioso no solo para el consumidor porque evita la criminalización, sino para descongestionar el sistema penal y la misma administración de justicia.

2. La legislación chilena prevé sanciones no privativas de libertad frente al consumo porque no es considerado como un delito sino como una falta. En Ecuador no es ni delito ni falta, es un problema de salud pública, por lo tanto, no se prevé sanciones. Pero, es interesante el tipo de sanciones que prevé, como asistencia a programas de prevención, tratamiento o rehabilitación obligatoriamente, programas en beneficio a la comunidad, o cursos de capacitación de la técnica o arte, etc. que se piensa que además de que son con el fin de escarmiento también son inclusivos dentro de la sociedad. Estas son sanciones leves por así decirlo y podrían resultar efectivas pues están lejos de criminalizar al consumo que es lo que busca nuestra Constitución; permiten, además, que se trate a las adicciones como un problema de salud pública, pues el término salud hace referencia a un equilibrio psicológico y emocional, equilibrio que se consigue dentro de la vida en armonía con la colectividad, y, el incluir a un consumidor en actividades de esa naturaleza podría despertar conciencia sobre su consumo. Por lo anterior, resulta interesante las diferentes alternativas que el Estado podría tomar no como una sanción, sino como una forma de inclusión y rehabilitación, porque los tratamientos que reciben actualmente están infectados aún con raíces punitivas porque algunos centros practican tratamientos ofensivos, humillantes, privación de servicios, etc.

3. El término “consumo próximo en el tiempo” que ha sido recogido en la ley chilena se podría incluir dentro del COIP, ya que esta normativa deriva la responsabilidad de establecer las cantidades permitidas al organismo correspondiente; la normativa que establece hasta el día de hoy tales cantidades es la Resolución No. 001-CONSEP-CN-2013, misma que se ha criticado ya por la falta de criterios de valoración para distinguir a un micro traficante de un consumidor, la resolución no es apta para que los jueces puedan aplicarla para

evitar la criminalización del consumidor. La resolución establece las cantidades permitidas de portar, tener, poseer para el consumo solo de ciertas drogas, pero en ninguna parte de la resolución se indica si la cantidad es la permitida para un solo consumo o para un día, no se especifica. Por esto es que se considera que el incluir el término “consumo próximo en el tiempo” en el COIP obligaría que el órgano encargado realice un estudio técnico y médico para establecer las cantidades de consumo para varios días, abriendo el debate sobre el tema que ha sido abandonado por algún tiempo; y, de esta manera protegiendo el derecho del consumidor de no ser criminalizado, pues se dilataría la estrecha brecha que existe entre tráfico y consumo.

3.3. Alternativas Doctrinarias: Hacia un nuevo derecho penal

En este apartado se analizará brevemente el texto “Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal” de Ramiro Ávila Santamaría (2010) en el que evidencia el derecho penal y su poder punitivo, poder violento, arbitrario, discriminatorio e incapaz de resolver conflictos sociales, pero legitimado por las demandas sociales frente a la inseguridad ciudadana. Según el autor este derecho penal legitimado no observa a la realidad; esto lo ha incentivado a la búsqueda de un derecho penal distinto que respete los derechos humanos, un derecho penal de *última ratio*, de mínima intervención.

Ávila explica que Estados Unidos ha sido el mayor impulsador dentro de la agenda global para combatir la delincuencia y se han enfocado principalmente en luchar contra las drogas, la trata de personas, criminalidad organizada, lavado de dinero y terrorismo. El país norteamericano ha presionado a los países a seguir sus lineamientos para proteger a la comunidad internacional; y, en Latinoamérica,

donde la criminalidad ha crecido considerablemente, se los ha obligado a expandir el poder punitivo. Los países han adecuado sus sistemas jurídicos obligatoriamente para estar acorde a consensos internacionales: los tipos penales han incrementado, las penas se han endurecido, imposición de prisión preventiva, dotación de poder a la policía, etc.

Pero, el resultado que se ha dado de esta expansión del poder punitivo ha sido contraria a la deseada, se ha dado reincidencia del cometimiento de delitos, por ejemplo, y frente a esto se ha previsto que ésta sea agravante de la pena y causal de prisión preventiva; es decir, se ha expandido aún más el poder punitivo. La justificación de la expansión del poder punitivo no es solo fáctica, sino política, normativa y teórica. La justificación teórica la encontramos en el positivismo penal en el que doctrinariamente se dice que existen dos tipos de personas: los que actúan bajo el marco legal y aquellos “los enemigos” que actúan violando la ley, por lo tanto, se los puede encerrar y privar de sus derechos porque deben seguir una rehabilitación para que puedan volver a vivir en civilización.

Los postulados del positivismo penal crean realidades (como se encasilló en algún momento a los consumidores de drogas dentro de “los enemigos”), hay personas que sufren las consecuencias de las teorías, se les quita su libertad, se los tortura y hasta se los mata. Ávila sostiene que se debe deconstruir los postulados del derecho penal que justifican la expansión del poder punitivo.

Sostiene también que:

Toda conducta que constituya una infracción penal es un conflicto social, pero no todo conflicto social debe ser penalizado. Para diferenciar estas dos situaciones se ha dicho que todo conflicto que no puede ser resuelto, debe ser penalizado; y si el conflicto puede ser resuelto, debe ser solucionado

mediante del derecho civil, administrativo o constitucional. Por ello, el derecho penal es de ultima ratio (2010, p. 8).

Es decir que, el poder punitivo estatal no puede extenderse cada vez que existe un nuevo conflicto social, primero se debe analizar si el conflicto puede ser tratado por otras áreas, y la última herramienta debe ser el derecho penal. El conflicto social de las adicciones fue tratado en un principio como un problema de seguridad nacional, era criminalizado; ahora, es un problema de salud pública, por lo tanto, es un conflicto social solucionable y no penalizado. Se debe tratar de reducir al máximo las infracciones penales, para Ávila conflictos como los relacionados a la propiedad privada y faltas administrativas podrían ser conflictos solucionables. Establece que, en la práctica, el derecho penal no resuelve con una sentencia el problema, sino que lo agrava porque si con un acto se violó un derecho, con el poder punitivo que se ejerce se violan innumerables derechos del victimario y sus allegados, derechos como la intimidad, la convivencia familiar, la seguridad personal, el acceso a servicios básicos, libertad sexual, derechos sociales, el derecho a vivir en un medio libre de violencia, entre otros.

Por esto es que el autor se plantea un nuevo derecho penal que entre las características que debe tener está el ser mínimo y restaurador, en el que se canalicen los conflictos y el derecho penal solo se aplicaría sobre los conflictos necesarios, siendo los demás conflictos resueltos por el derechos civil o administrativo.

Por último, señala que, aunque resulte utópica la supresión progresiva de la respuesta penal a los conflictos sociales, es una forma de respeto y cumplimiento de los derechos constitucionales; derechos que su ejercicio y realización también es utópico, pero que han sido redactados en las cartas políticas de los Estados Constitucionales.

En el mundo el 80% de mujeres privadas de la libertad es por delitos relacionados a drogas. De los detenidos por delitos relacionados a las drogas a nivel mundial, el 83% es por simple posesión o tenencia (Paladines J. , 2019).

Frente a estas cifras se puede deducir que los detenidos no son propiamente los responsables del tráfico de drogas, los cabecillas de las organizaciones narcotraficantes, sino micro traficantes y consumidores. Por lo tanto, es responsabilidad de todos, como ciudadanos del mundo y aún más de juristas buscar alternativas al conflicto social que ponga fin a la crueldad del poder punitivo, despertar conciencia y abrir el pensamiento al análisis de otras formas de abordar el conflicto, como las de la justicia indígena, por ejemplo, la represión no es la única salida.

3.4. Sentencia No. 7-17-CN/19

Durante la realización de este trabajo de investigación, se expidió la Sentencia No. 7-17-CN/19 por parte de la Corte Constitucional como respuesta a una consulta de constitucionalidad del inciso final del artículo 220 del COIP. La sentencia fue aceptada por el pleno de la Corte Constitucional el día 02 de abril del 2019.

En su parte sustancial la sentencia establece que la tabla de cantidades para el consumo personal y el inciso final del artículo 220 del COIP son compatibles con el artículo 364 de la Constitución. Establece que el inciso final del artículo 220 es compatible:

“...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 admisible de tenencia para el consumo personal, corresponde a los operadores de justicia establece que la persona en tenencia

de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, tenga la intención de traficar e lugar de consumir, en el marco del derecho al debido proceso” (Corte Constitucional, 2019).

La Corte Constitucional ha dado una respuesta al problema que se ha venido criticando en el transcurso de la ejecución de este trabajo. Sin duda, esta sentencia protege el derecho de los consumidores de no ser criminalizado por el simple hecho de portar mayor cantidad de droga que la máxima permitida, aclarando y contrariando la errónea interpretación de la ley que se ha dado hasta el día de hoy: no es una presunción de derecho, ¿se tiene que probar que estaba destinado para el tráfico y por parte del Estado!

Por lo tanto, ya no se invierte la carga de la prueba, sino que el Estado, el fiscal es el encargado los elementos de convicción de cargo y descargo objetivamente para que posterior el juez lo valore en un proceso penal. El Estado es el que tiene la obligación de establecer si la conducta se subsume en el tipo penal.

Esta sentencia respalda la crítica que se ha realizado en este trabajo, pues aclara lo que en la práctica se ha venido realizando de manera contraria al espíritu de la ley. Sin embargo, la sentencia también señala que el “la presunción de inocencia no se desvanece por el solo hecho de superar la cantidad máxima admisible establecida en la Resolución del CONSEP” (Corte Constitucional, 2019); lo cual no es correcto porque no existe tal presunción de inocencia, el consumidor es inocente hasta que se demuestre lo contrario porque la inocencia es un estado no una presunción dentro del Ecuador, pero en fin, se entiende que el objetivo de la Corte ha sido el de proteger al consumidor acentuando en el principio de inocencia para que los operadores tengan presente al momento de administrar justicia.

Empero, aunque la sentencia despeja la duda que llevó a la errónea interpretación

de la ley, no se hizo mención alguna a qué pasaría si a alguien se lo detiene con alguna sustancia estupefaciente, psicotrópica o preparado que las contengan que no esté clasificado dentro de la tabla de cantidades para el consumo.

Y también persiste otro grave problema como la falta de garantías para que un consumidor no se vea inmerso en un proceso penal en el que se lo encierre en prisión preventiva por el simple hecho, de nuevo, de poseer en mayor cantidad que la permitida.

3.5. Conclusiones y recomendaciones

3.5.1. Conclusiones:

La adicción a las drogas ha sido siempre un tema de gran preocupación para los Estados y frente a los intentos para tratarlo se han dado diferentes visiones que han tenido aciertos y fracasos. En Ecuador, en primera instancia, presionados por los Estados Unidos, se trató de combatir el problema de una manera prohibitiva hacia el consumo y de cero tolerancias al narcotráfico, y, se podría decir que la llamada “guerra contra las drogas” ha sido un fracaso, pues no es posible erradicar de raíz el consumo de drogas, que es una actividad milenaria sin fin, pues se ha demostrado ya que el prohibicionismo es uno de los procesos de aprendizaje que menos resultados dan, los resultados fueron contrarios y el consumo aumentó, ha sido una solución inútil y violenta.

En segunda instancia, se dio un enfoque preventivo al problema, tratando de poner en un primer plano el consumo de drogas, verdadero origen de este conflicto social, consumo que se ha demostrado debe ser tratado como una enfermedad por los cambios físicos y psíquicos que produce. Esta estrategia ha tenido mejores resultados, pero hasta la actualidad se presentan varios obstáculos que no permiten el cumplimiento del artículo 364 en la Constitución de la República del Ecuador en su totalidad.

A pesar de todos los esfuerzos legislativos por derogar, reformar y crear normativa acorde a lo dispuesto en el artículo 364 de la Constitución, rezagos de la visión punitiva que el Ecuador tuvo en el pasado, de abordar el problema como de seguridad nacional han dificultado su aplicación, rezagos institucionales como la educación policial de aplicar la tabla de cantidades irrestrictamente, sin paso a ningún tipo de interpretación; normativos, como el aumento de pena para posibilitar

la solicitud de la prisión preventiva; y, sociales como la asociación discriminativa entre consumidor y delincuente.

En cuanto a las acciones estatales para proteger los derechos de los consumidores, éstas se han diversificado y se las han delegado a diferentes instituciones. Se ha encargado a los diferentes órganos a tomar las medidas necesarias para cumplir con sus deberes, pero no ha sido posible encontrar las políticas y programas en concreto que éstos están llamados a desarrollar, por lo que no fue factible tener un panorama claro de las actividades que realiza el Estado para proteger los derechos de los consumidores, ni cuál es el objetivo a cumplir.

Con respecto a las garantías en el Ecuador, se concluye que hay garantías, pero deficientemente diseñadas; esto porque no aseguran el cumplimiento eficaz de todos los derechos, no existen garantías que protejan los derechos de los consumidores, pues nada garantiza al consumidor el no verse envuelto en un proceso penal por el hecho de portar mayor cantidad que la permitida ni que no se dicte prisión preventiva en su contra mientras se investigan los hechos luego de su detención.

Por otra parte, el tratar al consumo como un problema de salud pública es definitivamente un acierto en la legislación ecuatoriana, pero aún se debe reformar leyes que fueron dictadas con la visión punitiva, anteriores a la Constitución, como lo es la Ley Orgánica de Salud que prohíbe el consumo en su totalidad y crea un ambiente difuso al momento de crear políticas con enfoque preventivo; reformar para que el mensaje se pueda difundir a toda la sociedad, incluyendo todo tipo de consumidores.

Sobre la tabla de cantidades máximas para la tenencia para el consumo, se concluye que no existió un debate calculado y amplio al momento de su creación, no se les dio a conocer con claridad y esa falta infirió para la errónea interpretación de las

mismas, llevando a la presunción de derecho: que el exceso de la cantidad permitida para el consumo está destinado para el tráfico ilícito de drogas; tampoco ha existido debate posterior para verificar la eficacia de la introducción de las mismas, no se ha revisado cifras ni se ha ampliado el diálogo. La tabla debe contener criterios de distinción entre consumidores y traficantes, estableciendo circunstancias en las que se los pueda diferenciar.

Por su lado, la sentencia de la Corte Constitucional No. 7-17-CN/19 es un intento de proteger al consumidor alejándolo de un proceso penal, establece que el hecho de portar más cantidad de la permitida no rompe su estado de inocencia y aclara que tampoco el mismo hecho establece indicio ni presunción de responsabilidad penal por el delito de tráfico ilícito. La sentencia corrige el problema únicamente aclarando la errónea interpretación. En cuanto a la inexistencia de garantías de protección para el consumidor, se planteó que el principio de inocencia podría llegar a funcionar como garantía y esto toma sentido con esta sentencia pues el juez solamente podría llegar a dictar sentencia condenatoria al estar convencido en su totalidad de la responsabilidad del procesado, ahora que se desvaneció la presunción de derecho; por lo dicho, la sentencia refuerza y hace un llamado a la aplicación de este principio. Por último, el futuro de los consumidores está en manos de los operadores de justicia, principalmente en fiscales y jueces, en fiscales porque deben ser objetivos y recoger los elementos de cargo y descargo necesarios para encontrar la verdad, en jueces por su responsabilidad de ser imparciales para evitar que se los criminalice; porque criminalizar no solo es obtener una sentencia condenatoria, criminalizar es tratar como un criminal a una persona y a un hecho, cuando la propia Constitución ecuatoriana lo prohíbe.

Por todo lo mencionado anteriormente, esta investigación concluye que hasta la

actualidad no se ha llegado a dar un cabal cumplimiento del artículo 364 de la Constitución de la República, es decir, no se ha garantizado adecuadamente el derecho de los consumidores de sustancias estupefacientes y psicotrópicas a no ser criminalizados, ni se ha podido evidenciar con claridad una política pública que permita establecer que las adicciones están siendo tratadas como un problema de salud pública.

3.5.2. Recomendaciones

Se recomienda en primer lugar a la función legislativa a llamar a un debate sobre el tema de drogas que ha sido bastante olvidado; sobre la utilidad y efectividad de la tabla de cantidades para el consumo personal, analizando cifras y la realidad nacional, los umbrales sean revisados frecuentemente para determinar su viabilidad.

Que la aplicación de la tabla sea más flexible, se podría analizar la posibilidad de aceptar una cantidad que sea destinada para el consumo de los días posteriores.

Que se brinde mayor difusión de la normativa penal aplicable a los casos de drogas a entes como la Policía Nacional, pues son los primeros que deben instruidos para apreciar las situaciones en las que pueden diferenciar a los consumidores de traficantes y de esta manera aplicar de manera eficiente el principio de economía procesal.

Que se realice un llamado a jueces y fiscales a aplicar en la menor medida posible prisión preventiva en casos relacionados con el micro tráfico de drogas, con el fin de evitar la criminalización del consumo, aplicando el principio de economía procesal y el de proporcionalidad; es decir cuando sea estrictamente necesario.

Se recomienda también control de los medios de comunicación, para que no pasen noticias como de crónica roja cuando todavía no se tiene una sentencia

condenatoria, pues son noticias que alarman a la sociedad, causan presión social y discriminación a los consumidores.

Por último, se recomienda que se analice en el poder legislativo alternativas en derecho comparado y en otros sistemas de derecho, como en la justicia indígena, por ejemplo, con el fin de encontrar soluciones más humanas, menos violentas y de mayor utilidad.

Bibliografía:

Achá, G. (2014, enero). *Consumo y consumidores de drogas en Bolivia*. Retrieved from Cosecha Roja : <http://cosecharoja.org/wp-content/uploads/2014/06/bolivia-usuarios.pdf>

Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica. (s.a.). *¿QUÉ SON LOS PSICOTRÓPICOS Y ESTUPEFACIENTES?* Argentina.

Álvarez, C. (2014, julio). *Reformas y contradicciones en la política de drogas de Ecuador*. Retrieved from WOLA: www.wola.org/es/analisis/reformas-y-contradicciones-en-la-politica-de-drogas-en-ecuador/

Andrade, J. (2006). *La Presunción de Inocencia en el Derecho Penal Ecuatoriano*. Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay .

Ávila, R. (2010, septiembre 7). *Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal* . Ecuador : Universidad Andina Simón Bolívar. Retrieved from <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1088>

Ávila, R. (2010). *Las Garantías Constitucionales: perspectiva andina* . *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 77-93.

Ávila, R. (2012). *En defensa del Neoconstitucionalismo Transformador*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.

Boquet, E. M. (2017, abril 7). *eDruida*. Retrieved from www.edruida.com/single-post/psicotropos-y-estupefacientes

- Casino, G. (2003, septiembre 9). La drogadicción, una enfermedad crónica. *El País*.
- Código Orgánico Integral Penal . (10 de febrero de 2014). Registro Oficial 180. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CONSEP. (2007). *Informe del Estudio Nacional a Hogares sobre el consumo de drogas* .
- Constitución de la República del Ecuador . (2008, Octubre 20). Registro Oficial No. 449. Ecuador : Asamblea Nacional del Ecuador .
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, octubre 20). Registro Oficial No. 449 . Montecristi, Ecuador : Asamblea Nacional.
- Edwards, S. G. (2010). La legislación de drogas de Ecuador y su impacto sobre la población penal en el país. *Sistemas sobrecargados - Leyes de drogas y cárceles en América Latina*.
- Faúndez, J. (2005). La incidencia de las drogas en Chile, Experiencia de la Acción del Previene en Cinco Comunas de la Región Metropolitana . Santiago, Chile: Universidad de Chile.
- Freire, M. (2017). La Criminalización al consumo de Drogas: una inexistente frontera entre tráfico y consumo. Quito: Universidad de los Andes.
- Gállico, F. C. (s.a.). *DROGAS: CONCEPTOS GENERALES, EPIDEMOLOGÍA Y VALORACIÓN DEL CONSUMO*.

- García, C., Valmaña, S., & Téllez, A. (2000). *Diccionario de ciencias penales: criminología, derecho penal, derecho penitenciario y derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer.
- Gobierno de Chile . (2019, mayo 22). *SENDA*. Retrieved from <http://www.senda.gob.cl/quienes-somos/normas-vinculadas/ley-no-20-000-sanciona-el-trafico-ilicito-de-estupefacientes-y-sustancias-sicotropicas/>
- Greene, P., Fynmore, S., & Vinagre, A. (2018). *Drogas en Chile: Fronteras, consumo e institucionalidad* . Libertad y Desarrollo .
- Heredia, V. (2018, mayo 8). Ministerio de Salud ya maneja los planes de prevención de drogas. *El Comercio*.
- Laespada, T., Iraurgi, L., & Aróstegi, E. (2004, julio). Factores de Riesgo y de Protección frente al Consumo de Drogas: Hacia un Modelo Explicativo del Consumo de Drogas en jóvenes de la CAPV. País Vasco: Universidad de Deusto.
- Ley 20000. (2015, Octubre 22). SUSTITUYE LA LEY N° 19.366, QUE SANCIONA EL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS. Chile: Congreso Nacional .
- Ley Del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas. (1988, julio 19). Ley No. 1008. Chile.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional . (2009, octubre 22). Registro Oficial Suplemento 52. Ecuador : Asamblea Nacional.

Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas sujetas a Fiscalización . (2015, octubre 26). Registro Oficial Suplemento 615. Quito , Ecuador : Asamblea Nacional .

Ley Orgánica de Salud . (2006, Diciembre 22). Registro Oficial Suplemento 423. Ecuador .

Luengo, M., Romero Tamames, E., Gómez Fraguera, J., García López, A., & Lence Pereiro, M. (1999). *La prevención del consumo de drogas y la conducta antisocial de la escuela. Análisis y evaluación de un programa*. Santiago de Chile: Universidad Santiago de Compostela.

Medina-Mora, E. R., Villatoro, J., & Natera, G. (2012, agosto 28). *Scielo*. Retrieved from www.scielo.org/scielo.php?pid=S0036-36342013000100010&script=sci_arttext

Milanese, P. (2007). El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención. *Derecho Penal Online*.

Molina, M. d. (2008). Evolución histórica del consumo de drogas: concepto, clasificación e implicaciones del consumo prolongado. *International e-journal of criminal sciences*, 30.

Organización de los Estados Americanos. (2013). *El problema de las drogas en las Américas*.

Organización Mundial de la Salud . (1994). *Glosario de Términos de Alcohol y Drogas*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo .

Organización Panamericana de la Salud. (2009). *Epidemiología del uso de drogas en América Latina y El Caribe: Un enfoque de salud pública*. Washington, D.C.

Ortega, J. (2015, octubre 2). Duras sanciones por tráfico mínimo de drogas . *El Comercio* .

Paladines, J. (2014). *La respuesta sanitaria frente al uso ilícito de drogas en el Ecuador* . Centro de Estudio de Drogas y Derecho.

Paladines, J. (2019, abril 4). El paradigma penal de la guerra contra las drogas: a propósito de Ecuador. Ecuador .

Paladines, J. V. (2016, abril). *En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en el Ecuador*. Retrieved from Friedrich Ebert Stiftung: www.fes-ecuador.org/news-list/e/en-busca-de-la-prevencion-perdida-reforma-y-contrarreforma-de-la-politica-de-drogas-en-el-ecuador/

Pazmiño, E., Paladines, J., & Brito, M. (2014, agosto). Guía de aplicación del principio de favorabilidad para las personas con condenas por delitos de drogas en el Ecuador. Ecuador.

Plan Nacional de Prevención Integral de Drogas 2012-2013. (2012, enero 24). Ecuador : CONSEJO NACIONAL DE CONTROL DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS.

Plan Nacional de Prevención Integral y Control del Fenómeno Socio Económico de las Drogas 2017-2021. (2017). Ecuador: Secretaría Técnica de Prevención Integral de Drogas.

Pleno de la Corte Constitucional. (2019, abril 02). Sentencia No. 7-17-CN-19. Ecuador.

Pomboza, J. (2016). La aplicación del procedimiento areviado establecido en el artículo 636 inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal frente a los principios de favorabilidad, mínima intervención penal, economía procesal y celeridad. Ambato, Ecuador: UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES.

Real Academia Española . (2018). *Diccionario de la lengua española* . Retrieved from dle.rae.es

Reglamento Ley Prevención Integral Fenómeno Socio Económico Drogas. (2016, marzo 22). Registro Oficial Suplemento 717 . Ecuador.

Secretaría General de la Comunidad Andina. (2012). *II Estudio Epidemiológico Andino sobre Consumo de Drogas en la Población Universitaria*. Lima.

Vallejo, G. (2014). El principio de proporcionalidad aplicado al delito de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Quito, Ecuador: Universidad de las Américas.